

VERKÄUFERREGRESS (§§ 478, 479 BGB)

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg

vorgelegt von

Tilo M. Höpker

Hamburg 2003

Diese Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen.

Gutachter: Prof. Dr. Peter Mankowski

Mitgutachter: Prof. Dr. Detlev Joost

Tag der mündlichen Prüfung: 29.10.2003

Inhaltsverzeichnis

	Seite
A. Einleitung	1
B. Entstehungsgeschichte der §§ 478, 479 BGB ¹	4
I. Der Verkäuferregress bis zum 31.12.2001	4
1. Rückgriffsmöglichkeiten	4
a) Vertraglicher Regress	4
b) Gesetzlicher Rückgriff	5
c) Internationaler Regress	6
2. „Regressfallen“	6
II. Der Letztverkäuferregress nach Art. 4 der Richtlinie 1999/44/EG	8
1. Erfordernis und Ziel des Verkäuferrückgriffs	8
a) Die schneidigen Verbraucherrechte der RL als Ausgangspunkt der Betrachtung	8
b) Verschärfung der bisherigen Rückgriffsfallen für den Letztverkäufer	8
c) Art. 4 RL als Lösungs- und Kompromissversuch	10
d) Rechtfertigungsgründe für Art. 4 RL	10
aa) Zentrales Anliegen der Verantwortungszuweisung	10
bb) Rechtspolitische Schutzerwägungen	12
cc) Mittelbarer Verbraucherschutz	13
2. Die aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie abgeleiteten Grundsätze für den Verkäuferregress	14
a) Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des Art. 4 RL	15
b) Grundsatz der Vertragsfreiheit, insbesondere nach Erwägungsgrund 9 RL	20
c) Das Effektivitätsprinzip	23
d) Der Verantwortungsgrundsatz	26
3. Konkrete Vorgaben für die Umsetzung	29
a) Einzelne Ableitungen aus den Sätzen 1 und 2 des Art. 4 RL	29
aa) Tatbestand und Rechtsfolge des Art. 4 S. 1 RL	29
bb) Die Wahlmöglichkeit des Art. 4 S. 2 RL in bezug auf den Rückgriffsschuldner	31
cc) Die Spielräume des Art. 4 S. 2 RL hinsichtlich des Vorgehens und der Modalitäten des Regresses	31
b) Die Art des Rückgriffs	33
aa) Irgendeine Regressmöglichkeit unter Beachtung von „Regressfallen“	34
bb) Zwingende Rückgriffsmöglichkeit bei eigener Haftung	35
cc) Unmittelbare Haftung des Herstellers oder der einzelnen Kettenglieder	36
dd) Anpassung bestehender Rechte versus eigener Rückgriffsanspruch	39
c) Der Regressumfang	40
III. Der Verkäuferrückgriff im Wandel der deutschen Gesetzesentwürfe	41
1. Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 4.8.2000	42
2. Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs vom 6.3.2001	45
3. Vom Regierungsentwurf des 9.5.2001 bis zur Verabschiedung des Gesetzes am 11.10.2001	47

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des Bürgerlichen Gesetzbuches (im Folgenden: BGB).

II

C. Der Regress gemäß § 478 I nach den allgemeinen Gewährleistungsrechten der §§ 437 ff. - ohne Fristsetzungserfordernis	49
I. Rückgriffserleichterung anstelle der Einführung eines neuen Anspruchstatbestandes	49
II. Verzicht auf das Fristsetzungserfordernis im Rahmen der Gewährleistungsrechte	50
III. Ziel des erleichterten „Durchreichens“ bei Rücknahme der Kaufsache	51
IV. Voraussetzungen des § 478 I	54
1. Der unternehmerische Letztverkäufer beim Verbrauchsgüterkauf als tauglicher Regressgläubiger	54
a) Beschränkung des Rückgriffs auf den Fall des Verbrauchsgüterkaufs	54
aa) Konfliktpotentiale bei der Anknüpfung des § 478 I an die allgemeinen Vorgaben nach § 474 bzw. Art. 1 II RL	54
bb) „Bewegliche“ versus „unbewegliche“ Sache	57
cc) Weitere Besonderheiten im Rahmen des Regresses	58
aaa) Mangelnde Differenzierung nach der jeweiligen Schutzbedürftigkeit des Letztverkäufers	58
bbb) Drohende „Begriffsfalle“ für den Letztverkäufer im Rahmen des Unternehmerbegriffs	59
ccc) Fehlende Vorhersehbarkeit des Verbrauchsgüterkaufs	59
ddd) Umgehungsversuche hinsichtlich des geforderten Verbrauchsgüterkaufs	60
dd) Der Fall des zweiten Verbrauchsgüterkaufs	60
b) Vergleichbare Rückgriffssituationen außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs	61
aa) Nur Unternehmerparteien	62
bb) Nur Verbraucherparteien	64
aaa) Aus Sicht des Verbraucher-Letztverkäufers	64
bbb) Aus Sicht des Verbraucher-Endabnehmers	65
c) Verweisungen auf das Kaufrecht	65
aa) Verträge iSd § 651	66
bb) Verbleibende Werkverträge iSd § 631	66
cc) Der Tausch gemäß § 480	68
2. Der Lieferant im Sinne des § 478 I als Regressschuldner	68
a) Beschränkung des tauglichen Lieferanten auf den Unternehmer	68
b) Systematische Auslegung des Lieferantenbegriffs des § 478 I nach Maßgabe des Vertragskettenbegriffs im Sinne des Art. 4 S. 1 RL	70
aa) Einheit der Gemeinschaftsrechtsordnung	70
aaa) Allgemeine Orientierung an der Produkthaftungs- sowie der Produktsicherungsrichtlinie	70
(1) Die Mangelhaftigkeit nationaler Auslegungshilfen für den allgemeinen Lieferantenbegriff des § 478 I	70
(2) Die Suche nach europäischen Auslegungshilfen	71
bbb) Notwendige Anpassungen und Abweichungen für den Verkäuferregress des Art. 4 RL	72
bb) Die punktuelle Ergänzungsfunktion von nationalen Vorgaben wie § 434 I 3, Produkthaftungsgesetz und Produktsicherungsgesetz	73
c) Lieferanten-„Verkäufer“ im Gegensatz zum „bloßen“ Lieferanten im Sinne des § 4 III ProdHaftG bzw. des Art. 3 III ProdHaftRL	73
d) Lieferanten-Fallgruppen	74
aa) Der Hersteller-Lieferant als Ausgangspunkt der Betrachtung	74

III

aaa) Der Endproduktehersteller	74
bbb) Der Zulieferer - Herleitung der „Lieferanten“-Qualität	75
(1) Innere Systematik des Kaufrechts	75
(2) Wortlautauslegung	76
(3) Die Bedeutung der Relativität der Schuldverhältnisse	77
(4) Entstehungsgeschichte der Rückgriffsnormen	78
(5) Sinn und Zweck der Regressvorgaben	79
ccc) Drittstaaten-Importeur	82
ddd) „Quasihersteller“	82
bb) Der Händler-Lieferant	83
aaa) Der Händler als Ergebnis einer Abgrenzung zum Hersteller	83
bbb) Der „Zulieferer im weiteren Sinne“	83
ccc) „Quasihändler“	84
cc) Sonstige Personen im Zusammenhang mit dem Absatzweg	84
aaa) Die „andere Zwischenperson“ im Sinne des Art. 4 S. 1 RL	84
bbb) Behandlung des „Herstellervertreeters“ nach § 434 I 3	85
dd) Besondere und nachgeschaltete Lieferketten	86
3. Beschränkung auf die „neu hergestellte Sache“	86
a) „Regressfalle“ für den Gebrauchtgüterhändler	86
b) Zweifelhafte Richtlinienkonformität	88
c) Die Frage nach einer richtlinienkonformen Auslegung	90
d) Erörterung eines gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs	94
4. Obligatorische „Rücknahme“ oder „Minderung“ im Sinne des § 478 I	95
a) Obligatorische „Rücknahme“ im Rahmen der Nachlieferung	96
b) „Rücknahme“ beim „großen“ Schadensersatz	97
c) Der mangelbedingte „kleine“ Schadensersatz	98
d) Der Aufwendungsersatz	101
e) Die Nachbesserung	102
5. „Rücknahme“ oder „Minderung“ als Folge der Mangelhaftigkeit im Sinne der §§ 434 f., 437	103
a) Durchsetzbares Gewährleistungsrecht des Verbrauchers	103
aa) Gewährleistungsgrund: Die einheitlichen Mängelbegriffe der §§ 434, 435	103
aaa) Der Sachmangel und die Grundregel des § 434 I	103
bbb) Die Erweiterungen nach § 434 II und III sowie der Rechtsmangel	105
bb) Gewährleistungspflicht des Letztverkäufers nach den §§ 434, 435, 437 ff.	107
aaa) Die Ableitung dieser Voraussetzung aus § 478 I	107
bbb) Unanwendbarkeit des § 478 I bei anderen Gewährleistungsgründen	108
(1) Andere Haftungsgründe, Kulanz und Garantien	108
(2) Haftungsabwendung als Obliegenheit des Letztverkäufers	110
(a) Allgemeines Prinzip und Folgen bei Obliegenheitsverstößen	110
(b) Geltendmachung der Entlastungsmöglichkeiten des	112

IV

§ 434 I 3 letzter Halbsatz und der Ausnahmen des § 476 Hs. 2	
(c) Durchsetzbarkeit des Gewährleistungsrechts	113
(3) Teleologische Reduktion bei Kenntnis des Mangels vor dem Weiterverkauf	114
(4) Bedenken an der Voraussetzung einer tatsächlichen Gewährleistungspflicht und Schutzmaßnahmen des Letztverkäufers	114
b) Tatsächliche Erfüllung durch den Letztverkäufer	117
6. Seitengleichheit bzw. Identität des Mangels	118
a) Ableitung aus der geforderten Mangelexistenz bei Gefahrübergang	118
b) Bedeutung der einheitlichen Mangelbegriffe	119
aa) Notwendigkeit für einen effektiven Regress	119
bb) Relativität der Vertragsverhältnisse	119
cc) Sonderfall der nachträglichen öffentlichen Äußerungen Dritter	121
7. Vorliegen der allgemeinen Gewährleistungsvoraussetzungen mit Ausnahme der Fristeinhaltung und -setzung	122
V. Rechte der §§ 437 ff. - ohne Fristsetzungserfordernis - als Rechtsfolge des § 478 I	123
1. Überblick über die Rechte nach §§ 437 ff.	123
2. Abhängigkeit der Regressrechte vom ausgeübten Verbraucherrecht	126
3. Denkbare Beschränkung auf das vom Verbraucher ausgeübte Recht	126
4. Erörterung eines Wahlrechts des Lieferanten hinsichtlich der möglichen Gewährleistungsrechte	127
5. Denkbare Begrenzung durch das tatsächlich gegenüber dem Verbraucher Geleistete	127
6. Entgangene Handelsspanne des Letztverkäufers als „Gewährleistungsschaden“	129
VI. Konkurrenz zwischen § 478 I und II und die Versagung einer „auffüllenden“ Parallelität	133
D. Eigenständiger Regressanspruch des § 478 II für die Nacherfüllungsaufwendungen nach § 439 II	135
I. Voraussetzungen des § 478 II	135
1. Gemeinsame – hier aber konstitutive – Grundvoraussetzungen von § 478 I und II	135
2. Vorliegen des Mangels bei Gefahrübergang auf den Letztverkäufer	136
a) Bedeutung dieser Voraussetzung	136
b) Sonderfälle der Versendungskäufe	136
3. Erbrachte Nacherfüllungsaufwendungen des Letztverkäufers gemäß §§ 478 II, 439 II	138
a) Vorliegen von Nacherfüllungsaufwendungen im Sinne des § 439 II	138
b) Abgrenzung zu „anderen“ Nacherfüllungsgründen und die hierzu grundsätzlich übernommene Wertung des § 478 I	140
aa) Die Einrede des § 439 III	141
bb) Geltendmachung der Letztverkäuferrechte aus §§ 439 IV, 346 I	143
c) Sanktion in Höhe der nicht zu tragenden Aufwendungen	144
4. Die Frage nach einem Fristsetzungserfordernis	145
II. Umfang des Aufwendungsersatzanspruchs	148
1. Ausgangspunkte für die Berechnung der regressfähigen Nachbesserungsaufwendungen	148
a) Ersatz des tatsächlich erforderlichen Nacherfüllungsaufwandes	148

b) Berücksichtigung anderer Nacherfüllungsgründe oder einer überobligatorischen Aufwandserbringung	149
c) Problematik des Werklieferers gemäß § 651 und des Zulieferers	150
2. Selbstkosten versus Marktpreise	151
3. Variable und fixe Aufwendungen	152
4. Sonderfragen bei den Nachlieferungsaufwendungen	153
5. Besonderheiten beim Bestehen einer (Hersteller-) Garantie	154
III. Ergänzende oder primäre Rückgriffsmöglichkeit des § 478 II	155
1. Der eigene Regresstatbestand des § 478 I im Zusammenspiel mit § 478 I	155
2. Notwendigkeit eines verschuldensunabhängigen Aufwendungsersatzanspruchs	156
IV. Der Mittelweg des § 478 II als Anspruch nur für den erbrachten Nacherfüllungsaufwand	158
1. Verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch	158
2. Ergänzender Befreiungsanspruch	159
3. Aufwendungsersatz bei Garantien	160
4. Die bei § 478 II unabhängig vom Rückgriffsumfang verbleibende Handelsspanne	160
V. Konkurrenz zu § 478 I bei vergeblichen Nacherfüllungsaufwendungen	161
E. Die Beweislastumkehr des § 478 III nach Maßgabe des § 476	163
I. § 478 III als Antwort auf die dem Letztverkäufer durch § 476 drohende „Beweisfalle“	163
II. Voraussetzungen des § 478 III	164
1. Besonderheiten bei der Anknüpfung an die Voraussetzungen von § 478 I bzw. II	164
a) Notwendige Einschränkung auf den Regress beim Verbrauchsgüterkauf	164
b) Die Behandlung von gebrauchten Sachen im Rahmen des § 478 III iVm § 476	165
c) Denkbare Beschränkung auf die Ausübung des abgewickelten Verbraucherrechts	166
2. Vorstellbare Einschränkung auf den Fall der Ausübung durch den Verbraucher	167
3. Abstrakte Regressmöglichkeit im Vergleich zum tatsächlich nach § 478 I oder II erfolgten Rückgriff	168
III. Entsprechende Anwendung des § 476 als Rechtsfolge des § 478 III	168
1. Grundsätzliche Übernahme des § 476	168
a) Vermutung der Mangelexistenz bei Gefahrübergang auf den Letztverkäufer	169
b) Unvereinbarkeit der Beweislastumkehr mit der Art der Sache oder des Mangels	170
2. Anpassungen des § 476 an den Verkäuferregress zur Vermeidung sowohl einer „Beweisfalle“ als auch einer unangemessenen Privilegierung	173
a) Fristbeginn mit Gefahrübergang auf den Verbraucher	173
b) Vermutung hinsichtlich der Identität des Mangels	175
3. Maßstäbe außerhalb des § 478 III	177
IV. Anwendbarkeit des § 478 III auf parallel laufende Rechte	178
F. Verjährung gemäß §§ 438, 479	179
I. Fristengleichlauf als Antwort auf die Reformbedürftigkeit des Verjährungsrechts	179
1. Primäre „Verjährungsfalle“	179
2. Erfordernis und Umsetzung des Fristengleichlaufs	180
3. Gleichlauf der Verjährungsfristen im Rahmen des § 478 I nach § 438	182
a) Die zweijährige Regelfrist des § 438 I Nr. 3	182
b) Allgemeine Bezugnahme des § 478 I auf § 438	183

VI

aa) Kaufsachen für Bauwerke, § 438 I Nr. 2 lit. b	184
bb) Die verbleibenden Regeln des § 438	186
4. Die Verjährung im Rahmen des § 478 II	187
a) Die starre, zweijährige Frist des § 479 I	187
b) Analoge Anwendung von § 438 I Nr. 1 lit. a, Nr. 2 lit. b, III, IV, V	188
II. Verjährungsbeginn	189
1. Zeitpunkt der Ablieferung an den Letztverkäufer gemäß § 438 II bzw. § 479 I	189
2. Sekundäre „Verjährungsfall“	191
III. Die Ablaufhemmung des § 479 II	192
1. Zweimonatige Ablaufhemmung nach § 479 II 1	192
a) Die Einführung und Bedeutung der Ablaufhemmung	192
b) Mittelbare Erfassung auch des Minderungs- und des Rücktrittsrechts	195
c) Gemeinsame Grundvoraussetzungen von § 479 II und § 478 I, II, III	196
aa) Ausschluss bei Kulanz oder anderen Gewährleistungsgründen	197
bb) Die allgemeine Rückgriffsvoraussetzung der „tatsächlichen Erfüllung der Verbraucherrechte“ im Lichte des § 479 II 1	198
aaa) Der Wortlaut des § 479 II 1	198
bbb) Versuche einer teleologischen Reduktion des § 479 II 1	199
d) Der „frühestens“ zwei Monate ab der Erfüllung gegebene Verjährungseintritt und die denkbaren Erweiterungen dieser Zweitmonatsfrist	201
e) Ablehnung einer teleologischen Reduktion auf das „reine Regressinteresse“	202
2. Unterschiede zu anderen Lösungsmöglichkeiten	202
3. Obergrenze für die Ablaufhemmung nach § 479 II 2	204
a) Fünfjahres-Grundsatz	204
b) Bedeutungslosigkeit der Obergrenze bei Kaufsachen für Bauwerke und bei der Eviktionshaftung	206
4. Allgemeine Hemmung und Neubeginn der Verjährung nach den §§ 203 ff., 212	207
IV. Rechte auf das gleiche und das verschiedene Interesse	209
G. Begrenzte Abdingbarkeit des Verkäuferrückgriffs nach § 478 IV	212
I. Vertragsfreiheit versus besondere Schutzbedürftigkeit des Letztverkäufers – Die Antwort des § 478 IV als weiterer Versuch eines Kompromisses	212
II. Beschränkungen des § 478 IV	216
1. Teilübernahme des § 475	216
a) Erstrebter Gleichlauf mit den Verbraucherrechten	216
b) Die Relevanz des § 475 für § 478 IV	218
aa) Abweichungen vor Mitteilung des Mangels gemäß § 478 IV 1	218
bb) Vereinbarungen nach Mitteilung des Mangels, § 478 IV 1	220
cc) Umgehungen nach § 478 IV 3	221
aaa) Allgemeines	221
bbb) Parallele Freizeichnungsgrenzen bei der Herstellergarantie bzw. beim Vertragshändlervertrag	223
c) „Sichberufen“ und Rechtsfolge des 478 IV 1	224
d) § 478 IV und die Erfassung gebrauchter Sachen	225
2. Ergänzung und Erweiterung des § 307	226
a) § 307 als Auslegungshilfe bzw. als Teil-Prüfungspunkt im Rahmen des § 478 IV 1	226
b) Mindestniveau des § 307	228
c) Bedeutung des § 310 I im Rahmen des § 478 IV	229

VII

aa) Bedeutung der §§ 308, 309, 310 I 2 für einen „seitengleichen Regress“	229
aaa) Allgemeine Herleitung der Berücksichtigung bei § 478 IV	229
bbb) Abgeschwächter Einfluss wegen der nur doppelt mittelbaren Relevanz für § 478 IV	231
bb) § 310 I 2 und die konzeptionelle Einbindung von Netzverträgen und Verbundsystemen	232
d) Das Konkurrenzverhältnis zwischen § 478 IV 1 und den §§ 307 ff.	233
3. Ablehnung einer teleologischen Reduktion auf das „reine Regressinteresse“	234
III. Konkrete Kriterien für einen „gleichwertigen Ausgleich“ im Sinne des § 478 IV 1	234
1. Bezugsgrundlage für die „Gleichwertigkeit“	234
a) Ausgangslage	234
b) Einzelne Ansatzpunkte	235
aa) Voller wirtschaftlicher Ersatz im Sinne einer „kommerziellen Äquivalenz“	235
bb) Kriterium der auszugleichenden Gefahr von „Rückgriffsfallen“	237
cc) Grundsatz der wirtschaftlichen Ausgewogenheit bei allgemein-pauschaler ex ante Betrachtung	237
aaa) Herleitungsquellen	237
(1) Orientierungshilfen des Gesetzgebers	237
(a) Übertragung des Kompensationsgedankens in Erweiterung des § 307	237
(b) Einbeziehung der konkret genannten pauschalen Abrechnungssysteme	239
(2) Ableitung eines allgemeinen Pauschalierungsgedankens für § 478 IV	240
bbb) Folgen	242
(1) Überindividuelle Betrachtung bei AGB und individuelle Betrachtung bei Individualvereinbarungen	243
(2) Notwendige Gesamtbetrachtung und Verstärkereffekt innerhalb der abweichenden Vereinbarung	243
2. Das Erfordernis eines Wechselverhältnisses von negativer Abweichung und gleichwertigem Ausgleich	244
3. Die verschiedenen Kompensationsmittel	245
a) Pauschalierungen	245
b) Rabatte	247
c) Besonderes Weiterreichen der Kaufsache	249
d) Kostenüberwälzung und Versicherbarkeit seitens des Letztverkäufers	250
e) Warengutschriften	251
f) Ausdehnung des Anwendungsbereiches der §§ 478, 479	252
g) Aufwertung anderer, in § 478 IV 1 genannter Letztverkäufervorteile / Reduzierung dort genannter Pflichten	253
h) Allgemeine Aufwertung bestehender oder Schaffung neuer Vorteile / Reduzierung von Pflichten	254
IV. Ausnahme der Schadensersatzerleichterungen vom Erfordernis eines „gleichwertigen Ausgleichs“ gemäß § 478 IV 2	256

VIII

1. Gründe für den Ausschluss	256
2. Gegengewichte zur Vermeidung einer „Regressfalle“	258
a) Direkte Inhaltskontrolle nach § 307 iVm § 478 IV 2 bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen	258
b) Weitgehende Geltung des § 307 auch für Individualvereinbarungen aufgrund des Umgehungsverbot des § 306 a	258
3. Die Vorgaben des § 307	259
a) Allgemeine Schranken des § 307 I	259
b) Abweichung von wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Leitbildes nach § 307 II Nr. 1	259
c) Gefährdung der Erreichung des Vertragszwecks gemäß § 307 II Nr. 2	260
V. Besonderheiten bei den im Einzelnen nach § 478 IV 1 zulässigen Abweichungen	262
1. § 478 IV 1 als Selbstverständnis für § 478 IV	262
2. Die gesetzlichen Fristvorgaben, §§ 478 I, 437 Nrn. 2 und 3, 323 I 1, 440	263
3. Verkäuferpflichten und Mängelbegriffe der §§ 433 bis 435	264
4. Käuferrechte nach den §§ 437, 439 I, 441 und § 439 III	266
5. Kenntnis gemäß § 442	266
6. Garantien nach § 443	267
7. Vereinbarungen über den Gefahrübergang	268
8. Abweichungen von den §§ 478 II, 439 II	269
a) Frühe Anerkennung der besonderen Schutzbedürftigkeit des Letztverkäufers	269
b) Pauschalierungs- und Freistellungsmodelle	270
c) Abreden hinsichtlich des Erfüllungsortes	272
9. Beweislastregelungen	272
10. Verjährungsvereinbarungen	273
a) Reichweite des § 478 IV 1 hinsichtlich der Verjährungsvorschriften	273
b) Notwendige Gesamtbetrachtung aller Verjährungskriterien und Maßgeblichkeit der effektiven Verjährungsfrist	276
c) Kompensationsmöglichkeiten im Rahmen von Verjährungsabreden	277
VI. Kritische Betrachtung des § 478 IV	279
1. Alternativen zum Modell des § 478 IV	279
2. Allgemeine Überlegungen zur gefundenen Lösung	282
H. Vertragliche Ausdehnbarkeit der §§ 478, 479 als Gegensatz zu § 478 IV	284
I. Kriterien für eine Ausdehnbarkeit durch Vertragsabrede	284
1. Individualvereinbarungen versus Allgemeine Geschäftsbedingungen iSd §§ 307 ff.	284
2. Grad der Regelungsnähe zu den §§ 478, 479	285
3. Grad der Regelungsnähe zu Art. 4 RL	287
4. Allgemeine Rückgriffsgedanken versus spezielle Verbrauchsgüterkaufbezogenheit im Rahmen der §§ 478, 479	287
5. Die Abgrenzung zur Ausdehnung als Mittel zum „gleichwertigen Ausgleich“	287
6. Wechselbeziehung zur berechtigten Regresssicherung des Lieferanten – Spiegelbild des § 478 IV	288
II. Fälle der Richtlinienwidrigkeit der §§ 478, 479	289
III. Konstellationen einer abgelehnten, weiteren Auslegung der §§ 478, 479	290
1. Vorgehen beim Ausschluss des Zulieferers vom Lieferantenbegriff des § 478 I	290
2. Unbewegliche Sachen	293
3. Parallele Anwendung von § 478 I und II und allgemeine Erhöhung des Regressumfangs	293
4. Garantien	293

IX

IV. Ausdehnung bei versagten Analogien	294
V. Ausdrücklich von den §§ 478, 479 ausgeschlossene Fälle	294
1. Ausdehnung auf den allgemeinen Kauf	294
2. Werkverträge iSd § 631	295
3. Der Lieferant durch Vereinbarung gemäß § 311 über die Fälle des Zulieferers hinaus / Die Möglichkeit eines vertraglichen Direktdurchgriffs	295
4. Fälle der Kulanz und die fehlende Seitengleichheit des Mangels	298
5. Erweiterung des § 478 II	298
6. Abbedingung des § 447	299
7. Abschaffung der Ausnahmen von der Beweislastumkehr nach § 478 III iVm § 476 Hs. 2	299
8. Verlängerungen der Verjährungsfristen und der Ablaufhemmung	300
9. Verschärfung des § 478 IV	300
a) Gänzliche Übernahme des § 475	300
b) Erfassung des Schadensersatzes von § 478 IV 1	301
VI. Die praktische Durchsetzbarkeit einer vertraglichen Ausdehnung	301
1. Allgemeines	301
2. Ausstrahlungswirkungen der §§ 478, 479	302
3. Ausstrahlungswirkungen des Art. 4 RL	303
VII. Gesamtgefüge von § 478 IV und der vertraglichen Ausdehnbarkeit der §§ 478, 479	303
1. Eine Zusammenrechnung	303
2. Verbleibender Handlungsbedarf für den Gesetzgeber	304
J. Rüge- und Untersuchungsobliegenheiten gemäß § 377 HGB iVm § 478 VI	305
I. Absatzweg und Beibehaltung der bisherigen Grundsätze	305
1. Grundvoraussetzungen des § 377 HGB	305
a) Der Kaufmann gemäß §§ 1 ff., 377 HGB und der Unternehmer im Sinne der §§ 14, 478 I	305
b) Die weiteren Ausschlussvorgaben nach § 377 HGB im Vergleich zu den korrespondierenden Entstehungsvoraussetzungen der §§ 478, 479 iVm den §§ 434 ff.	306
2. Anforderungen des § 377 HGB an die Mängelrüge und an die Untersuchung	308
a) Allgemeine Prinzipien	308
b) § 377 HGB und die Auswirkung der Beweislastumkehr des § 478 III iVm § 476	310
c) Die Bedeutung der Zweimonatsfrist des § 479 II 1	310
3. Rechtsfolgen des § 377 HGB	311
a) Die umfassende Genehmigungsfiktion des § 377 HGB aus der Sicht der §§ 478, 479	311
b) Die Wertung des § 438 I Nr. 3 im Zusammenhang mit der Frage um die Anwendbarkeit des § 377 HGB iVm § 478 VI auf die §§ 823 ff.	312
c) Die Haftungsabwendungsobliegenheiten des Letztverkäufers bei Nichtvorliegen der Genehmigungsfunktion – eine Anlehnung an die Grundsätze bei den §§ 478, 479	313
II. Ablehnung einer allgemeinen Rückgriffsprivilegierung für den Rückweg der Sache	314
1. Die geplante Einführung des mehrdeutigen § 378 HGB-RE	314
2. Zweifelhafte Notwendigkeit einer besonderen Rückgriffsprivilegierung und Einschränkungen des § 377 HGB bei leichten Obliegenheitsverstößen	317
III. Dispositivität des § 377 HGB ohne Schranke des § 478 IV	318
1. Der Grundsatz der von § 478 IV unberührten, allgemeinen Vertragsfreiheit	318
2. Das verbleibende Zusammenspiel mit § 478 IV	320

K. Ausdehnung des Letztverkäuferrückgriffs auf die Lieferkette: Der Stufenregress gemäß §§ 478 V, 479 III	322
I. Vermeidung einer „Rückgriffsfälle“ zu Lasten der jeweiligen Verkäufer	322
II. Die Glieder der Lieferkette im Sinne der §§ 478 V, 479 III	323
1. Regressgläubiger: der „Lieferant“ / die „übrigen Käufer in der Lieferkette“	323
2. Regressschuldner: der „jeweilige Verkäufer“ nach den §§ 478 V, 479 III	324
a) Anlehnung an den Begriff des „Lieferanten“ gemäß § 478 I	324
b) Überspringen eines Kettengliedes	324
III. Besonderheiten bei der Anwendung der §§ 478, 479 auf die Kette im Einzelnen	326
1. § 478 I, V	326
2. § 478 II, V	328
3. § 478 III, V	330
4. § 479 I, II, III	332
5. § 478 IV, V	334
6. § 478 VI	335
L. Alternative Rückgriffsmodelle und ihre Unterschiede zu den §§ 478, 479	337
I. Vergleich mit der unmittelbaren bzw. „quasisubsiidiären“ Haftung des verantwortlichen Kettengliedes	337
II. Internationale Alternativen	343
1. Notwendige Berücksichtigung anderer Umsetzungen für eine von Art. 4 RL grundsätzlich gewünschte europäische Harmonisierung des Verkäuferregresses	343
2. Beispiel des österreichischen Verkäuferregresses nach § 933 b ABGB	345
M. Intertemporales sowie Internationales Privatrecht und die §§ 478, 479	348
I. Drohende „Regressfallen“ im Lichte der Übergangsregeln des Art. 229 §§ 5 und 6 EGBGB	348
1. Die Frage nach der umfassenden Anwendung der §§ 478, 479 auf Verträge vor dem 1.1.2002	348
2. Maßgeblichkeit der allgemeinen Übergangsregeln	349
3. Denkbare „Ausdehnung“ der Verjährungsfristen	349
4. Denkbare „Ausdehnung“ der Ablaufhemmung	351
5. Intertemporale Rechtswahl	353
II. Kollision der §§ 478, 479 mit internationalem Recht	353
1. Das UN-Kaufrecht	353
a) Die Anwendung der CISG beim europäischen Verkäuferregress	353
aa) Allgemeines	353
bb) Zwischenschalten einer ausländischen Niederlassung aus Sicht der CISG	354
b) Die Rechtswahl nach Art. 6 CISG	355
2. Internationales Kollisionsrecht	355
a) Rechtswahlmöglichkeiten und die Rechtswahlshranke des Art. 27 III EGBGB	355
b) Die objektive Anknüpfung nach Art. 28 I, II EGBGB	356
aa) Grundsätzliches	356
bb) Zwischenschalten einer ausländischen Niederlassung oder eines ausländischen Verkäufers und Art. 28 II 2, V EGBGB	357
N. Fazit	358
O. Schrifttum	361
I. Abkürzungen der verwendeten Zeitschriften	361
II. Verzeichnis	361

A. Einleitung

Gegenstand der vorliegenden Abhandlung soll eine nähere Untersuchung der §§ 478, 479 sein. Sie wurden durch die Schuldrechtsreform von 2002 in das Bürgerliche Gesetzbuch eingeführt und regeln einen besonderen Verkäuferregress beim Verbrauchsgüterkauf.

Das Bedürfnis für eine derartige Erforschung ergibt sich aus dem Umstand, dass durch den Verkäuferrückgriff nach §§ 478, 479 eine Neuheit im deutschen Recht geschaffen wurde, die durch ihre zahlreichen Regresshilfen bedeutende wirtschaftliche Auswirkungen hat².

Während bis zum 31.12.2001 ein solcher Regress ausschließlich nach den für jeden Käufer geltenden allgemeinen Gewährleistungsregeln erfolgte, ist es das Ziel der §§ 478, 479, den Letztverkäufer dabei nun auch speziell davor zu schützen, im Ergebnis allein die durch die Schuldrechtsreform verschärfte und zwingende Gewährleistungshaftung gegenüber dem Verbraucher tragen zu müssen. Letztlich haften soll hier grundsätzlich vielmehr stets derjenige in der Lieferkette, der die Mangelhaftigkeit der Kaufsache tatsächlich zu verantworten hat. Nach dieser Ratio müssen der Letztverkäufer und die weiteren Kettenglieder deshalb den aus ihrer Gewährleistungshaftung resultierenden Schaden an diesen Verkäufer entsprechend effektiv weiterreichen können.³

Um dies zu ermöglichen, waren die dabei drohenden „Regressfallen“ weitgehend zu schließen. Zu diesen zählen etwa die Gefahren, mit dem Rückgriff an der Verjährung, an Haftungsfreizeichnungen des Lieferanten, an Beweisregeln oder überhaupt schon an einem adäquaten Aufwendungsersatzanspruch zu scheitern.

Damit kollidieren andererseits die Interessen der potentiellen Rückgriffsschuldner und auch etwa der gerade im Handelsverkehr wichtige Grundsatz der Vertragsfreiheit. Denn eine ihrer Facetten ist die Möglichkeit, Haftungsfreizeichnungen bzw. -begrenzungen vereinbaren zu können.

Dieses Spannungsverhältnis und die hiermit verbundenen Aspekte müssen bei einer Analyse der §§ 478, 479 daher einen Schwerpunkt bilden.

Von besonderer Bedeutung ist, dass die §§ 478, 479 zum einen Art. 4 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter vom 25. Mai 1999⁴ umsetzen sollten. Zum anderen wurden das bisherige deutsche Recht und die Vorschläge der deutschen Schuldrechtsreformkommission dafür jedoch überwiegend nicht als ausreichend betrachtet⁵.

Gleichwohl musste der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung von Art. 4 RL mehrere eigene Grundsatzentscheidungen treffen, die sehr kontrovers aufgenommen wurden⁶.

Er beschloss zunächst die Schaffung eines stufenweisen Regresses vom Letztverkäufer

² Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1393; Ziegler/Rieder, ZIP 2001, 1789, 1796; Schubel, ZIP 2002, 2061: „Magnetberg“.

³ BT-Drucksache 14/6040, 247.

⁴ ABIEG L 171, 12-16; abgedruckt in NJW 1999, 2421-2424; im Folgenden: RL bzw. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

⁵ Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 862; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672; Lehmann, JZ 2000, 280, 290; vorsichtiger Welser/Jud, 14. ÖJT, 158; anders aber etwa Graf von Westphalen, DB 1999, 2553, 2557 und wohl auch Rieger, VuR 1999, 287, 291.

⁶ Matthes, NJW 2002, 2505.

über die einzelnen Glieder der Lieferkette bis hin zum letztlich Haftenden. Dem stand die Variante einer unmittelbaren Haftung des für den Mangel verantwortlichen Kettengliedes gegenüber (eine andere, noch offene Frage ist es, ob auch ein Zulieferer tauglicher Rückgriffsschuldner sein kann).

Weiter führte man einen zweigliedrigen Regress ein: Während § 478 I einerseits an die allgemeinen Gewährleistungsregeln anknüpft, sieht § 478 II einen eigenen Ersatzanspruch für die Nacherfüllungsaufwendungen des Letztverkäufers vor. Für beide Regressgabelungen wurde aber durch § 478 III die für den Verbraucher geltende Vermutung des § 476 hinsichtlich des Entstehungszeitpunktes des Mangels übernommen. Ebenfalls für beide Rückgriffsvarianten schuf man zur Vermeidung einer „Verjährungsfall“ die Ablaufhemmung des § 479 II samt ihrer Obergrenze.

Wie erwähnt, stellt sich bei einer genaueren Untersuchung der §§ 478, 479 vor allem die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit von diesen vertraglich abgewichen werden kann. Während sich die Freizeichnung bzw. Beschränkung der Schadensersatzhaftung nach § 478 IV 2 weiterhin nach den allgemeinen Regeln sowie den Vorschriften für Allgemeine Geschäftsbedingungen richtet, stellt § 478 IV 1 dafür ansonsten durch das Erfordernis eines „gleichwertigen Ausgleichs“ hohe Anforderungen. Bemerkenswert ist, dass diese Einschränkung des § 478 IV 1 auch für Individualvereinbarungen gilt⁷.

Für den Handelsverkehr ist die Vertragsfreiheit jedoch von zentralem wirtschaftlichen Interesse. Die Beantwortung der Regressfrage macht damit vor allem eine Klärung des Begriffs und Inhalts dieses „gleichwertigen Ausgleichs“ erforderlich. Dies setzt wiederum eine nähere Betrachtung der dazu denkbaren Modelle, insbesondere der vom Gesetzgeber vorgeschlagenen pauschalen Abrechnungssysteme, voraus. Zu klären ist außerdem, ob darüber hinaus sogar eine vertragliche Ausdehnung der §§ 478, 479 möglich ist.

Weitere Besonderheiten ergeben sich durch die Ausdehnung des Letztverkäuferregresses auf die vorangehenden Stufen der Lieferkette gemäß §§ 478 V, 479 III⁸.

Neben der Frage, ob diese deutsche Umsetzung des Art. 4 RL jeweils der Sache nach gelungen ist, muss vor allem deren Richtlinienkonformität untersucht werden. Besonders sind somit auch die (regresseinschränkenden) Voraussetzungen der §§ 478, 479 an den noch näher zu behandelnden Vorgaben der RL zu überprüfen, wie etwa das Erfordernis eines Kaufvertrages über eine „neu hergestellte Sache“.⁹ Auf der anderen Seite ist zu bedenken, ob deren mitunter sehr weitreichenden Regresshilfen gerechtfertigt sind oder umgekehrt sogar eine Einschränkung zu erfolgen hat.

Ebenfalls aus europäischer Sicht ist beachtenswert, dass der Verkäuferregress in einer von den Mitgliedstaaten umzusetzenden Richtlinie vorgesehen wurde und nicht in einer unmittelbar geltenden europäischen Verordnung. Durch die damit gewährten Umsetzungsspielräume kann die grundsätzlich gewünschte Einheitlichkeit des europäischen Rechts bedroht werden. Wegen der ungleichen Belastungen der jeweiligen Handelsstufen bzw. der Hersteller ist ein Wettbewerb der europäischen Regressregelungen absehbar. Unterschiedliche wirtschaftliche Effekte werden insbesondere durch die nationale Wahl der Regressschuldner, der vertraglichen

⁷ G.II.1.a.

⁸ Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2562.

⁹ C.IV.3.b.

Gestaltungsfreiheit und der Verjährungsregelungen auftreten.¹⁰ Wesentliche Verschiedenheiten sind etwa schon in der geographisch, sprachlich und gerade in bezug auf die Regressregelung rechtlich nahen Republik Österreich zu erkennen, die uns durch § 933 b des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches¹¹ sogar das grundsätzliche Vorbild für die §§ 478, 479 gab¹². Insgesamt kann man somit in der Tat den Verkäuferregress des Art. 4 RL als den wichtigsten und interessantesten Teil der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie¹³ und die §§ 478, 479 als eine der „wesentlichen Neuerungen“ der deutschen Schuldrechtsreform von 2002 ansehen¹⁴.

¹⁰ Näher L.

¹¹ Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, JGS Nr. 946/1811 (im Folgenden: ABGB); § 933 b wurde eingeführt durch das 48. Bundesgesetz: Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz – GewRÄG, mit dem das Gewährleistungsrecht im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch und im Konsumentenschutzgesetz sowie das Versicherungsvertragsgesetz geändert wurden (Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz – GewRÄG); östBGBI. 2001/48, 1019, 1020.

¹² Pick, ZIP 2001, 1173, 1176.

¹³ Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 10.

¹⁴ Knoche, DB 2002, 1699.

B. Entstehungsgeschichte der §§ 478, 479 BGB

I. Der Verkäuferregress bis zum 31.12.2001

1. Rückgriffsmöglichkeiten

Spezielle Vorschriften für einen Verkäuferregress kannte die deutsche Rechtstradition bis zum 31.12.2001 nicht.

a) Vertraglicher Regress

Der Letztverkäufer konnte grundsätzlich nur seinen unmittelbaren Vertragspartner nach den für jeden Käufer geltenden Gewährleistungsrechten gemäß §§ 459 aF in Anspruch nehmen.¹⁵ Im einzelnen war dies die Möglichkeit, den Kaufvertrag unter Ersatz der Vertragskosten zu wandeln, den Kaufpreis zu mindern oder beim Gattungskauf die Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache zu verlangen. Ein Schadensersatzanspruch war nur gegeben, wenn der Lieferant den Fehler arglistig verschwiegen oder eine fehlende Eigenschaft der Sache zugesichert hatte. Für das Bestehen des Mangels zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs trug prinzipiell der Letztverkäufer als Käufer die Beweislast. Gleiches galt für die sonstigen Voraussetzungen der Gewährleistungsrechte und gegebenenfalls für das Vorliegen unzureichender Nachbesserungsversuche.¹⁶

Komplizierter war der Rückgriff hinsichtlich der vom Letztverkäufer erbrachten Mangelbeseitigungsaufwendungen iSd des heutigen § 478 II. Hatte der Letztverkäufer nach § 476 a aF gegenüber dem Verbraucher die Beseitigung des Mangels vorgenommen, waren auch die dafür notwendigen Aufwendungen bei ihm und nicht beim Lieferanten entstanden. Nach § 476 a aF hatte der Lieferant diese daher auch nicht gegenüber dem Letztverkäufer zu tragen. Ein Freistellungsanspruch des Letztverkäufers von den Nachbesserungskosten nach § 257 setzte die Beauftragung zur Nachbesserung durch den Lieferanten voraus¹⁷.

Unabhängig von einem Vertragshändlervertrag zwischen dem Letztverkäufer und dem Hersteller oder einer Herstellergarantie soll bei der Erfüllung von Gewährleistungspflichten durch den Letztverkäufer nach einer Ansicht aber zwischen diesen stets ein Geschäftsbesorgungsverhältnis iSd § 675 vorgelegen haben; dabei soll auch das eigene Interesse des Letztverkäufers an der Erfüllung unschädlich gewesen sein. Für einen Rückgriff wären danach zunächst §§ 670, 675 einschlägig gewesen. Auch wenn eine Geschäftsbesorgung demzufolge grundsätzlich unentgeltlich vorzunehmen war, soll dies nicht bei werkvertragstypischen Gewährleistungsarbeiten iSd §§ 631 ff. aF gegolten haben. Darunter wären die Reparatur und die mit der Gewährleistung zusammenhängende Wartung oder Arbeitsleistung gefallen. Nach diesem Verständnis war also ein Regress nach der Vergütungsregel des § 632 aF denkbar, der auch einen Gewinn einschloss, wenn keine vorrangigen Vertragsabreden bestanden. Bei freiwilligen Vermögensopfern iSd §§ 256 aF, 670, wie etwa dem Einkauf von Ersatzteilen, war

¹⁵ Matthiessen/Lindner, NJ 1999, 617, 622; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721; Jud, ZfRV 2001, 201, 203.

¹⁶ So dass „Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst“ der EG-Kommission vom 15.11.1993; KOM (93) 509 endg. (im Folgenden: Grünbuch = BR-Drucksache 926/93), 130.

¹⁷ Graf von Westphalen, NJW 1980, 2227, 2230; Nickel, NJW 1981, 1490, 1491 Fn. 6.

jedoch auch nach dieser Auffassung wegen § 670 kein Ersatz zu leisten.¹⁸

Nach anderer Ansicht war ein Geschäftsbesorgungsverhältnis iSd § 675 und damit ein solcher Regress allenfalls für den Vertragshändler aufgrund eines Rahmenvertrages gegeben. Ein Rückgriffsanspruch schied danach bei Erwerb der Kaufsache über den Großhandel oder außerhalb eines Absatzsystems aus.¹⁹

Aus vertraglicher Sicht konnte der Letztverkäufer seinen Lieferanten gegebenenfalls noch aus allgemeiner vertraglicher Verschuldenshaftung in Regress nehmen oder von einer Abtretung der Lieferantenansprüche gegen den Vor-Lieferanten profitieren. Weitergehende Rechte gab es aber grundsätzlich nicht, so dass auch einem vertraglichen Rückgriff in der Lieferkette bisher nur geringe Bedeutung zukam.²⁰

b) Gesetzlicher Rückgriff

Neben einer dann noch denkbaren Abtretung der Lieferantenansprüche gegen seinen Vor-Lieferanten an den Letztverkäufer, blieb die Frage nach einem gesetzlichen Regress. Von entscheidender Bedeutung ist hierbei jedoch, dass es insbesondere keinen Direktdurchgriff gegen den Hersteller oder andere Glieder der Absatzkette gab, wie etwa in der Republik Frankreich²¹.

Das Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte²² half dem Letztverkäufer prinzipiell nicht, da es nach § 1 ProdHaftG nicht für Mängel an der Kaufsache selbst anwendbar ist. Für Sachschäden ist nach § 1 I 2 ProdHaftG eine Haftung nämlich von vornherein nur dann möglich, wenn eine andere Sache als das nach § 3 ProdHaftG fehlerhafte Produkt beschädigt wird. Damit ist insbesondere die Haftung für Mängel oder den Untergang der Kaufsache nicht erfasst.²³

Fraglich und auch für das Überspringen eines Gliedes der Absatzkette bedeutsam war sodann, ob man über die Bejahung einer Eigentumsverletzung iSd § 823 I Var. 5 einen Verkäuferregress ermöglichen konnte. Diese war denkbar in Form des eigentlichen Mangelschadens an der Kaufsache selbst oder als Mangelfolgeschaden an einer anderen Sache. Höchst problematisch war dabei jeweils, ob die Herstellung bzw. die Übergabe einer fehlerhaften Sache überhaupt eine Eigentumsverletzung darstellte. Der Sachmangel iSd bisherigen § 459 war dazu von dieser abzugrenzen. Entscheidend war in diesen so genannten „Weiterfresserfällen“ im wesentlichen, ob der geltend gemachte Schaden „stoffgleich“ bzw. deckungsgleich mit dem der Sache anhaftenden Mangelunwert im Zeitpunkt der Eigentumsübertragung war. Die Ware musste also weiter beschädigt werden und auf diese Weise zu einer Eigentumsverletzung geführt haben können.²⁴

Bejahte man eine solche Eigentumsverletzung, war ferner in bezug auf den Hersteller ein Verstoß gegen seine Verkehrssicherungspflicht und hinsichtlich des Händlers ein solcher

¹⁸ Ausführlich Graf von Westphalen, DB 1999, 2553 ff., 2556 f.

¹⁹ W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 253; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 728.

²⁰ Vgl. Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 862 m.w.N., unter Hinweis in Fn. 80 auf die dann noch verbleibende Möglichkeit eines Gesamtschuldnerausgleichs.

²¹ L.II.1

²² Vom 15.12.1989, BGBl. 1989 I, 2198, zuletzt geändert am 23.7.2002, BGBl. I 2850; im Folgenden: Produkthaftungsgesetz bzw. ProdHaftG.

²³ Jud, ÖJZ 1997, 441, 448 Fn. 87; Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 277.

²⁴ Grundsätzlich Palandt/Thomas, § 823 Rn. 212; Lorenz/Riehm, Rn. 581 f.; Reinicke/Tiedtke, Rn. 801-820; Girgoleit, ZGS 2002, 78-80; Staudinger, ZGS 2002, 145-146.

gegen Überprüfungspflichten sowie allgemein ein Verschulden zu prüfen. Der Letztverkäufer konnte dementsprechend entweder beim Regress des Verbrauchers übersprungen werden oder gegebenenfalls auch nach § 840 Gesamtschuldnerisch²⁵ neben anderen Gliedern der Lieferkette sowie dem Zulieferer haften. Danach beurteilten sich auch seine Regressmöglichkeiten.²⁶

In Betracht kam dann schließlich noch eine Schadensersatzhaftung nach § 13 VI des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb²⁷, der aber ebenfalls an ein Verschulden anknüpft²⁸.

c) Internationaler Regress

Aus internationaler Sicht war das Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf²⁹ zu beachten. Dieses gilt für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs Großbritanniens und Nordirland und der Republik Irland und stellt ein einheitliches Kaufrecht bei grenzüberschreitenden Lieferverträgen dar³⁰. Die Kommission wird wegen ihrer Orientierung an der CISG so verstanden, dass sie die dortigen Regressmöglichkeiten grundsätzlich auch für iSd Art. 4 RL „angemessen“ hält³¹, insbesondere wegen der einheitlichen Gewährleistungsfrist von zwei Jahren.

2. „Regressfallen“

Den beschränkten Regressmöglichkeiten standen zahlreiche „Regressfallen“ gegenüber. Zunächst ist diesbezüglich zu berücksichtigen, dass die Kaufverträge innerhalb einer Absatzkette regelmäßig beiderseitige Handelsgeschäfte darstellen³². Dies sind Geschäfte, bei denen beide Parteien Kaufleute sind und für die das Geschäft jeweils ein Handelsgeschäft nach §§ 343, 344 HGB ist.³³ Damit waren auch die kaufmännischen Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten der bisherigen §§ 377, 378 HGB zu beachten.³⁴ Wenn der Letztverkäuferregress gegen den Lieferanten nicht schon hierdurch oder durch ungünstige Beweislastverteilungen ausgeschlossen war, bestand eine „Regressfalle“ häufig darin, dass die Letztverkäuferansprüche bereits verjährt waren, wenn der Verbraucher seine Rechte geltend machte. Die Verjährungsfrist für die

²⁵ Haftete der Letztverkäufer indessen allein aus Gewährleistungshaftung, lag wohl keine Gesamtschuldnerschaft vor, da er in diesem Fall nur vorläufig haftete; Palandt/Thomas, § 840 Rn. 3 iVm Palandt/Heinrichs, § 421 Rn. 7; zu den problematischen Begriffen der Zweckgemeinschaft bzw. Gleichstufigkeit ausführlich MünchKomm/Bydlinski, Band 2 a, § 421 Rn. 11-16.

²⁶ Palandt/Thomas, § 823 Rn. 216 f.

²⁷ Vom 7.6.1909, RGBL., 499, BGBL. III/FNA 43-1, zuletzt geändert am 19.7.2002, BGBL. I 2674; im Folgenden: UWG.

²⁸ Lehmann, JZ 2000, 280, 290 Fn. 104.

²⁹ Vom 11.4.1980, BGBL. II 1989, 588; im Folgenden: CISG (Convention on Contracts for the International Sale of Goods) bzw. UN-Kaufrecht.

³⁰ Dazu etwa Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 233 f. Art. 4 Rn. 50 f.

³¹ Schlechtriem, GS Alexander Lüderitz (2000), 675, 693; Schmidt-Räntsch, wiedergegeben von Jansen, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 257; vgl. jedoch auch Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 434 f.

³² BT-Drucksache 14/6040, 249.

³³ Baumbach/Hopt, § 345 HGB Rn. 1 f.

³⁴ Graf von Westphalen, DB 1999, 2553; Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 862; Westermann, JZ 2001, 530, 540; Röhrich/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 5 ff.

Gewährleistungsansprüche betrug nach § 477 aF für jeden Käufer nämlich grundsätzlich nur sechs Monate ab Ablieferung der Sache. Aufgrund von Zwischenlagerungen des Letztverkäufers war diese Frist aber oft schon abgelaufen, bevor er bei seinem Lieferanten Rückgriff nehmen konnte.³⁵ Dies war umso misslicher als diese Frist nach hM auch für etwaige Ansprüche aus der bisherigen positiven Forderungsverletzung (pFV) galt, die auf einen Sachmangel zurückzuführen war³⁶.

Eine weitere „Rückgriffsfalle“ drohte dem Letztverkäufer dadurch, dass das Gewährleistungsrecht und damit auch der Verkäuferregress grundsätzlich dispositiv waren.

Damit konnten seine Rechte nämlich neben Individualvereinbarungen auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) des Lieferanten eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen werden.

Während zwar einerseits über die Regeln des bisherigen Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)³⁷ versucht wurde, einer unangemessenen Einschränkung der Letztverkäuferrechte entgegenzuwirken, bewirkte gerade das AGBG zum anderen eine andere (mittelbare) „Regressfalle“: Der Letztverkäufer musste dem Verbraucher gegenüber nach dem AGBG oft strenger haften als der Lieferant dem Letztverkäufer. Denn dieses Verhältnis bestand nur aus Unternehmern, denen man grundsätzlich eine schärfere Haftungsentlastung zumutete.

So galten die für die kaufrechtliche Gewährleistung besonders wichtigen bisherigen §§ 10, 11 AGBG zwar zugunsten des Verbrauchers unmittelbar, nicht aber im Verkehr unter Unternehmern. Sie fanden dort nur mittelbar über die bisherigen §§ 9, 24 AGBG Berücksichtigung.³⁸ Indem man diese großzügig beachtete, wollte man wiederum vermeiden, dass der Letztverkäufer durch die beschriebene Haftungssituation „in die Zange genommen wird“. Es entwickelte sich die Gerechtigkeitsidee vom „seitengleichen Regress“³⁹, die letztlich auch zur Weiterleitung der Haftung an den Verursacher führen sollte.⁴⁰ Nach dieser Grundwertung war daher etwa auch unter Kaufleuten eine Verkürzung der Frist des § 477 aF gemäß §§ 9 II Nr. 1, 24 aF AGBG unzulässig. Ferner lebte bei „Fehlschlagen“ der Mangelbeseitigung oder Ersatzlieferung über §§ 9 II Nr. 1, 24 aF AGBG das Wandlungs- bzw. Minderungsrecht auch unter Unternehmern wieder auf. Dabei waren die Fälle des „Fehlschlagens“ ebenfalls nicht zu Lasten des Letztverkäufers einschränkbar. Nach der Auffassung, die dem Letztverkäufer für seine Mangelbeseitigungsaufwendungen einen Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 670, 675 iVm § 632 aF zugestehen wollte, handelte es sich bei § 632 aF um eine Vergütungspflicht. Daher soll auch ein danach etwaig gegebener Rückgriffsanspruch durch den bisherigen § 9 II Nr. 1 AGBG gesichert gewesen sein⁴¹.

³⁵ Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 862; Westermann, JZ 2001, 530, 540.

³⁶ BGHZ 60, 9; 66, 315; 77, 215; Palandt/Putzo, 61. Auflage, § 477 Rn. 6.

³⁷ Vom 9. Dezember 1976, BGBl. I S. 3317, in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Juni 2000, BGBl. I S. 946; im Folgenden: AGBG.

³⁸ Zur allgemeinen Berücksichtigung bei § 9 aF AGBG etwa MünchKomm/Basedow, Band 1, § 24 AGBG Rn. 6 f.; Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 123.

³⁹ Palandt/Heinrichs, 61. Auflage, § 11 AGBG Rn. 62 sowie nun Palandt/Heinrichs, § 309 Rn. 66. Dieses Problem wurde sogar schon vor der Einführung des bisherigen AGBG diskutiert; KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 2.

⁴⁰ Graf von Westphalen, DB 1999, 2553, 2554 m.w.N.

⁴¹ Ausführlich Graf von Westphalen, DB 1999, 2553, 2556.

Da die Idee des „seitengleichen Regresses“ aber allenfalls die oft unzureichenden Regressmöglichkeiten sicherte und zudem nur für AGB galt, konnte der Letztverkäufer mit seinem Rückgriff auch dann noch häufig scheitern, obwohl er für den Mangel der Kaufsache nicht verantwortlich war.

II. Der Letztverkäuferregress nach Art. 4 der Richtlinie 1999/44/EG

1. Erfordernis und Ziel des Verkäuferrückgriffs

a) Die schneidigen Verbraucherrechte der RL als Ausgangspunkt der Betrachtung

Am 25. Mai 1999 wurde die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie verabschiedet. Sie greift zentral in das deutsche Schuldrecht und hier in das besonders wichtige und traditionsreiche Sachmängelgewährleistungsrecht beim Kauf ein.⁴² Die Unterschiede zum UN-Kaufrecht sind in der Sache gering⁴³, die RL orientierte sich sogar daran sowie teilweise an den ebenfalls am UN-Kaufrecht angelehnten Vorschlägen der deutschen Schuldrechtskommission.⁴⁴ Ziel der RL ist es nach Art. 1 I RL, zur Gewährleistung eines einheitlichen Mindestschutzes in der EU, beim Verbraucherschutz bestimmte Aspekte⁴⁵ des Verbrauchsgüterkaufs und diesbezüglicher Garantien anzugleichen. Deshalb schreibt sie auch nicht die Harmonisierung des allgemeinen Kaufrechts, sondern nur die des Verbrauchsgüterkaufs vor. Sie betrifft also nur den Verkauf beweglicher Sachen durch einen Unternehmer an einen Verbraucher. Jedenfalls in der Bundesrepublik Deutschland bedeutete die Richtlinie aber immerhin eine deutliche Verstärkung der Verbraucherrechte, etwa durch die Erweiterung des Mangelbegriffs nach Art. 2 RL⁴⁶, die längeren Verjährungsfristen gemäß Art. 5 I RL, die Beweislastumkehr nach Art. 5 III RL oder die weitgehende Unabdingbarkeit der Gewährleistungshaftung nach Art. 7 I RL.⁴⁷ Erwähnenswert ist auch, Art. 3 VI RL, wonach im Umkehrschluss und anders als nach dem bisherigen § 459, grundsätzlich auch für Bagatellfehler zu haften ist.

b) Verschärfung der bisherigen Rückgriffsfallen für den Letztverkäufer

Dies wirft die Frage auf, ob dadurch neue wirtschaftliche Belastungen für die Händler oder Hersteller entstehen und wer diese gegebenenfalls zu tragen hat. Der Landesverband des Hamburger Einzelhandels ging beispielsweise im Oktober 2001 von durch die RL verursachten Mehrkosten für die Händler in Höhe von bis zu drei Prozent aus, so dass steigende Preise und Schwierigkeiten mit der Weiterbelastung der

⁴² Schwartze, ZEuP 2000, 544, 545 f.; Jud, ZfRV 2001, 201.

⁴³ Magnus, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 79, 91.

⁴⁴ Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 208 f.; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 725.

⁴⁵ Es sollten speziell der Sachmängelbegriff, die Gewährleistungsrechte mit Ausnahme des Schadensersatzes, die diesbezügliche Gewährleistungsfrist und die formellen Anforderungen an vertragsbegleitende Garantien in der EG angeglichen werden.

⁴⁶ Bemerkenswert ist etwa die verschärfte Letztverkäuferhaftung nach Art. 2 II lit. d bzw. V RL für Herstellerwerbung oder fehlerhafte Montagen und Montageanleitungen.

Näher zu den „Vermutungen“ des § 434 bzw. des Art. 2 RL Faber, JBl 1999, 413, 418-421, 423; Schwartze, ZEuP 2000, 544, 554-559; Honsell, JZ 2001, 278, 279.

⁴⁷ Dauner-Lieb/Dötsch, DB 2001, 2535; vgl. auch Honsell, JZ 2001, 278, 280.

Lieferanten erwartet wurden⁴⁸. Als unmittelbarer Vertragspartner des Verbrauchers ist davon jedenfalls zunächst der Letztverkäufer betroffen.

Wären nun nicht auch die Rechte des Letztverkäufers entsprechend gegenüber einem oder mehreren Gliedern der Lieferkette gestärkt worden, hätte zumindest in einigen Mitgliedstaaten die Gefahr bestanden, dass er auf dieser zusätzlichen Gewährleistungshaftung „sitzen geblieben“ wäre – selbst wenn er für die Vertragswidrigkeit nicht verantwortlich war. Gerade in der Bundesrepublik Deutschland wären die bereits bestehenden „Regressfallen“⁴⁹ also weiter verschärft worden. Dabei ging es nicht nur um eine nach der RL möglicherweise unterschiedliche Gewährleistungshaftung in Form von verschiedenen Gewährleistungsrechten des Verbrauchers einerseits und des Letztverkäufers andererseits. Auch im Rahmen des weiteren Mangelbegriffs der RL drohte eine „Regressfalle“ durch eine Beibehaltung eines möglicherweise bisher engeren Verständnisses unter Unternehmern.⁵⁰ Es bestünde ferner eine qualitativ ganz neue Gefahr einer „Verjährungsfalle“⁵¹, wenn die gegenüber dem Verbraucher nach Art. 5 I, 7 I RL zwingende Gewährleistungsfrist von zwei Jahren nicht auch entsprechend im Verhältnis des Letztverkäufers zu seinem Vordermann bzw. einem anderen Glied der Lieferkette umgesetzt worden wäre.⁵² Gleiches galt für die für den Verbrauchsgüterkauf zwingende und für das deutsche Recht neue Beweislastumkehr nach Art. 5 III RL. Wenn diese dem Letztverkäufer nicht in gleicher Weise gewährt worden wäre, hätte er möglicherweise in einer „Beweislastfalle“ gefangen bleiben können.⁵³

Dem Letztverkäufer drohte eine „Regressfalle“ aber vor allem auch durch die im Verkehr unter Unternehmern grundsätzlich größere Vertragsfreiheit. Denn während der Letztverkäufer dem Verbraucher gegenüber nach Art. 7 I RL stets der zwingenden Gewährleistungshaftung ausgesetzt ist, hätte ihm gegenüber möglicherweise regelmäßig die Lieferantenhaftung ausgeschlossen werden können.⁵⁴

Eine „Haftungsfalle“ hätte zudem in der Form einer Kombination von zwei „Rückgriffsfällen“ entstehen können: Wäre etwa der Mangelbegriff nicht auch unter Unternehmern erweitert worden und wäre dann noch eine weitgehende Abdingbarkeit des Verkäuferregresses möglich gewesen, wäre der Letztverkäufer einer doppelten Gefahr ausgesetzt worden.⁵⁵

⁴⁸ Eberenz, Hamburger Abendblatt vom 13./14. Oktober 2001, 21.

⁴⁹ Dazu bereits B.I.2.

⁵⁰ Dazu nur Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 433 f., 436; Tonner, BB 1999, 1769, 1772.

⁵¹ Dazu bereits B.I.2.

⁵² Graf von Westphalen, DB 1999, 2553, 2557, der darin den Hauptgrund für die Schaffung des Art. 4 RL sieht; Schäfer/Pfeiffer, ZIP 1999, 1829, 1835; Micklitz, EuZW 1999, 485, 490; Faber, JBl 1999, 413, 429; Schmidt-Räntsch, ZEuP 1999, 294, 298; Lehmann, JZ 2000, 280, 289; Jud, ÖJZ 2000, 661, 663 m.w.N.; Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 353; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 731; Zerres, VuR 2002, 3, 14.

⁵³ Vgl. Graf von Westphalen, DB 1999, 2553.

⁵⁴ „Vorschlag für eine Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und –garantien“; KOM (95) 520 endg.; abgedruckt auch in BR-Drucksache 696/96 und dort zu diesem Punkt speziell S. 14; im Folgenden angegeben mit: KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96; ferner Micklitz, EuZW 1997, 229, 233; Faber, JBl 1999, 413, 429 f. Fn. 140; Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 4 Rn. 1; vgl. auch Howells, wiedergegeben von Schwartze, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 335, 349; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 728, 733; Zerres, VuR 2002, 3, 14.

⁵⁵ Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 2; vgl. ferner Kircher, ZRP 1997, 290, 294; Krebs, DB 2000,

c) Art. 4 RL als Lösungs- und Kompromissversuch

Der ebenfalls umzusetzende Art. 4 RL versucht deshalb, diese durch die RL insofern verursachten Unstimmigkeiten mit dem Recht der Mitgliedstaaten zu beseitigen⁵⁶.

Art. 4 RL lautet:

„Rückgriffsrechte. Haftet der Letztverkäufer dem Verbraucher aufgrund einer Vertragswidrigkeit infolge eines Handelns oder Unterlassens des Herstellers, eines früheren Verkäufers innerhalb derselben Vertragskette oder einer anderen Zwischenperson, so kann der Letztverkäufer den oder die Haftenden innerhalb der Vertragskette in Regreß nehmen. Das innerstaatliche Recht bestimmt den oder die Haftenden, den oder die der Letztverkäufer in Regreß nehmen kann, sowie das entsprechende Vorgehen und die Modalitäten.“

Art. 4 RL ist die einzige Regelung der RL, die nicht direkt den Verbraucher betrifft. Eine Verbindung zum Verbrauchsgüterkauf folgt aber daraus, dass durch sie die Lasten des verstärkten Verbraucherschutzes angemessen auf Seiten der Unternehmerschaft verteilt werden sollten. Entscheidend für diese Verteilung ist die Ratio des Art. 4 RL, wonach grundsätzlich derjenige den wirtschaftlichen Nachteil daraus tragen muss, der ihn verursacht hat. Insofern kann man hinter Art. 4 RL auch „subtile“ Gerechtigkeitsüberlegungen der Kommission sehen, die durch den verstärkten Verbraucherschutz geboten erschienen.⁵⁷

Sinn und Zweck des Art. 4 RL ist es daher jedenfalls, dem Letztverkäufer grundsätzlich einen Regress zu gewährleisten, wenn er im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufes der zwingenden Gewährleistungshaftung unterliegt, diese aber auf dem Verhalten oder Unterlassen eines anderen Gliedes des Absatzweges beruht⁵⁸. Es soll dabei etwa gerade auch vermieden werden, dass der Letztverkäufer regelmäßig der zwingenden Gewährleistungshaftung gegenüber dem Verbraucher ausgesetzt ist, während sie ihm gegenüber ausgeschlossen wird⁵⁹.

d) Rechtfertigungsgründe für Art. 4 RL

aa) Zentrales Anliegen der Verantwortungszuweisung

Die RL hat durch Art. 4 RL Auswirkungen, die weit über den Verbraucherschutz in die Sphäre der internen Verhältnisse des Handels und der Industrie reichen⁶⁰.

Dies schien jedoch vor allem deshalb begründet, weil Mängel der Sache sehr häufig im Herstellungsprozess entstehen, zu der auch die Entwicklung und die Verpackung zählen. Oft werden die Zwischenhändler also etwa schon deshalb nicht verantwortlich sein

Beilage Nr. 14, 17.

⁵⁶ Lehmann, JZ 2000, 280, 289 Fn. 90.

⁵⁷ Micklitz, EuZW 1999, 485, 490; Westermann, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 109, 128, geht hingegen davon aus, dass die RL die Problematik der „Regressfälle“ für „weniger wichtig“ hält.

⁵⁸ Vgl. nur BT-Drucksache 14/6040, 247; österreichischer GewRÄG-E, 38; W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 250; Welser/Jud, 14. ÖJT, 156; Gsell, JZ 2001, 65, 73; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1393; Knoche, DB 2002, 1699, 1700 Fn. 12 m.w.N.

⁵⁹ Welser/Jud, 14. ÖJT, 159 Fn. 667, vgl. auch Jud, 14. ÖJT Bd. II/2, 39.

⁶⁰ Welser/Jud, 14. ÖJT, 154 Fn. 647 m.w.N.; in diese Richtung auch Lehmann, JZ 2000, 280, 289 und dort speziell Fn. 90.

können, weil sie die Ware nicht entpackt haben. Für moderne Vertriebssysteme ist es gerade charakteristisch, dass die Ware mehrere Absatzstufen bis zum Verbraucher durchläuft, der Letztverkäufer also nicht mit dem Hersteller identisch ist. Der Letztverkäufer hat somit regelmäßig auch noch nicht einmal Einfluss auf die Produktion der Kaufsache. Außerdem wird der personenverschiedene Hersteller die Kaufsache daher oft besser kennen als der Letztverkäufer. Das Vertrauen des Käufers gilt im Rahmen der modernen Massenherstellung zudem eher den Herstellern als den Händlern, so dass auch der Wettbewerb heute praktisch vornehmlich zwischen diesen stattfindet.⁶¹ Haftungsrechtlich wird dies besonders relevant und augenscheinlich bei der verschuldensunabhängigen Letztverkäuferhaftung für die Herstellerwerbung nach Art. 2 lit. d RL bzw. § 434 I 3⁶².

Da es gerechtfertigt ist, das Haftungsrisiko bei dem zu allozieren, in dessen eigenen Herrschafts- und Gefahrenbereich der Mangel typischerweise und überwiegend entsteht⁶³, ist der Hersteller⁶⁴ somit prinzipiell der richtige Adressat der „Verantwortlichkeitsallokation“⁶⁵ hinsichtlich der wirtschaftlichen Last aus der Gewährleistungshaftung. Er hat am ehesten die Möglichkeit, einen Mangel der Sache (ausgenommen sind natürlich Lagerungs- und Transportschäden, etc.) zu vermeiden. Wenn er seine Einflussphäre sorgfältig überwacht, hat dies auf die Fehlerfreiheit der Sache die größte Auswirkung. Er kann den Mangel mit dem geringsten Aufwand vermeiden. Wegen dieser großen Multiplikatorwirkung der Herstellerhandlung (beispielsweise führt sich ein grundsätzlicher Planungs- oder Fabrikationsfehler im Gegensatz zu einer falschen Zwischenlagerung potentiell oder sogar zwingend an jedem verkauften Produkt fort) dürfte der dem Hersteller dadurch zugewiesene Vermeidungsaufwand auch in angemessenem Verhältnis zu den erwarteten Schadensfolgen stehen.

Der Hersteller ist daher im ökonomischen Sinn der nach diesen Kriterien zu beurteilende „cheapest cost avoider“⁶⁶ und muss folglich im Grundsatz letztlich für Herstellungsfehler haften. Er ist „Dreh- und Angelpunkt“ der Haftungsverursachung und damit der Verantwortungszuweisung.⁶⁷

Diese Haftungszuweisung findet ihre Grundlage auch in dem Kriterium der Versicherbarkeit⁶⁸. Versicherungskosten sind zunächst dann am niedrigsten, wenn der

⁶¹ Vgl. Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 109-111; KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 14; BT-Drucksache 14/6040, 247; Schäfer/Pfeiffer, ZIP 1999, 1829, 1835; Schmidt-Räntsch, ZEuP 1999, 294, 299; Lehmann, JZ 2000, 280, 289; Jud, ÖJZ 2000, 661, 663; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1421; dieselben, ZIP 2001, 1389, 1393; Mankowski, DB 2002, 2419 f. und dort speziell Fn. 14-16; Palandt/Putzo, § 478 Rn. 2. Kritisch allerdings Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 215 f. Art. 4 Rn. 25, da der Verbraucher zumindest auf ein schnelles Verhalten des Letztverkäufers vertraut.

⁶² Vgl. C.IV.5.a.aa.aaa.

⁶³ Vgl. BGH, NJW 1991, 1886, 1888, 2414, 2416; 1992, 1761; Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. H2.

⁶⁴ Zur Frage, was genau unter einem Hersteller zu verstehen ist, vgl. C.IV.2.d.aa.

⁶⁵ Nach kritischem Hinweis von Mankowski vom 10.06.2003 in Hamburg.

⁶⁶ Schäfer/Ott, 211-214, 318 f.

⁶⁷ Vgl. Schäfer/Ott, 211-214, 318 f.; Mankowski, DB 2002, 2419 f. und dort speziell Fn. 14-16; derselbe, Hinweis vom 10.06.2003 in Hamburg; vgl. derselbe, zu LG Ellwangen EWiR § 439 BGB 1/03, 315, 316.

⁶⁸ Nach kritischem Hinweis von Mankowski vom 10.06.2003 in Hamburg.

„Schädiger effiziente Sorgfalt aufwendet“⁶⁹. Noch effizienter ist es, wenn man weiter auch den auf die Mangelfreiheit einflussreichsten Schädiger zum letztlich Verantwortlichen macht. Für diesen besteht dann nämlich der Anreiz, hinsichtlich der Sache noch sorgfältiger zu agieren und damit insgesamt am effizientesten die Versicherungskosten niedrig zu halten.⁷⁰ Da letztere in den Produktpreis einfließen, ist dies für alle an der Lieferkette Beteiligten der wirtschaftlich sinnvollste Weg, obgleich jeder Käufer unabhängig von seiner individuellen Benutzung des Produkts oder von seinem Einkommen am Ende den gleichen (aber immerhin niedrigeren) umgesetzten Versicherungsaufschlag zahlt.

Aus diesem Gesichtspunkt der Versicherbarkeit lässt sich unter Berücksichtigung des Prinzips des „cheapest cost avoiders“ also zweierlei ableiten. Einmal ist es am wirtschaftlichsten und effektivsten, wenn der einflussreiche Hersteller sein „Sorgfaltsniveau“ erhöht. Zum zweiten wird dies dadurch erreicht, dass man ihm einen Anreiz dazu schafft, sei es auch nur durch die Aussicht, dass ihn sonst eine verstärkte Gewährleistungshaftung trifft.⁷¹

Von der ökonomischen Grundlegung her ist die Verantwortungszuweisung des Art. 4 RL weg vom Letztverkäufer und hin zum Hersteller mithin sachgerecht⁷².

In diesem Zusammenhang ist auch der Wunsch des Erwägungsgrundes 23 RL zu sehen, wonach die Haftung regelmäßig bis zum Hersteller weitergeleitet werden soll⁷³.

Eine andere, später (insbesondere bei der nationalen Umsetzung) zu erörternde Frage des speziellen Verantwortungsprinzips iSd Art. 4 RL ist es, wie diese grundsätzliche und rechtspolitische Verantwortungsallokation im Einzelfall zu verstehen ist und wie sie sich auswirkt⁷⁴. Dabei kommt es vor allem darauf an, ob aufgrund der hier festgestellten Prinzipien eine unmittelbare Herstellerhaftung (und wenn ja, für wen) einzuführen ist. Der Hersteller könnte sich nämlich nicht nur als „cheapest cost avoider“, sondern auch als effizientester Regressschuldner darstellen. Dies könnte sowohl in finanzieller Hinsicht (Solvenz des Herstellers) als auch in bezug auf den zu beschreitenden Regressweg zutreffen⁷⁵. Hinter Art. 4 RL - jedenfalls hinter seinen nationalen Umsetzungen - steckt folglich nicht nur juristische, sondern vor allem wirtschaftliche „Sprengkraft“.

bb) Rechtspolitische Schutzerwägungen

Einen besonderen Letztverkäuferschutz sah der Richtliniengeber zudem insbesondere deswegen als gerechtfertigt an, da er von einem wirtschaftlich kleinen bzw. mittleren und daher schwachen und besonders schützenswerten Einzelhändler⁷⁶ am Ende der

⁶⁹ Schäfer/Ott, 201 f., 318 f.

⁷⁰ Schäfer/Ott, 318 f., 442 f.; Mankowski, DB 2002, 2419, 2420; Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 432.

⁷¹ Schäfer/Ott, 201 f., 318 f., 442 f.

⁷² Nach allgemeinem Gedankenanstoß von Mankowski vom 10.06.2003 in Hamburg.

⁷³ Brüggemeier, WM 2002, 1376, 1386.

⁷⁴ Dazu B.II.2.d.

⁷⁵ Dazu B.II.3.b.cc sowie K.I, II und L.I.

⁷⁶ Ein anderes Bild vom Letztverkäufer folgt nicht etwa daraus, dass die Kommission selektive Vertriebsformen mit einer engen Bindung zwischen dem Hersteller und dem Letztverkäufer mitberücksichtigte und in diesen Fällen sogar eine Letztverkäuferhaftung für freiwillige Herstellergarantien nach irischem Vorbild erwog; so aber Micklitz, EuZW 1997, 229, 236 Fn. 117, unter Verweis auf Grünbuch, 122 = BR-Drucksache 926/93, 121. Denn dies sind ganz spezielle

Vertriebskette ausging, der zusätzlich den strengen Rügeobliegenheiten des Handels unterlag⁷⁷. Insofern zog er eine Parallele zwischen dem schutzbedürftigen Verbraucher und dem Letztverkäufer.⁷⁸ Der Wunsch, „Regressfallen“ für den vermeintlich schutzwürdigen Unternehmer zu vermeiden, ist im EG-Richtlinienrecht nicht neu. Er findet sich etwa im Rahmen des § 676 e wieder, der Art. 8 I der EU-Richtlinie über grenzüberschreitende Überweisungen⁷⁹ umsetzte. Dort ist anders als nach §§ 478, 479 sogar ein „Sprungregress“ gegen den unmittelbaren Verursacher möglich.⁸⁰

Nach dem von der Kommission in Auftrag gegebenen *Wilhelm*-Report stellt sich die wirtschaftliche Situation des Letztverkäufers bzw. der anderen, unteren Kettenglieder hier freilich aufgefächerter, weniger eindeutig, dar. Denkbar sind danach nämlich auch kleinere, hochspezialisierte Herstellerbetriebe, die an große Kaufhausketten oder Supermarktketten liefern. Bei einem Verkäuferregress iSd Art. 4 RL kann dort der Hersteller schnell zum schwächeren Glied der Absatzkette werden⁸¹, da jedenfalls erhöhte Rückstellungen erforderlich werden⁸². Speziell in der Bundesrepublik Deutschland stehen überdies in der Mehrzahl mittelständische Hersteller großen Einzelhandelsunternehmen gegenüber⁸³. Außerdem können Hersteller ein derartiges Interesse an ihrer Reputation haben, dass sie ihre angebliche Übermacht nicht nutzen möchten, und Art. 4 RL im Einzelfall daher gar nicht erforderlich ist⁸⁴.

cc) Mittelbarer Verbraucherschutz

Unabhängig von diesen Bedenken kann Art. 4 RL aber auch mit einem durch ihn ermöglichten mittelbaren Verbraucherschutz gerechtfertigt werden. Hat der

Konstellationen.

⁷⁷ W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 252; Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 203 Art. 4 Rn. 7.

⁷⁸ So schon das „Formblatt zu den Auswirkungen“ zum Regressentwurf des Art. 3 V von 1996 bezüglich der „ganz kleinen Einzelhandelsunternehmen“; KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 23, 24, 27. Danach rechnete die Kommission andererseits aber generell nur mit geringen Mehrkosten - unter Hinweis auf die Möglichkeit von Haltbarkeitsberechnungen und die Einsparungen aufgrund der angeglichenen Gewährleistungsrechte der Mitgliedstaaten; vgl. auch Medicus, ZIP 1996, 1925, 1929; Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 864; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 669 und dort speziell Fn. 7; Staudenmayer, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 27, 42.

Aber sogar Europas größter Kaufhauskonzern KarstadtQuelle befürchtete das „Sitzenbleiben“ auf einer „Garantielücke“ zu Lasten des Handels und forderte eine Klärung dieses Problems unter Berücksichtigung der Hersteller; Eberenz, Hamburger Abendblatt vom 13./14. Oktober 2001, 21.

Eine besondere Schutzbedürftigkeit wird man wohl auch aus dem zumindest bei kleineren und mittleren Einzelhändlern wahrscheinlich lückenhaften Informationsniveau über die Regressmöglichkeiten herleiten können.

⁷⁹ ABIEG L 43 vom 14.2.1997; fortan auch: EU-Überweisungsrichtlinie bzw. Überweisungsrichtlinie.

⁸⁰ Zu § 676 e vgl. Schneider, WM 1999, 2189, 2197.

⁸¹ Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 669, mit Verweis in Fn. 14 auf Wilhelm Consulting GmbH, Study on the Possible Economic Impact of the Proposal for a Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees, by order of the European Commission, Directorate General XXIV, Regensburg 1998; skeptisch auch Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 203 Art. 4 Rn. 7.

⁸² Zu den Kosten der gesamten Lieferkette gehören etwa der erhöhte Personal-, Schulungs- und Finanzierungsbedarf hinsichtlich der zusätzlichen Organisation; näher Heussen, MDR 2002, 12, 16, 18-19, der auch auf die Auswirkungen auf die Umsatzsteuer hinweist.

⁸³ Krebs, DB 2000, Beilage Nr. 14, 17.

⁸⁴ Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 669.

Letztverkäufer nämlich eine effektive Regressmöglichkeit, stehen dem Verbraucher mittelbar mehr Gewährleistungsschuldner zur Verfügung, indem er durch die Regressmöglichkeit dem Verbraucher einen solventeren Schuldner bietet⁸⁵. Zwar trägt der Letztverkäufer eigentlich das Insolvenzrisiko in bezug auf seinen Lieferanten. Hält man in diesem Fall jedoch ein Überspringen dieses Gliedes für möglich⁸⁶, kann ihm dieses genommen werden. Der Letztverkäufer trägt durch die damit insgesamt relativ sichere Aussicht auf Haftungsweitergabe nur die Vorleistungslast. Diese wird er gerade wegen der erfolgversprechenden Regressmöglichkeit notfalls ohne größere Schwierigkeiten mit guten Argumenten fremdfinanzierten können.

Darüber hinaus wird der Verbraucher aber auch insofern geschützt, als der „cheapest cost avoider“ (in der Regel der Hersteller) wegen der ihn verstärkt bedrohenden Rückgriffsansprüche zu einem höheren Sorgfaltsniveau und damit zur Herstellung besserer Produkte motiviert wird⁸⁷.

Die angesprochenen, weit über den Verbraucherschutz in die Sphäre der internen Verhältnisse des Handels und der Industrie reichenden Auswirkungen des Art. 4 RL⁸⁸ sind damit nicht nur durch den Wunsch der Verantwortungszuweisung, sondern auch durch den Verbraucherschutz gerechtfertigt.

2. Die aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie abgeleiteten Grundsätze für den Verkäuferregress

Ob der Rat und das Parlament der Gemeinschaft tatsächlich eine Gesetzgebungskompetenz für Art. 4 RL hatten, wurde bezweifelt⁸⁹. Beispielsweise sah der Bundesrat den vorgesehenen Verkäuferrückgriff nicht als Bestandteil des von der RL geregelten Verbraucherschutzes und betrachtete ihn daher als „Fremdkörper“.⁹⁰ Selbst wenn man aber eine Gesetzgebungskompetenz für Art. 4 RL verneint, waren die Mitgliedstaaten zur Umsetzung deshalb verpflichtet, weil die innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung der RL zu erhebende Nichtigkeitsklage nach Art. 230 II iVm V des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG)⁹¹ nicht angestrengt wurde. Entsprechend kann auch durch ein Vertragsverletzungsverfahren die möglicherweise mangelnde Kompetenz nicht mehr gerügt werden. Denkbar ist eine Abhilfe allenfalls noch über ein Vorlageverfahren nach

⁸⁵ Micklitz, EuZW 1997, 229, 233; W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 233; Schäfer/Pfeiffer, ZIP 1999, 1829, 1837, sieht in der RL sogar generell die Intention, den Verbraucher auf Kosten des Handels und der Hersteller zu entlasten. Nach GewRÄG-E, 38 soll Art. 4 RL auch dadurch zu einer Begünstigung des Verbrauchers führen, dass ihn der Letztverkäufer in dem Bewusstsein der Regressmöglichkeit bedient; offenbar ausschließlich als Verbraucherschutzregel fasst Matthes, NJW 2002, 2505, § 478 auf.

⁸⁶ Zu den hierfür denkbaren Konstruktionen K.II.2.b sowie L.I.

⁸⁷ Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 203 Art. 4 Rn. 7 sowie B.II.1.d.aa.

⁸⁸ Welser/Jud, 14. ÖJT, 154 Fn. 647 m.w.N.; in diese Richtung auch Lehmann, JZ 2000, 280, 289 und dort speziell Fn. 90; B.II.1.d.aa.

⁸⁹ W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 233-235; Brüggemeier/Reich, BB 2001, 213, 221; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 724.

⁹⁰ Bundesrat-Rechtsausschuss, ZIP-aktuell 1996, Nr. 259; danach und nach Micklitz, EuZW 1997, 229, 233, ist Art. 4 RL in einer Verbraucherschutzrichtlinie zumindest potentiell „systemfremd“.

⁹¹ Vom 25. März 1957, BGBl. II, 766 in der Fassung des Beschlusses vom 1.1.1995, ABIEG L 1/1, ber. ABIEG 1997 L 179/12, geändert durch den Amsterdamer Vertrag vom 2.10.1997, BGBl. 1998 II, 387, ber. BGBl. 1999 II, 416.

Art. 234 EG.⁹² Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und damit auch Art. 4 RL mussten somit nach Art. 11 I 1 RL bis zum 1.1.2002 in innerstaatliches Recht umgesetzt werden, da anderenfalls mit Schadensersatzansprüchen zu rechnen war⁹³. Dies ist in der Bundesrepublik Deutschland mit den §§ 478, 479 geschehen.

a) Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des Art. 4 RL

Art. 4 RL sowie die aus ihm und der RL abgeleiteten Grundsätze sind bei der Bewertung und Auslegung der §§ 478, 479 als deren Umsetzungsanlass einzubeziehen und bedürfen daher einer näheren Betrachtung.

Um Art. 4 RL zu verstehen, bedarf es zunächst einer Berücksichtigung der vorangehenden Richtlinienvorschläge zur Entlastung des Letztverkäufers. Dabei war Art. 4 RL nur ein denkbare Ergebnis. Auf europäischer Ebene wurde ein (mittelbarer) Letztverkäuferschutz erstmals aktuell mit dem so genannten „Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst“ der EG-Kommission vom 15.11.1993⁹⁴. Dieses „Grünbuch“ sollte die Rechts- und Sachlage in den einzelnen Mitgliedstaaten in bezug auf die gesetzlichen und kommerziellen Garantien einerseits und den Kundendienst andererseits analysieren und erste Arbeitsoptionen für einen europaweite Harmonisierung anbieten⁹⁵.

Unmittelbar regelt die darin vorgeschlagene und von der Kommission ausdrücklich so genannte „quasisubsidarische“⁹⁶ Herstellerhaftung keinen eigentlichen Letztverkäuferrückgriff. Doch wird der Letztverkäufer insofern von diesem Modell tangiert, als er dadurch zumindest aus Gesamtschuldnerschaft hätte vorgehen können oder er unter Umständen in der Haftung hätte übersprungen werden und sich ein Regress somit hätte erübrigen können⁹⁷.

Mit der für das deutsche Recht neuartigen „quasisubsidarischen“ Gewährleistungshaftung wäre dem Verbraucher bei Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit⁹⁸ der Inanspruchnahme des Letztverkäufers daneben nämlich ein

⁹² W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 235; derselbe, JZ 2001, 475, 479.

⁹³ Ohne den von Art. 4 RL vorgesehenen Regress hätte der Letztverkäufer einen Schaden haben können. Da es sich dabei aber um die Geltendmachung von Ansprüchen aufgrund privatrechtlicher Verträge gehandelt hätte, wäre zweifelhaft gewesen, ob der Mitgliedstaat der richtige Adressat für diese Ansprüche gewesen wäre; Micklitz, EuZW 1999, 485, 493.

⁹⁴ KOM (93) 509 endg. = Grünbuch = BR-Drucksache 926/93.

⁹⁵ Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 7, 8. Es wurde grundsätzlich zwischen der „Gesetzlichen Garantie“, als unmittelbar gesetzliches Gewährleistungsrecht in bezug auf Voraussetzungen und Rechtsfolgen für Mängel an der Sache, „Kommerzieller Garantie“, als von den Gliedern der Absatzkette freiwillig gewährten zusätzlichen Leistungen, und dem „Kundendienst“ als entgeltliche Leistung, die nicht „Garantie“ ist, differenziert; Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 6 f. Dem Grünbuch gingen 18 Jahre Vorlauf und mehrere Ersuche an die Kommission zur Ausarbeitung entsprechender Entwürfe voraus. Zwar gab es in dieser Zeit diesbezügliche Anstrengungen, wie etwa den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, doch kam es erst mit dem Grünbuch zu dem vom Rat geforderten eigenständigen Harmonisierungsentwurf für diese Regelungsbereiche, KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 1.

⁹⁶ Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 111; dazu auch L.I.

⁹⁷ Die Überlegungen der Kommission wurden durch die Idee der Netzwerkhafung und der daraus folgenden unmittelbaren Herstellerhaftung in Form der französischen „action directe“ beeinflusst; Micklitz, EuZW 1997, 229, 232; dazu nur Teubner, KritV 1993, 367 ff.

⁹⁸ Zu den Fällen der Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit einer vorrangigen Inanspruchnahme des

Direktzugriff auf den Hersteller ermöglicht worden⁹⁹. Eine unmittelbare Herstellerhaftung hätte jedoch nur greifen können, wenn der Hersteller für die Vertragswidrigkeit verantwortlich gewesen wäre und eine solche Haftung auch den „berechtigten Erwartungen“ des Verbrauchers entsprochen hätte. Dies wäre etwa bei einem Produktionsmangel oder bei einer vom Hersteller veranlassten, öffentlichen Werbung der Fall gewesen¹⁰⁰.

Den Vorteil dieser „quasisubsidarischen“ Haftung gegenüber den anderen Haftungsentwürfen sah man vor allem in der Vermeidung von unnötigen Brüchen mit den nationalen Haftungssystemen. Ihre Umsetzung hätte etwa dadurch erfolgen können, dass man die Gewährleistungsrechte als Bestandteil der Sache angesehen hätte, die mit ihr durch die Absatzkette gewandert wären. Denkbar wäre es auch gewesen, eine gesetzliche Abtretungspflicht einzuführen.¹⁰¹

Dieses Haftungsmodell wurde allerdings im Sommer 1996 verworfen, als die EU-Kommission den „Vorschlag für eine Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und – garantien“¹⁰² (RL-E) entwarf und ihn am 23. August 1996 dem Europäischen Parlament (EP) sowie dem Rat übersandte¹⁰³. Nun erst begann man sich für Haftung anlässlich eines Verbrauchsgüterkaufs näher zu interessieren¹⁰⁴. Denn ein Letztverkäuferregress wurde im Zuge der dort verstärkten Verbraucherrechte wegen der damit einhergehenden Belastung des Letztverkäufers immer wichtiger. Man befürchtete etwa, dass der für die Vertragswidrigkeit nicht verantwortliche Letztverkäufer unberechtigterweise mit seinem Regress an Haftungsausschlussklauseln des Lieferanten scheitern könnte, die er selbst gegenüber dem Verbraucher wegen der unter Unternehmern nicht geltenden Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Vertragsklauseln¹⁰⁵ nicht hätte aufstellen können.¹⁰⁶

Um den Letztverkäufer unter anderem davor zu schützen, sah Art. 3 V RL-E („Pflichten des Verkäufers“) deshalb erstmals einen ausdrücklichen Letztverkäuferrückgriff vor. Danach hätte „der Letztverkäufer den Haftenden nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften in Regreß nehmen“ können.¹⁰⁷ Nach einer Ansicht sollte mit

Letztverkäufers hätten etwa der Konkurs des Letztverkäufers, ein grenzüberschreitender Kauf oder die mangelnde Möglichkeit gezählt, dem Letztverkäufer die Vertragswidrigkeit rechtzeitig anzeigen zu können. Ferner hätte der Hersteller auch dann direkt haften können, wenn der Letztverkäufer seinen Sitz ohne Mitteilung bzw. in einen anderen Mitgliedstaat verlegt oder seinen Betrieb eingestellt hätte und daher für den Verbraucher schwer erreichbar gewesen wäre.

⁹⁹ Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 111; Micklitz, EuZW 1997, 229, 232; kritisch Schnyder/Straub, ZEuP 1996, 8, 50 f.

¹⁰⁰ Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 111; dem Verantwortungsprinzip zustimmend etwa Schnyder/Straub, ZEuP 1996, 8, 48 f.; Amtenbrink/Schneider, VuR 1996, 367, 370.

¹⁰¹ Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 112.

¹⁰² KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96 = ZIP 1996, 1845 ff.

¹⁰³ KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, erste Seite vor S. 1.

¹⁰⁴ Brüggemeier, JZ 2000, 529.

¹⁰⁵ Richtlinie des Rates Nr. 93/13 vom 5.4.1993, ABIEG L 95 vom 21.4.1993, 29.

¹⁰⁶ KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 14; der Text-Vorschlag selbst ist abgedruckt in ZIP 1996, 1845 ff.; vgl. dazu auch das „Formblatt zu den Auswirkungen“ im Anhang an KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 23 ff.; ferner Welser/Jud, 14. ÖJT, 155; Medicus, ZIP 1996, 1925, 1929.

¹⁰⁷ Art. 3 V RL-E von 1996 KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 21; abgedruckt auch in ZIP 1996, 1845, 1851 sowie bei Jud, ÖJZ 1997, 441, 449: „Haftet der Letztverkäufer dem Verbraucher gegenüber aufgrund einer Vertragswidrigkeit infolge eines Handelns oder Unterlassens des Herstellers,

Art. 3 V RL-E zwar nur überhaupt die Pflicht zur Schaffung eines Rückgriffs eingeführt werden¹⁰⁸. Wie bei Art. 4 RL ist dies allerdings schon deshalb zweifelhaft, da auch Art. 3 V RL-E bereits von der Existenz irgendeines Letztverkäuferregresses – und seien es nur die allgemeinen Käuferrechte – in den Mitgliedstaaten ausgehen und daher auf diesen aufbauen musste¹⁰⁹.

Von erheblicher Bedeutung ist allerdings, dass der Richtlinienentwurf einen Regress nun auf der anderen Seite auf die Innenverhältnisse der Lieferkette beschränkte. Eine direkte Herstellerhaftung zugunsten des Verbrauchers war hier also grundsätzlich nicht mehr vorgesehen¹¹⁰. Haftungsadressat sollte vielmehr stets der Letztverkäufer sein¹¹¹. Für den Letztverkäufer ist dabei entscheidend, dass er im Gegensatz zum Grünbuch in der Gewährleistungshaftung nicht mehr hätte übersprungen werden können. Mit dem Richtlinienentwurf wurde er insofern also sowohl gefördert als auch benachteiligt. Immerhin wurde er von der Kommission aber erstmals als eigenständiger Regressgläubiger behandelt. Art. 3 V RL-E kann man deshalb auch als erstmalige Mittelstandsförderung betrachten¹¹².

Im Vergleich zu Art. 4 RL ist etwa zweifelhaft, ob der Letztverkäuferregress nach Art. 3 V RL-E noch zwingend sein sollte¹¹³. Absatz 6 Satz 5 der Erwägungsgründe zum Richtlinienentwurf¹¹⁴ bestimmte, dass „der Verkäufer seinen Verkäufer oder den Hersteller in Regress nehmen können [musste], wenn die Vertragswidrigkeit einer von diesen Personen begangenen Handlung oder Unterlassung zuzurechnen ist.“ Danach und vom Wortlaut des Art. 3 V RL-E schien ein Verzicht des Letztverkäufers auf den Regress jedenfalls möglich.

Im übrigen besteht ein Unterschied zu Art. 4 RL beispielsweise darin, dass Art. 3 V RL-E nur von einem „Haftenden“ und nicht von der Möglichkeit mehrerer Regressschuldner spricht. Andererseits fehlt dort aber etwa die Einschränkung des Art. 4 S. 2 RL, wonach lediglich „das entsprechende Vorgehen und die Modalitäten“ des Regresses vom Mitgliedstaat bestimmt werden können.¹¹⁵

eines vorausgegangenen Verkäufers innerhalb derselben Vertragskette oder einer anderen Zwischenperson, so kann der Letztverkäufer den Haftenden nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften in Regreß nehmen.“

¹⁰⁸ Schmidt-Räntsch, ZIP 1998, 849, 850.

¹⁰⁹ Vgl. Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 434.

¹¹⁰ Selbst die in einem Vorentwurf noch vorgesehene Direkthaftung des dem Verbraucher geographisch nahen Herstellerrepräsentanten wurde nicht übernommen; Micklitz, EuZW 1997, 229, 233, mit Verweis auf Tenreiro, REDC 1996, 187, 207; vgl. auch Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 200 Art. 4 Rn. 2.

¹¹¹ Dabei ging die Kommission von der Überlegung aus, dass dieser die zurückgenommene Kaufsache in den meisten Fällen ohnehin an den Hersteller zurücksendet und sich daher keine wesentlichen Unterschiede ergäben hätten; Welser/Jud, 14. ÖJT, 155 und dort speziell Fn. 653, mit Verweis auf Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 112 und Micklitz, EuZW 1997, 229, 232.

¹¹² Hondius, ZEuP 1997, 130, 136.

¹¹³ Kircher, ZRP 1997, 290, 294, geht offenbar entgegen der Interpretation von Faber, JBl 1999, 413, 429 f. Fn. 140, von der Abdingbarkeit des Regresses aus, da Art. 6 I des Entwurfs nur die Verbraucherrechte für zwingend erklärte.

¹¹⁴ KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 18.

¹¹⁵ Art. 3 V RL-E von 1996 KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 21; abgedruckt auch in ZIP 1996, 1845, 1851 sowie bei Jud, ÖJZ 1997, 441, 449.

Da der Richtlinienentwurf von 1996 noch zahlreichen Änderungsvorschlägen¹¹⁶ ausgesetzt war, folgte am 31.03.1998 ein geänderter Richtlinienentwurf. Über diesen wurde im April 1998 im Ministerrat eine Politische Einigung getroffen.¹¹⁷ Der Letztverkäuferregress des Richtlinienentwurfs von 1996 blieb dabei jedoch grundsätzlich bestehen. Er sollte nach Art. 3 a des gemeinsamen politischen Standpunktes (GSKR) vom 23.04.1998¹¹⁸ von den Mitgliedstaaten dispositiv und in den Modalitäten gestaltet werden können: Zwar wurde hier Absatz 6 der Erwägungsgründe¹¹⁹ des Richtlinienentwurfs von 1996 in Form des Absatzes bzw. Erwägungsgrundes 10¹²⁰ aufrechterhalten. Daraus leitete man auch teilweise die zwingende Natur des Letztverkäuferregresses ab¹²¹. Doch nach Art. 3 a GSKR sollte der Letztverkäufer ausdrücklich „einen Haftenden innerhalb der Vertragskette in Regress nehmen [können], es sei denn, dass er auf sein Recht verzichtet hat.“ Im übrigen entspricht Art. 3 a S. 2 GSKR bis auf redaktionelle Änderungen Art. 4 S. 2 RL.

Der Vorschlag des Europäischen Parlaments, eine unmittelbare Haftung des Herstellers oder dessen Vertreters gegenüber dem Verbraucher vorzusehen, wurde auch hier trotz des Einsatzes vor allem der südeuropäischen Mitgliedstaaten abgelehnt. Anstelle einer unmittelbaren Herstellerhaftung wurde aber gegen die Stimmen der Bundesrepublik Deutschland und Dänemarks der Vorläufer des jetzigen Art. 12 II RL, Art. 8 a GSKR, aufgrund eines Vorschlags der Präsidentschaft der Kommission geschaffen. Dort war eine Überprüfung hinsichtlich der Notwendigkeit einer solchen unmittelbaren Haftung nach vier Jahren, spätestens zum 7. Juli 2006, vorgesehen.¹²² Schon deswegen ist zu vermuten, dass die Kommission die gemeinsame Händler- und Produzentenhaftung weiter beschäftigen wird¹²³.

Am 17.12.1998 verlangte das Europäische Parlament in einer zweiten Lesung noch weitere Änderungen. Zwar sollte dabei einerseits die Verzichtsmöglichkeit auf den Regress nach der Auffassung des EP aus der Regressregelung gestrichen werden. Andererseits wollte es diese in Erwägungsgrund 8 des Vorschlages aber bewusst belassen. Daraus wird wohl zu folgern sein, dass auch das EP letztlich von der Dispositivität des Verkäuferregresses ausging.¹²⁴ Eine weitere, vermittelnde Stellungnahme der Kommission erfolgte am 19.1.1999¹²⁵. Diese war Grundlage für das Votum des Vermittlungsausschusses zur Vermittlung zwischen den Standpunkten des EP und der Kommission. Das Ergebnis der Auseinandersetzung war die Fassung des

¹¹⁶ Lehmann, JZ 2000, 280, 291 und dort speziell auch Fn. 120.

¹¹⁷ Dem ging am 27.11.1996 eine Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, am 26.1.1998 eine legislative Entscheidung und am 10.03.1998 eine Stellungnahme des Europäischen Parlaments voraus; ABIEG L 171, 12 m.w.N.; ferner dazu Gass, FS Walter Rolland (1999), 129 f., vgl. auch Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 207.

¹¹⁸ Gemeinsamer Standpunkt vom 23.04.1998; Ratsdok. 7896/98 vom 24.4.1998 = ZIP 1998, 889, 892.

¹¹⁹ KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 18.

¹²⁰ Gemeinsamer Standpunkt vom 23.04.1998, Ratsdok. 7896/98 vom 24.4.1998, abgedruckt in ZIP 1998, 889, 890.

¹²¹ Vgl. Faber, JBl 1999, 413, 429 f. Fn. 140, mit Verweis auf den Verweis von Kircher, ZRP 1997, 290, 294 Fn. 39 auf KOM (95) 520 endg., 15 = BR-Drucksache 696/96, 14.

¹²² Dazu Gass, FS Walter Rolland (1999), 129, 133.

¹²³ Vgl. Micklitz, EuZW 1999, 485, 493.

¹²⁴ Vgl. Faber, JBl 1999, 413, 429 f. Fn. 140.

¹²⁵ Faber, JBl 1999, 413, 414 Fn. 6 mit Verweis auf KOM (1999) 16 endg. vom 19.1.1999.

Richtlinientextes vom 8.4.1999. Diese war wiederum Grundlage für die Verabschiedung der jetzigen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und damit der Regelung des Letztverkäuferregresses gemäß Art. 4 RL, der schließlich am 7.7.1999 in Kraft trat.¹²⁶

Eine wie auch immer geartete unmittelbare Herstellerhaftung ist vorbehaltlich des Art. 12 II RL auch in der Endfassung der RL nicht mehr vorgesehen. Grund dafür war die in den meisten Mitgliedstaaten vorherrschende Relativität des Vertrages, die auch die Gewährleistungsrechte umfasste und die daher gegen ein „Überspringen“ des jeweiligen Vertragsverhältnisses sprach.¹²⁷ Den Letztverkäuferschutz des Art. 4 RL kann man letztlich aber als Ausgleich für die verhinderte Direkthaftung des Herstellers sehen. Diese wird wegen der Überprüfungspflicht des Art. 12 II RL und wegen des Erwägungsgrundes 23 S. 2 RL auch zumindest theoretisch aktuell bleiben¹²⁸.

Insgesamt bleibt fraglich, ob Art. 4 RL die Aussagen der Vorentwürfe tatsächlich im wesentlichen unverändert beibehält¹²⁹. Es ist insbesondere unklar, was das „Intermezzo“ der ausdrücklichen Verzichtsmöglichkeit in bezug auf den Rückgriff nach Art. 3a GSKR bedeuten sollte und in welchem Verhältnis die jeweiligen Erwägungsgründe zu der eigentlichen Regressregelung zu sehen sind. Die Gestaltbarkeit bzw. Abdingbarkeit des Letztverkäuferrückgriffs wurde jedenfalls trotz zumindest zeitweise anderslautendem Wunsch¹³⁰ des EP nicht ausdrücklich ausgeschlossen oder stark beschränkt. Daraus und aus Erwägungsgrund 9 RL wird man wohl vielmehr grundsätzlich schließen dürfen, dass die Haftung nach Art. 4 RL gegenüber dem Letztverkäufer weitgehender eingeschränkt werden kann als die des Letztverkäufers gegenüber dem Verbraucher.¹³¹ Die damit verbleibenden Unklarheiten lassen zumindest hinsichtlich der Regelung eines Verkäuferregresses bezweifeln, ob die endgültige Fassung der RL den Mitgliedstaaten tatsächlich mehr Gestaltungsfreiraum eingeräumt hat, mehr Rechtssicherheit geschaffen hat oder den Marktteilnehmern gar ein besser planbarer europäischer Markt eröffnet wurde¹³².

¹²⁶ Dazu etwa Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 207 f.; Nietzer/Stein, ZVglRWiss 99 (2000), 41; Ehmann/Rust, JZ 1999, 853 und dort speziell auch Fn. 1; Hänlein, DB 1999, 1641; Schäfer/Pfeiffer, ZIP 1999, 1829.

¹²⁷ Schmidt-Räntsch, ZIP 1998, 849, 850; Lehmann, JZ 2000, 280, 291 Fn. 116. Der Verbraucher hat deshalb jedenfalls nicht mehr, wie noch im Grünbuch vorgesehen, mehrere potentielle Gewährleistungsschuldner. Für ihn ist die Endfassung im Vergleich zum Grünbuch insofern daher eher nachteilig. Zumindest einen mittelbaren Verbraucherschutz gewährt Art. 4 RL aber insoweit, als der Letztverkäufer durch die Gewährung eines besonderen eigenen Regresses selbst einen solventeren Schuldner darstellt; Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 110; Welser/Jud, 14. ÖJT, 160 f.; Schurr, ZfRV 1999, 222, 227; Jud, ÖJZ 2000, 661, 662 und dort speziell auch Fn. 7.

¹²⁸ Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 231 f. Art. 4 Rn. 48 sowie allgemeiner derselbe, ebenda, 232 f. Rn. 49; Brüggemeier, JZ 2000, 529, 533 und dort speziell Fn. 23; Erwägungsgrund 23 S. 2 RL lautet auszugsweise „...kann es sich als notwendig erweisen, eine stärkere Harmonisierung in Erwägung zu ziehen, die insbesondere eine unmittelbare Haftung des Herstellers für ihm zuzuschreibende Mängel vorsieht.“; abgedruckt etwa in NJW 1999, S. 2421, 2422.

¹²⁹ So aber Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 669 und dort speziell Fn. 6, mit Hinweisen auf die Richtlinienentstehung.

¹³⁰ Faber, JBl 1999, 413 Fn. 2, 429 f. Fn. 140; vgl. aber auch Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 669.

¹³¹ Staudenmayer, NJW 1999, 2393, 2396; Micklitz, EuZW 1999, 485, 487; vorsichtig Hänlein, DB 1999, 1641, 1644 Fn. 32; dazu sogleich unter B.II.2.b.

¹³² So aber Schurr, ZfRV 1999, 222, 229.

b) Grundsatz der Vertragsfreiheit, insbesondere nach Erwägungsgrund 9 RL

Von zentraler Bedeutung im Verkehr unter Unternehmern ist die Möglichkeit, vertragliche Vereinbarungen zu treffen. Häufig sind nur auf diese Weise komplexe Vertragsbeziehungen angemessen zu erfassen. Dieses Bedürfnis besteht vor allem im Bereich der Gewährleistungshaftung, den der Letztverkäuferregress nach Art. 4 RL regelt. Hier stellt Erwägungsgrund 9 RL¹³³ zunächst ausdrücklich klar, dass der Verkäuferrückgriff, anders als ursprünglich teilweise geplant¹³⁴, die Vertragsfreiheit nicht berührt. Nach dem Wortlaut von Art. 4 RL iVm Erwägungsgrund 9 RL ist der Regress also vertraglich gestaltbar, möglicherweise sogar ganz abdingbar¹³⁵. Auch aus der Wortwahl „... the final seller *shall* be entitled to pursue remedies...“ in der englischen Fassung, wird man daher zwar die Pflicht zur Schaffung eines Verkäuferregresses, zugleich aber auch dessen grundsätzliche Abdingbarkeit ableiten müssen¹³⁶.

Zweifelhaft bleibt danach indes, was daraus zu folgern ist, dass die eigentliche Regressregelung des Art. 4 RL die Verzichtsmöglichkeit des Letztverkäufers auf den Rückgriff nicht mehr (wie noch Art. 3a GSKR) ausdrücklich erwähnt¹³⁷. Für die Gewährung der Vertragsfreiheit dürfte dieser Umstand jedenfalls dann unschädlich sein, wenn man mit dem EuGH die jeweilige Norm „im Lichte des Wortlauts *und* des Zwecks der Richtlinie“¹³⁸ betrachtet. Denn letzterer ist hier die Privatautonomie nach Erwägungsgrund 9 RL, deren Nennung insofern nur aus der eigentlichen Regressnorm ausgelagert wurde. Aber auch aus Art. 4 RL selbst könnte die Vertragsfreiheit für den Regress folgen, wenn man dessen Sinn und Zweck darin sieht, die durch die RL im Unternehmerverkehr verursachten Unstimmigkeiten mit dem Recht der Mitgliedstaaten zu beseitigen¹³⁹. Danach wäre die Vertragsfreiheit notwendig, um eine allzu „starre“ Regelung für die Absatzkette zu vermeiden¹⁴⁰, auch wenn man den Nutzen einer Regressmöglichkeit dann bezweifeln kann¹⁴¹.

Schon aus diesen Erwägungen legt auch die Entstehungsgeschichte eher eine

¹³³ Erwägungsgrund (9) der RL; abgedruckt in NJW 1999, 2421: „Der Verkäufer muß dem Verbraucher gegenüber unmittelbar für die Vertragsmäßigkeit der Güter haften. Dieser klassische Grundsatz ist in den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten verankert. Der Verkäufer muß allerdings nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts den Hersteller, einen früheren Verkäufer innerhalb derselben Vertragskette oder eine andere Zwischenperson in Regreß nehmen können, es sei denn daß er auf dieses Recht verzichtet hat. Diese Richtlinie berührt nicht den Grundsatz der Vertragsfreiheit in den Beziehungen zwischen dem Verkäufer, dem Hersteller, einem früheren Verkäufer oder einer anderen Zwischenperson. Die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften bestimmen, gegen wen und wie der Verkäufer Regreß nehmen kann“.

¹³⁴ Faber, JBl 1999, 413, 429 f. Fn. 140; Kircher, ZRP 1997, 290, 294 und dort speziell Fn. 39.

¹³⁵ Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 432 f.; Faber, JBl 1999, 413, 429 f. Fn. 140; Welser/Jud, 14. ÖJT, 158, sehen aber immerhin eine Pflicht zur Schaffung einer (abdingbaren) Regressregelung.

¹³⁶ Howells, wiedergegeben von Schwartze, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 335, 349; strenger aber wohl die französische Fassung „...le vendeur final a le droit de se retourner contre le ou...“; vgl. zum Wortlaut aber auch generell W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 249.

¹³⁷ Hänlein, DB 1999, 1641, 1644 und speziell Fn. 32; Micklitz, EuZW 1999, 485, 487.

¹³⁸ EuGH, 14.7.1994 Rs. C-91/92, Slg. 1994, I-3325, Rn. 26 - Faccini Dori; Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135 Rn. 8 – Marleasing; vgl. auch Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 281, 310; Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 221 f. Art. 4 Rn. 33 f.

¹³⁹ Vgl. dazu Lehmann, JZ 2000, 280, 289 Fn. 90.

¹⁴⁰ Schlechtriem, ZSchwR, Band 118, 1999, I. Halbband, 335, 356.

¹⁴¹ Micklitz, EuZW 1999, 485, 487.

weitreichende, vertragliche Gestaltbarkeit des Verkäuferrückgriffs nahe. Außerdem wurde der Plan eines zwingenden seitengleichen Regresses¹⁴² im Rahmen von AGB nicht verwirklicht¹⁴³. Zumindest in den Erwägungsgründen sollte sogar nach dem EP die Dispositivität des Regresses „bewusst“ genannt bleiben, auch wenn die Verzichtsmöglichkeit in der Letztverkäuferregelung selbst gestrichen werden sollte¹⁴⁴ und wurde. Daher wird man neben der Zulässigkeit von Abweichungen durch Individualvereinbarungen auch die der Abweichungen durch AGB annehmen dürfen¹⁴⁵. Erwägungsgrund 9 RL kann somit nur zu entnehmen sein, dass der Verkäuferregress nicht zwingend sein muss¹⁴⁶. Bereits angesichts dieser Entstehungsgeschichte hätte es für die Einschränkung der Vertragsfreiheit unter Unternehmern wohl einer ausdrücklichen Regelung in der RL bedurft. Diese war zumindest deshalb erforderlich, da die Vertragsfreiheit unter Unternehmern bisher nicht durch EG-Recht eingeschränkt wurde.¹⁴⁷

Systematisch spricht für eine generelle Abdingbarkeit des Regresses zunächst der Umsetzungsspielraum des Art. 4 S. 2 RL hinsichtlich des entsprechenden Vorgehens und der Modalitäten des Rückgriffs¹⁴⁸. Die Gesamtsystematik der RL weist ebenfalls auf die Anerkennung der Vertragsfreiheit hin. Denn neben dem insoweit ausdrücklichen Erwägungsgrund 9 S. 3 und 4 RL, ist der Verkäuferregress vor allem nicht vom Unabdingbarkeitspostulat des Art. 7 I RL erfasst.¹⁴⁹ Im Zusammenhang mit Erwägungsgrund 9 RL kann daher gefolgert werden, dass die Mitgliedstaaten in der Regelung des Regresses gerade deshalb frei sind, weil der Verbraucher davon nicht direkt berührt ist¹⁵⁰.

Ein wesentlicher Grund für die Anerkennung der Vertragsfreiheit und damit einer sehr weitgehenden Abdingbarkeit des Verkäuferrgresses iSd Art. 4 RL folgt weiter aus kompetenzrechtlichen Überlegungen. Denn die Kompetenz des EP und des Rates zum Erlass der RL, insbesondere in bezug auf Art. 4 RL, ist sehr fraglich. Diesem Einwand konnte wohl nur durch die Anerkennung der Vertragsfreiheit im Rahmen des Verkäuferrgresses begegnet werden¹⁵¹. Nach Artt. 95 III EG¹⁵² besteht zwar die Politik

¹⁴² Von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 727, mit Verweis in Fn. 116 auf Art. 3 V 2 nach der Legislativen Entschließung des EP zum RL-E, ABIEG C 104, 30.

¹⁴³ Von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 727, mit Verweis in Fn. 117 auf den Gemeinsamen Standpunkt (EG) Nr. 51/98 des Rates vom 24.9.1998, ABIEG C 333, 46.

¹⁴⁴ Faber, JBl 1999, 413, 429 f. Fn. 140.

¹⁴⁵ In diese Richtung von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 727 m.w.N.; vgl. aber auch Micklitz, EuZW 1999, 485, 487, der aus Erwägungsgrund 9 RL die Zulässigkeit und Intention einer Abdingbarkeit lediglich bei einer ausdrücklichen Individualvereinbarung und nicht generell bei Freizeichnungsklauseln in AGB ableitet.

¹⁴⁶ Seeliger, 14. ÖJT Bd. II/2, 89 f.; Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 221 f. Art. 4 Rn. 33 f.

¹⁴⁷ Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 281, 310.

¹⁴⁸ Vgl. Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 862.

¹⁴⁹ Micklitz, EuZW 1999, 485, 487, 489; Faber, JBl 1999, 413, 429 f. Fn. 140; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 727.

¹⁵⁰ Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 862.

¹⁵¹ Ausführlich zum Folgenden etwa von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 723 f. und W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 233; zweifelnd auch Medicus, ZIP 1996, 1925, 1928; Micklitz, EuZW 1997, 229, 233; Ehmann/Rust, JZ 1999, 853 m.w.N.; Brüggemeier, JZ 2000, 529, 533; Brüggemeier/Reich, BB 2001, 213, 215, 221; für die Zulässigkeit der RL insgesamt jedoch Tonner, BB 1999, 1769. Unabhängig davon wurde von der Bundesrechtsanwaltskammer schon in der

des hohen Verbraucherschutzes und in personeller Hinsicht kann hiervon gegebenenfalls auch der einseitige Handelskauf erfasst sein. Da dieser aber nur Verträge des gewerblichen Verkäufers mit einer nicht unmittelbar beruflich tätigen Privatperson betrifft und innerhalb der Absatzkette regelmäßig nur Kaufverträge von Unternehmern bzw. Kaufleuten vorliegen, kann schon deswegen eine Gesetzgebungskompetenz in bezug auf Art. 4 RL bezweifelt werden. Hinzu kommt, dass Art. 4 RL dem Verbraucherschutz allenfalls mittelbar dient, indem er durch die Regressmöglichkeit dem Verbraucher einen solventeren Letztverkäufer bietet¹⁵³.

Aber auch wenn man hervorhebt, dass die gegenüber der Verordnung flexiblere Regelungsform der Richtlinie gewählt wurde¹⁵⁴, bleiben gerade hinsichtlich Art. 4 RL Kompetenzzweifel. Denn durch sie ist zumindest das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 II EG (Art. 3 b II aF EG) berührt. Geht man danach nämlich von einem engen Ansatz der Harmonisierung aus, so folgt ein beschränkter Anwendungsbereich der RL. Stets ist also eine ausdrückliche Einzelermächtigung für die Gemeinschaftsmaßnahme erforderlich. Art. 95 EG reicht dafür in bezug auf Art. 4 RL grundsätzlich nicht aus und auch eine andere Regelungskompetenz für die Harmonisierung zum Schutz von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) ist nicht ersichtlich¹⁵⁵.

Ferner ist von Bedeutung, dass Art. 95 III EG nur in Verbindung mit Art. 95 I EG zu lesen ist. Nach Art. 95 I 2 EG ist der Erlass von Rechtsakten zulässig, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts betreffen. Für die Angleichung des Privatrechts in der EG durch die RL ist dafür nun vor allem das „Tabakwerbe“-Urteil des EuGH vom 5.10.2000¹⁵⁶ entscheidend. Da danach auch nur einzelne Vorschriften unwirksam sein können, ist auch Art. 4 RL daran zu messen. Speziell Art. 4 RL müsste also „tatsächlich den Zweck“ haben, „die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern“. Es reicht weder aus, dass nur Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen festgestellt werden, noch dass eine rein abstrakte Gefahr für die Grundfreiheiten oder potentiell drohende Wettbewerbsverzerrungen bestehen. Ferner müssen durch unterschiedliche nationale Rechtsordnungen Handelshindernisse wahrscheinlich sein und die beabsichtigten Regelungen diese vermeiden wollen. Zwar ist es dann ausreichend, dass die unterschiedlichen Regelungen zu „spürbaren Wettbewerbsverzerrungen“ führen und der Rechtsakt diese beseitigen möchte.¹⁵⁷ Es ist jedoch angesichts des Erwägungsgrundes 3 RL sowie des Art. 153 EG fraglich, ob selbst die RL diesen Kriterien genügt¹⁵⁸. Art. 4 RL allein wird diesen Anforderungen jedenfalls

Vereinheitlichung des Gewährleistungsrechts ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip gesehen; Lörcher, BRAK-Mitt. 2/1998, 77.

¹⁵² Vgl. den bisherigen Art. 100 a III EG.

¹⁵³ B.II.1.d.cc.

¹⁵⁴ Amtenbrink/Schneider, VuR 1999, 293, 294, sehen als weiteren Grund das „Mißtrauen seitens der Mitgliedstaaten gegenüber immer neuen Vorschriften aus Brüssel“.

¹⁵⁵ W.H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 233; derselbe, zitiert auch von Gsell/Rüfner, NJW 2001, 424, 425.

¹⁵⁶ EuGH 5.10.2000 – Rs. C-376/98 – Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament und Rat der EU, NJW 2000, 3701 ff. = JZ 2001, S. 32.

¹⁵⁷ EuGH 5.10.2000 – Rs. C-376/98 – Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament und Rat der EU, NJW 2000, 3701 ff. = JZ 2001, 32 Rn. 86, 106 f.; dazu ferner W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 232; derselbe, JZ 2001, 475, 477, 478.

¹⁵⁸ Von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 724. Da aber Art. 95 EG und nicht Art. 153 EG als

nicht gerecht. Der Letztverkäuferregress sollte auch ausweislich des Erwägungsgrundes 9 RL weder tatsächlich „das Funktionieren des Binnenmarktes“ erleichtern noch „wahrscheinliche Handelshindernisse“ vermeiden.¹⁵⁹

Insgesamt muss der Regress nach Art. 4 RL somit grundsätzlich abdingbar sein¹⁶⁰. Man könnte deshalb versucht sein, Art. 4 RL als parteidispositive, „eher harmlose“ Kann-Bestimmung¹⁶¹ anzusehen. Bei einer gänzlichen Abdingbarkeit könnten aber wegen der daraus folgenden wirtschaftlichen Belastung gerade die kleinen und schwachen Einzelhändler verschwinden - der Letztverkäuferregress verlöre womöglich seine Wirkung¹⁶². Erkennt man mithin also zwar prinzipiell die Vertragsfreiheit an, ist andererseits der „Regressfalle“ des Letztverkäufers in der Form eines Haftungsausschlusses entsprechend zu begegnen. Dies gebieten neben dem grundsätzlichen Ziel des Art. 4 RL vor allem auch der Effektivitäts- und der Verantwortungsgrundsatz¹⁶³. Anhand dieser Kriterien ist im Wege der Konkordanz jeweils auch zu entscheiden, wann eine Begrenzung oder ein Ausschluss des Letztverkäuferregresses durch AGB oder Individualvereinbarungen unzulässig ist. Dabei kann es nicht allein auf die Form der Haftungserleichterung ankommen. Vielmehr muss vornehmlich auf den Inhalt der Regresseinschränkung abgestellt werden. Eine pauschale, dem nicht Rechnung tragende Differenzierung zwischen AGB und Individualvereinbarungen ist nicht sachgerecht¹⁶⁴. Entsprechendes gilt auch für den Zeitpunkt der Haftungserleichterung¹⁶⁵.

c) Das Effektivitätsprinzip

Teilweise sieht man die Effektivität der (umgesetzten) Rückgriffsregelung des Art. 4 RL für den jeweiligen Regresssuchenden als von der Nutzung des Umsetzungsspielraumes nach Art. 4 S. 2 RL abhängig¹⁶⁶ oder von der Auslegung des Erwägungsgrundes 9 RL. Dafür könnte auch sprechen, dass etwa die durchaus potentiell regressfördernde Regelung des Art. 5 III RL nicht zwingend für den Letztverkäuferrückgriff vorgesehen werden muss.¹⁶⁷ Überwiegend wird Art. 4 RL jedoch so verstanden, dass dieser selbst von den Mitgliedstaaten die Schaffung eines effektiven Rückgriffs verlangt¹⁶⁸.

Kompetenztitel für die RL diene, ist dies ohnehin nur eine zusätzliche Begründung.

¹⁵⁹ W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 233; derselbe, zitiert auch von Gsell/Rüfner, NJW 2001, 424, 425.

¹⁶⁰ Howells, wiedergegeben von Schwartze, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 335, 349; Gass, FS Walter Rolland (1999), 129, 133; Schmidt-Räntsch, ZIP 1998, 849, 850; Staudenmayer, NJW 1999, 2393, 2396, im Ergebnis ferner Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 281, 310, der allerdings darauf aufmerksam macht, dass der nationale Gesetzgeber etwas anderes vorsehen kann. Zu den Ergebnissen einer historischen Auslegung vgl. B.II.2.a.

¹⁶¹ Staudenmayer, NJW 1999, 2393, 2396.

¹⁶² Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 862.

¹⁶³ Dazu B.II.1.c und d; B.II.2.c und d.

¹⁶⁴ Dabei ist allerdings noch nicht die Frage beantwortet, ob es zu der danach erforderlichen Kontrolle von Vereinbarungen neuer Regelungen bedarf.

¹⁶⁵ Höffe, 78 und dort speziell Fn. 30, sieht durch Erwägungsgrund 9 S. 3, 4 RL hier keinen Differenzierungsbedarf.

¹⁶⁶ Tonner, BB 1999, 1769, 1772; nach der von Westermann, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 109, 128, nicht weiter begründeten Ansicht ist der RL ein effektiver Rückgriff „offenbar weniger wichtig“.

¹⁶⁷ Höffe, 79.

¹⁶⁸ BT-Drucksache 14/6040, 247; Schmidt-Räntsch, ZIP 2000, 1639; Lehmann, JZ 2000, 280, 290; W.-

Schon im Grünbuch bestand der Gedanke, dem Verbraucher eine effektive Geltendmachung von Ansprüchen zu ermöglichen¹⁶⁹. Bereits der durch Art. 4 RL bewirkte mittelbare Verbraucherschutz spricht somit auch für das Erfordernis eines hinreichend effektiven Verkäuferregresses. Die grundsätzliche Beachtung dieses Prinzips beim Letztverkäuferregress folgt jedenfalls aus dem gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz bzw. dem *effet utile*.

Dieser verlangt, dass die von der RL gesetzten Ziele durch die jeweils angewandten Maßnahmen mit Gewissheit verwirklicht werden. Dies erfordert mehr als eine „formal korrekte Umsetzung des Gemeinschaftsrechts“.¹⁷⁰ Der nationale Gesetzgeber muss vielmehr alle notwendigen Schritte zur vollständigen Wirksamkeit der RL treffen und dabei ihrer Zielsetzung genügen¹⁷¹.

Da Art. 4 RL beabsichtigt, einen Letztverkäuferregress gemeinschaftsrechtlich zu fördern, verlangt das spezielle Effektivitätsprinzip des Art. 4 RL vom Grundsatz her also, „Regressfallen“ zu seinen Lasten weitgehend zu verhindern und entsprechende Vorkehrungen für den Rückgriff zu schaffen.¹⁷²

Die konkrete Ausprägung oder Definition dieses besonderen Effektivitätsgrundsatzes iSd Art. 4 RL ist allerdings umstritten.

Während einige Stimmen dem Effektivitätsgrundsatz offenbar wenig Bedeutung beimessen¹⁷³, halten andere aus den genannten Gründen einen grundsätzlichen Gleichlauf des Letztverkäuferregresses mit den Verbraucherrechten für geboten¹⁷⁴. Weitergehend wird auch verlangt, dass man der durch Art. 4 RL bezweckten Entlastung des Letztverkäufers hinsichtlich seiner Gewährleistungshaftung in „vollem Umfang“ Rechnung tragen muss¹⁷⁵. Nach einer Ansicht genügt daher selbst eine Gleichschaltung mit den Verbraucherrechten nicht, da der Regressanspruch beispielsweise bei längerer Lagerhaltung oder später Kenntnis vom Mangel bereits verjährt sein kann, selbst wenn gleiche Verjährungsfristen bestehen¹⁷⁶.

Hier zeigen sich aber auch die Grenzen des Effektivitätsprinzips. Denn es ist bei diesem Beispiel ebenfalls zu berücksichtigen, dass der Letztverkäufer solche Zeitverzögerungen durch entsprechende Lagerverwaltung selbst steuern kann.¹⁷⁷

Außerdem gebietet das Effektivitätsprinzip nicht, dass ein Rückgriff in jedem Einzelfall gegeben sein muss. Selbst wenn die englische und französische Sprachfassung dies nahe

H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 249 f.; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1422 f.; dieselben, ZIP 2000, 1812, 1815; dieselben, ZIP 2001, 1389, 1393, 1395; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 726, 728.

¹⁶⁹ Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 15.

¹⁷⁰ Micklitz, EuZW 1997, 229, 237.

¹⁷¹ EuGH, 10.4.1983 – Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891 Rn. 15 – von Colson und Kamann; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 726, 728.

¹⁷² Micklitz, EuZW 1999, 485, 490.

¹⁷³ B.II.3.b.aa.

¹⁷⁴ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1423; W.-H. Roth, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 113, 120 f.

¹⁷⁵ So etwa W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 250; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1423; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 726.

¹⁷⁶ Gsell, JZ 2001, 65, 73.

¹⁷⁷ Vgl. Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1397 und auch Westermann, NJW 2002, 241, 252.

legen könnten, folgt dies zunächst aus dem UN-Kaufrecht, das der RL als Vorbild diente: Da die RL kaum zu dessen Kündigung oder zum Verstoß dagegen zwingen wollte, ist grundsätzlich auch ein Regress nach der CISG als effektiv iSd Art. 4 RL zu betrachten. Weil danach aber etwa eine Frist von zwei Jahren nach dem Vorbild des Art. 39 II CISG für einen Regress ausreichend wäre¹⁷⁸, kann das Effektivitätsprinzip mithin keine besondere Schutzfrist für die erwähnten Zwischenlagerungen des Letztverkäufers verlangen. Auch die aus Erwägungsgrund 9 und Art. 4 RL folgende grundsätzliche Abdingbarkeit des Letztverkäuferregresses verdeutlicht, dass der Effektivitätsgrundsatz keinen lückenlosen Letztverkäuferschutz gebietet¹⁷⁹. Dies folgt prinzipiell ferner daraus, dass sich die EG-Kommission gegen eine zwingende, effektivere Direkthaftung des für die Vertragswidrigkeit verantwortlichen Vertragskettengliedes entschieden hat.

Es ist denkbar, dass das Effektivitätsprinzip Auswirkungen auf die rechtstechnische Konstruktion eines Letztverkäuferrückgriffs hat. Möglicherweise verlangt ein effektiver Regress nämlich einen neuen, eigenen Rückgriffsanspruch im Gegensatz zu bloßen Modifikationen bestehender Vorschriften.¹⁸⁰

Hier reichen die Meinungen¹⁸¹ allerdings von der Gewährung irgendeiner Regressmöglichkeit¹⁸² über die Forderung nach zumindest einem Recht auf Rücktritt bzw. Minderung oder eines Schadensersatzanspruchs¹⁸³ bis hin zur vollständigen Liquidierung des Gewährleistungsaufwandes über einen verschuldensunabhängigen Schadensersatz- oder Aufwendungsersatzanspruch.¹⁸⁴

Entscheidend dürfte jedoch nicht die technische Gestaltung der Regressrechte sein, sondern nur der Umstand, wie effektiv der Letztverkäufer danach Rückgriff nehmen kann. Es kommt also vor allem auf den effektiven Regressinhalt an.

Festzuhalten ist, dass der Effektivitätsgrundsatz nach wohl überwiegender Ansicht zumindest grundsätzlich gebietet, dem Letztverkäufer eine ausreichende Regressmöglichkeit zu gewährleisten¹⁸⁵. Dabei wird es prinzipiell nicht ausreichen, es bei den allgemeinen Gewährleistungsrechten zu belassen. Denn diese bestanden schon vor Art. 4 RL auch zugunsten eines jeden Letztverkäufers. Art. 4 RL muss daher beabsichtigt haben, diesen darüber hinaus zu schützen¹⁸⁶.

Der deutsche Gesetzgeber musste sich aus diesem Gesichtspunkt daher entsprechend mit den Verjährungsvorschriften, der Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln in AGB, den Rüge- bzw. Untersuchungsobliegenheiten nach den §§ 377, 378 aF HGB, aber auch den

¹⁷⁸ Schmidt-Räntsch, wiedergegeben von Jansen, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 257; vgl. jedoch auch Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 434 f.

¹⁷⁹ Vgl. etwa von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 726.

¹⁸⁰ Vorsichtig noch Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1423; fordernder aber dieselben, ZIP 2000, 1812, 1815; vgl. dazu ferner B.II.3.b.dd.

¹⁸¹ Näher B.II.3.b.

¹⁸² Vgl. B.II.3.b.aa.

¹⁸³ Kainer, AnwBl 2001, 380, 387.

¹⁸⁴ Vgl. Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1421, 1812, 1815; Lehmann, JZ 2000, 280, 290; W.-H. Roth, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 113, 136; aA der Sache nach etwa Jud, ÖJZ 2000, 661, 663 f.

¹⁸⁵ Zu den Einzelheiten B.II.3.b.

¹⁸⁶ Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 433; Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 217 f. Art. 4 Rn. 27 f.

Beweisregeln oder gegebenenfalls mit dem Verschuldensfordernis¹⁸⁷ beschäftigen¹⁸⁸. Darüber hinaus ist der Effektivitätsgrundsatz jeweils in ein angemessenes Verhältnis mit den anderen Vorgaben des Art. 4 RL sowie den Umsetzungsspielräumen des Mitgliedstaates zu setzen.

Eine noch nähere Definition des Effektivitätsgrundsatzes auf europäischer Ebene ist also nicht möglich, sondern hängt entscheidend von dem Gesamtspiel der nationalen Umsetzung ab.

d) Der Verantwortungsgrundsatz

Der Letztverkäuferregress des Art. 4 RL baut auf dem Verantwortungsprinzip auf¹⁸⁹. Dieses findet sich in Art. 4 S. 1 RL¹⁹⁰ und besagt, dass der Letztverkäufer dann Regress nehmen kann, wenn er „dem Verbraucher aufgrund einer Vertragswidrigkeit infolge eines Handelns oder Unterlassens des Herstellers, eines früheren Verkäufers innerhalb derselben Vertragskette oder einer anderen Zwischenperson“ haftet. Konkret folgt das Verantwortungsprinzip also aus dem Wort „infolge“¹⁹¹, das auch schon in Art. 3 V 1 des Richtlinienvorschlages von 1996¹⁹² enthalten war.

Vom Wortlaut des Art. 4 S. 1 RL ist damit jedoch zunächst nur klargestellt, dass der Letztverkäufer nicht endgültig haften soll, wenn er selbst für die Vertragswidrigkeit nicht verantwortlich ist. Zumindest nicht ausdrücklich lässt sich Art. 4 RL aber entnehmen, dass der tatsächlich für den Mangel Verantwortliche letztlich auch haften muss. Diese Forderung folgt indes aus den Begründungen zu den Richtlinienentwürfen und dem Grünbuch. Dort wird darauf verwiesen, dass die Verantwortung für Mängel an der Kaufsache oftmals im Herstellungsprozess oder in der Herstellerwerbung begründet liegt, selten aber in der Sphäre des Letztverkäufers. Auch die noch im Grünbuch vorgesehene „quasisubsidarische“ Direkthaftung des Herstellers sollte lediglich den Regressweg abkürzen.¹⁹³

Nach dem Verantwortungsprinzip soll letztlich also grundsätzlich denjenigen die Last aus der Gewährleistungshaftung gegenüber dem Verbraucher treffen, der die Vertragswidrigkeit der Kaufsache zu vertreten hat. D.h., dass die Haftung vom Letztverkäufer zumindest über die Stufen der Lieferkette auf den tatsächlich für den Mangel Verantwortlichen abgewälzt werden können soll.¹⁹⁴ Da der Letztverkäufer den

¹⁸⁷ Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 218 f. Art. 4 Rn. 29.

¹⁸⁸ Reich, NJW 1999, 2397, 2399; W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 254 f.; Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 222 f. Art. 4 Rn. 35.

¹⁸⁹ Ausführlicher zum diesbezüglichen Anliegen des Art. 4 RL auch schon B.II.1.d.aa.

¹⁹⁰ Staudenmayer, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 27, 43.

¹⁹¹ Dazu näher Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 4 Rn. 4 f.

¹⁹² Art. 3 V RL-E von 1996; KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 21 sowie in der Begründung dazu, ebenda, 14.

¹⁹³ Vgl. Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 111; KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 14; vgl. grundsätzlich auch BT-Drucksache 14/6040, 247; Medicus, ZIP 1996, 1925, 1929; Schäfer/Pfeiffer, ZIP 1999, 1829, 1835; Micklitz, EuZW 1999, 485, 490; Faber, JBl 1999, 413, 429; Schmidt-Räntsch, ZEuP 1999, 294, 299; Gass, FS Walter Rolland (1999), 129, 133; Welser/Jud, 14. ÖJT, 155; Lehmann, JZ 2000, 280, 289; Jud, ÖJZ 2000, 661, 662, 663 und dort speziell Fn. 14; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1421; dieselben, ZIP 2001, 1389, 1393; Palandt/Putzo, § 478 Rn. 2; ausführlicher zum Anliegen des Art. 4 RL auch schon B.II.1.d.aa.

¹⁹⁴ Lehmann, JZ 2000, 280, 289.

Kaufvertrag mit dem Verbraucher geschlossen hat, insofern also überhaupt den Ursprung für eine Vertragswidrigkeit im Verhältnis zum Verbraucher gesetzt hat, müsste es in Art. 4 RL allerdings „mitverursacht“ heißen¹⁹⁵. Es kann hier demzufolge auch nicht etwa erheblich sein, wer eine etwaige Endkontrolle des Produkts durchzuführen hat. Denn dies ist erst eine Frage der Rügeobliegenheiten, die gegebenenfalls zu einem Verlust der prinzipiell zu gewährenden Regressmöglichkeiten führen können.¹⁹⁶

Es fragt sich jedoch, ob dieses Verständnis von Art. 4 RL auch erfordert, dass der Letztverkäufer selbst unmittelbar das für die Vertragswidrigkeit verantwortliche Kettenglied belangen kann¹⁹⁷. Nach dem eben Erwähnten muss der Letztverkäufer aber erstens nur überhaupt die Möglichkeit eines Regresses haben, und das Verantwortungsprinzip gebietet zweitens nur im Ergebnis, dass der eigentlich Verantwortliche endgültig haften soll.

Aus dieser Auslegung von Art. 4 RL folgt somit mittelbar jedoch auch, wie bereits angedeutet, dass die Haftung grundsätzlich nicht bei einem anderen, nicht für den Mangel verantwortlichem Glied der Lieferkette „stecken bleiben“ soll.¹⁹⁸ Dies ist gerade in der modernen, arbeitsteiligen Wirtschaftswelt von praktischer Bedeutung, da Hersteller, Zwischenhändler und Letztverkäufer aufgrund des regelmäßig mehrstufigen Absatzweges typischerweise nicht identisch sind¹⁹⁹.

Entscheidet sich der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung von Art. 4 RL also gegen eine Direkthaftung des verantwortlichen Kettengliedes, muss er aus Sicht des Verantwortungsprinzips des Art. 4 RL zumindest dafür sorgen, dass er für die jeweils in Regress genommenen Kettenglieder selbst einen Rückgriff vorsieht²⁰⁰. Aus Art. 4 RL ist daher zugleich umgekehrt nicht zu folgern, dass der Letztverkäufer selbst den für die Vertragswidrigkeit Verantwortlichen in Regress nehmen können muss²⁰¹. Das Verantwortungsprinzip des Art. 4 RL schreibt somit (sozusagen als Mindeststandard) nur wenigstens einen Letztverkäuferregress gegen den unmittelbaren Vertragspartner vor²⁰². Dies folgt neben dem großzügigen Wortlaut des Art. 4 S. 1 RL²⁰³ vor allem auch

¹⁹⁵ Vgl. Jud, ÖJZ 1997, 441, 448; Welser/Jud, 14. ÖJT, 156, 157.

¹⁹⁶ Anderenfalls könnte zudem nicht nur ein Händler, sondern etwa auch ein Spediteur „Verantwortlicher“ sein; aA aber Steindl, 14. ÖJT Bd. II/2, 101, der dies als angemessenes Ergebnis einer „Ökonomenanalyse“ ansieht.

¹⁹⁷ So ohne weitere Ausführungen zumindest dem Wortlaut nach etwa Marx/Wenglorz, 144.

¹⁹⁸ GewRÄG-E, 38; Lehmann, JZ 2000, 280, 290; Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 432, 439, leiten dies grundsätzlich aus der „Logik des Regreßanspruchs“ ab, obwohl Art. 4 RL zumindest ausdrücklich nur dem Letztverkäufer einen Regressanspruch gewährt; vgl. Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 862 und ferner die allerdings allgemeinen oder konkret auf den Herstellerverursacher bezogenen Wertungen bei KOM (95) endg. = BR-Drucksache 696/96, 14; BT-Drucksache 14/6040, 247, 249; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1393-1395; aA wohl, jedoch ohne nähere Begründung Kirchner/Richter, 26.

¹⁹⁹ Lehmann, JZ 2000, 280, 290; Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 205 f. Art. 4 Rn. 10.

²⁰⁰ Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 200 f. Art. 4 Rn. 3, führt dies auf die Verwendung des Plurals („Haftenden“) zurück.

²⁰¹ Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 432, 438 f.; anders anscheinend Kainer, AnwBl 2001, 380, 387; in diese Richtung argumentiert auch Lehmann, JZ 2000, 280, 290.

²⁰² Kritisch Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 862; Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 432, 438 f.

²⁰³ Zweifelhaft ist indessen, ob man aus dem Wortlaut des Art. 4 RL das Erfordernis einer (Mit-)Verursachung der Vertragswidrigkeit durch den Vordermann ableiten kann; so Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 438 f.

aus dem ausdrücklichen Umsetzungsspielraum des Art. 4 S. 2 RL hinsichtlich des oder der Haftenden. Im übrigen ist es selbst bei einer Direkthaftung wohl nicht selten schwierig, den wirklichen Verantwortlichen zu finden, wie dies schon der „Sprungregress“ im Rahmen des grenzüberschreitenden Überweisungsverkehrs nach § 676 e zeigt²⁰⁴.

Davon zu unterscheiden ist das Problem, ob die im Falle eines solchen Stufenregresses in Rückgriff genommenen Kettenglieder die gleichen Möglichkeiten einer Haftungsweiterleitung haben müssen wie der Letztverkäufer²⁰⁵. Dem kann entgegengehalten werden, dass Art. 4 RL vor allem den Regress des Letztverkäufers regelt. Gerade das Verantwortungsprinzip bereitet auch Schwierigkeiten, wenn es um die Frage geht, wer an dieser Lieferkette beteiligt ist und wo diese aufhört.

Im Rahmen des Verantwortungsprinzips zeigt sich auch die Verschränkung mit den anderen Prinzipien des Art. 4 RL²⁰⁶. Das Effektivitätsprinzip etwa erfordert eine entsprechende Durchsetzung des Verantwortungsprinzips. Danach reichte aus deutscher Sicht die bloße Beibehaltung der bisherigen Gewährleistungsansprüche bzw. das Institut der positiven Forderungsverletzung (pFV) nach überwiegender Ansicht²⁰⁷ nicht aus, selbst wenn man auf ein Verschuldenserfordernis verzichtet hätte. Zwar wäre danach ein Regress prinzipiell gegeben. Wegen der gegenüber Art. 2 I RL deutlich kürzeren Frist des bisherigen § 477 hätte aber etwa die Gefahr einer „Verjährungsfalle“ bestanden. Selbst wenn man diese Frist mit der des Verbrauchers gleichgeschaltet hätte, ergäben sich wegen des aufgrund von unvermeidlichen Zwischenlagerungen unterschiedlichen Verjährungsbeginns zeitliche Verschiebungen. Entgegen dem Verantwortungsprinzip könnte somit die Gewährleistungshaftung bei einem nicht für die Vertragswidrigkeit verantwortlichen Glied der Absatzkette „stecken bleiben“.²⁰⁸ Daher ist aus der Verbindung von Verantwortungs- und Effektivitätsprinzip die grundsätzliche Pflicht zur Vermeidung von „Regressfallen“ zu Lasten des Letztverkäufers herzuleiten.

Folglich sind – jedenfalls nach diesen Kriterien – wenigstens für den Regress des Letztverkäufers über die in Art. 4 RL genannten hinaus auch keine weiteren Voraussetzungen zu schaffen²⁰⁹. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass sich in Art. 4 RL kein Verschuldenserfordernis findet²¹⁰. Als Regressmöglichkeiten iSd Art. 4 RL reichten daher auch die an ein Verschulden

²⁰⁴ Schneider, WM 1999, 2189, 2197.

²⁰⁵ In diesem Sinne aber GewRÄG-E, 38 und prinzipiell auch Lehmann, JZ 2000, 280, 290.

²⁰⁶ Vgl. dazu Lehmann, JZ 2000, 280, 290; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 671 f.; in diese Richtung auch Welser/Jud, 14. ÖJT, 156 und wohl eher mit Verweis auf das Effektivitätsprinzip: Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1812, 1815; W.-H. Roth, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 113, 120 f. und dort speziell Fn. 39, 136.

²⁰⁷ Vgl. B.II.3.b.aa. und bb.

²⁰⁸ Lehmann, JZ 2000, 280, 290.

²⁰⁹ Lehmann, JZ 2000, 280, 290; unter Bezugnahme auf weite Spielräume des Art. 4 RL (insbesondere dessen Satz 2) großzügiger andererseits etwa Rieger, VuR 1999, 287, 291; Matthiessen/Lindner, NJ 1999, 617, 622; Staudenmayer, NJW 1999, 2393, 2396; Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 353.

²¹⁰ Ehmman/Rust, JZ 1999, 853, 862; Lehmann, JZ 2000, 280, 290; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668; dazu auch Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 212; W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 253; Jud, ÖJZ 2000, 661, 662; dieselbe, ZfRV 2001, 201, 207.

anknüpfenden §§ 823 ff. und der Widerrufs- und Unterlassungsanspruch nach dem bisherigen § 13 AGBG allein nicht aus²¹¹.

Eine umfassende Beachtung des Verantwortungsgrundsatzes verlangt, dass beim Letztverkäuferregress etwa auch die Gefahrtragung beim Transport berücksichtigt wird. Die Verbindung von Verantwortungs- und Effektivitätsgrundsatz erfordert aber nicht nur, dass der für den Mangel Verantwortliche überhaupt belangt werden kann: Nicht nur das „Ob“ eines Regresses ist entscheidend. Vielmehr ist auch zumindest vom Grundsatz her einer „effektiven Schadensliquidierung“²¹² Rechnung zu tragen. Nach einer Ansicht kann daher selbst eine Person, die nicht Teil der Vertragskette ist, gegebenenfalls nach Art. 4 RL haftbar sein²¹³.

Die Rücksichtnahme auf das Effektivitätsprinzip darf jedoch beispielsweise nicht soweit gehen, dass nur deshalb eine Haftung von Hilfspersonen eingeführt wird, für deren Verhalten der Haftende nicht verantwortlich ist. Denn dies kollidierte mit dem Verantwortungsprinzip.

Egal, ob man eine Direkthaftung oder einen Stufenregress vorsieht, ist nach dem Verantwortungsprinzip jedenfalls erstens der Letztverkäufer prinzipiell von einer endgültigen Gewährleistungshaftung zu befreien, sofern er die Vertragswidrigkeit nicht zu verantworten hat. Zweitens ist am Ende grundsätzlich der tatsächlich für den Mangel Verantwortliche zu belangen.

3. Konkrete Vorgaben für die Umsetzung

a) Einzelne Ableitungen aus den Sätzen 1 und 2 des Art. 4 RL

Nach Art. 249 EG ist der Mitgliedstaat im Rahmen der Richtlinienumsetzung in der Wahl der Form und des Mittels generell frei²¹⁴. Art. 11 I und II RL bestimmen nur das Umsetzungsverfahren.

Angesichts der in Art. 4 RL selbst enthaltenen Aussagen und der aus der RL abgeleiteten Grundsätze ist ansonsten aber zweifelhaft, welche konkreten Mindestanforderungen und Spielräume für die Umsetzung von Art. 4 RL bestehen. Eine Klärung wird dadurch erschwert, dass etwa das Effektivitätsprinzip mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit kollidiert. Wie an diesem Beispiel deutlich wird, ist also im Rahmen einer nationalen Regressregelung gegebenenfalls immerhin eine mitunter schwer zu findende, angemessene Interessenabwägung – Konkordanz – vorzunehmen.

aa) Tatbestand und Rechtsfolge des Art. 4 S. 1 RL

Der Mitgliedstaat wird trotz der bestehenden Ungewissheiten zumindest diejenigen Voraussetzungen (also Einschränkungen) für einen Letztverkäuferregress vorsehen dürfen, die Art. 4 RL selbst nennt. Diese und die Spielräume des Art. 4 RL wurden zwar teilweise als „diffus“²¹⁵ bezeichnet, jedenfalls als unklar angesehen.²¹⁶

²¹¹ Lehmann, JZ 2000, 280, 290 Fn. 104.

²¹² Lehmann, JZ 2000, 280, 290.

²¹³ Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 673 Fn. 60; vgl. Lehmann, JZ 2000, 280, 290; ähnlich Welser/Jud, 14. ÖJT, 156.

²¹⁴ Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 440.

²¹⁵ Micklitz, EuZW 1999, 485, 490.

²¹⁶ Micklitz, EuZW 1999, 485, 487; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 670; Koller/Roth/Zimmermann,

Der Tatbestand des Art. 4 S. 1 RL nennt gleichwohl explizit zumindest drei Voraussetzungen: Der Letztverkäufer muss nach Art. 4 S. 1 RL erstens einem Verbraucher, zweitens „aufgrund einer Vertragswidrigkeit“ und drittens „infolge eines Handelns²¹⁷ oder Unterlassens des Herstellers, eines früheren Verkäufers innerhalb derselben Vertragskette oder einer anderen Zwischenperson“ haften.

Aus diesen unstreitigen Anforderungen des Art. 4 RL lassen sich weitere Erkenntnisse ableiten. So ist danach nicht primär erheblich, ob gerade der vorangehende Verkäufer für den Mangel der Sache verantwortlich ist²¹⁸. Denn es ist nur erforderlich, dass der Letztverkäufer Haftungsschäden durch eine Inanspruchnahme des Verbrauchers „aufgrund [irgend-]einer Vertragswidrigkeit“ erleidet²¹⁹. Damit ist gemeint, dass Art. 4 S. 1 RL keine Kausalität des Verhaltens gerade des unmittelbaren Vertragspartners (also des Lieferanten) des Letztverkäufers für die Vertragswidrigkeit der Sache voraussetzt. Art. 4 S. 1 RL verlangt nur, dass („irgend-“)ein Hersteller, ein früherer Verkäufer innerhalb derselben Vertragskette oder eine andere Zwischenperson für die Vertragswidrigkeit verantwortlich war. Damit wird zwischen den Haftungsverursachern und den Haftungsadressaten differenziert: Der Regressschuldner (und damit insbesondere der durch Vertrag mit dem Letztverkäufer unmittelbar verbundene Lieferant) hat nicht zugleich der tatsächlich für die Vertragswidrigkeit Verantwortliche zu sein.²²⁰

Der Wortlaut des Art. 4 S. 1 RL wirft indes auch Schwierigkeiten auf. So scheint es nämlich naheliegend, für das „Haftenmüssen“ iSd Art. 4 S. 1 RL eine „abstrakte“ Haftung des Letztverkäufers genügen zu lassen. Dies könnte dann entweder schon in der rein objektiven Gewährleistungshaftung liegen oder qualifiziert in der konkreten Inanspruchnahme des Letztverkäufers durch den Verbraucher (iSe bloßen Geltendmachung von Gewährleistungsrechten im Gegensatz zur bereits erfolgten Erfüllung durch den Letztverkäufer). Dieses weite Verständnis könnte aus dem Effektivitätsprinzip und dem Anliegen der Kommission folgen, den Letztverkäufer durch Art. 4 RL zu entlasten. Gleichwohl legt der Wortlaut des Art. 4 S. 1 RL – „haftet der Letztverkäufer“ – möglicherweise eher eine zumindest erkennbare Haftung des Letztverkäufers nahe²²¹.

Die Antwort folgt hier allerdings wohl aus dem Sinn und Zweck des Art. 4 RL. Dieser

82.

²¹⁷ Hinsichtlich der Haftung „infolge eines Handelns oder Unterlassens“ entspricht das „Handeln“ dem deutschen „Tun“ und ist nicht, wie sonst im deutschen Recht üblich, als Tun und Unterlassen zu verstehen; Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 4 Rn. 4.

²¹⁸ Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 4 Rn. 3.

²¹⁹ Lehmann, JZ 2000, 280, 290, mit Verweis in Fn. 99 auf die Begründung zu Art. 3 V des Richtlinienvorschlages von 1996.

²²⁰ Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 201 Art. 4 Rn. 4. Da Art. 4 RL aber das Verantwortungsprinzip zu Grunde liegt, muss jedenfalls derjenige, der am Ende die Gewährleistungshaftung trägt, notwendig auch die Vertragswidrigkeit kausal verursacht haben; im Ergebnis auch Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 4 Rn. 5. Dabei wird sich die Kausalität wohl danach beurteilen müssen, ob das Handeln oder Unterlassen der fraglichen Person zumindest adäquat-kausal für den Mangel war; näher Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 4 Rn. 5, der auf das mögliche Erfordernis einer subjektiven Vorhersehbarkeit hinweist.

²²¹ Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 438, spricht sich schon deshalb für das Erfordernis einer tatsächlich erfolgten Gewährleistung aus.

besteht zwar vornehmlich darin, dem Letztverkäufer nicht die gesamte Last des verstärkten Verbraucherschutzes aufzubürden. Art. 4 RL sollte den Letztverkäufer aber kaum gegenüber der bisherigen Rechtslage derart privilegieren, dass er praktisch regelmäßig durch eine Art Befreiungsanspruch gänzlich als Regressschuldner übersprungen wird. Dies wäre jedoch bei einer rein „abstrakten“ Haftung gerade die Folge. Diese Überlegung wird dadurch unterstützt, dass man sich mit der Endfassung der RL bewusst gegen eine unmittelbare Herstellerhaftung entschieden hat. Somit ist dem Letztverkäufer nach Art. 4 S. 1 RL nur bei getätigter Gewährleistung ein Regress zuzugestehen²²².

Als Rechtsfolge sieht Art. 4 S. 1 RL vor, dass „der Letztverkäufer... Regress nehmen“ kann. Eine andere Frage ist es, ob der Mitgliedstaat hier weitere Voraussetzungen aufstellen darf²²³. Auch ist mit Art. 4 S. 1 RL noch nicht festgelegt, wer der Rückgriffsschuldner des Letztverkäufers ist.

bb) Die Wahlmöglichkeit des Art. 4 S. 2 RL in bezug auf den Rückgriffsschuldner

Wen „der Letztverkäufer in Regress nehmen kann“ bestimmt nach Art. 4 S. 2 RL „das innerstaatliche Recht“. Offenbar unstreitig ist daher, dass der Mitgliedstaat den Regressschuldner des Letztverkäufers prinzipiell frei auswählen darf. Andernfalls wäre Art. 4 S. 2 RL auch überflüssig. Denn die dann noch verbleibende Forderung des Art. 4 S. 2 RL, dass ein Letztverkäuferregress überhaupt möglich sein muss, wenn der Letztverkäufer dem Verbraucher gegenüber iSd Art. 4 S. 1 RL Gewähr leisten muss, ergibt sich schon aus Art. 4 S. 1 RL.

Der Anspruchsgegner muss nach Art. 4 S. 1 RL allerdings in der „Vertragskette“²²⁴ stehen. Aber auch dann wird sich das Verhalten von Personen, die diese Voraussetzung nicht erfüllen, in den meisten Fällen wohl Gliedern der Vertragskette zurechnen lassen, wie etwa nach Art. 2 II lit. d RL bei öffentlichen Äußerungen²²⁵. Wenn man daher allein den Wortlaut des Art. 4 RL betrachtet, hätten insofern für eine Umsetzung möglicherweise sogar die bisherigen deutschen Gewährleistungsregeln samt HGB genügen können²²⁶.

Kein Problem des Art. 4 S. 2 RL ist es schließlich, ob eine unmittelbare Haftung des für die Vertragswidrigkeit tatsächlich Verantwortlichen einzuführen ist. Dies bestimmt sich vielmehr erst aus einer Gesamtschau der Spielräume des Art. 4 S. 2 RL einerseits und dem Verantwortungs- und Effektivitätsgrundsatz andererseits.²²⁷

cc) Die Spielräume des Art. 4 S. 2 RL hinsichtlich des Vorgehens und der Modalitäten des Regresses

Art. 4 S. 2 RL bestimmt ferner, dass die Mitgliedstaaten „das entsprechende Vorgehen und die Modalitäten“ des Verkäuferrückgriffs selbst bestimmen können. Teilweise wurde

²²² Davon geht unausgesprochen wohl auch der deutsche Gesetzgeber aus, wenn er den Verkäuferregress zeitlich („musste“, „hat“) an den Verbraucherregress anknüpft; vgl. BT-Drucksache 14/6040, 248.

²²³ Hierbei ist insbesondere das Zusammenspiel von Art. 4 S. 1 RL einerseits und den Spielräumen nach Art. 4 S. 2 RL andererseits zu berücksichtigen; dazu B.II.3.a.cc.

²²⁴ Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 219 Art. 4 Rn. 29; vgl. dazu ferner C.IV.2.b.

²²⁵ Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672 und dort speziell Fn. 33.

²²⁶ Rieger, VuR 1999, 287, 291; Schmidt-Räntsch, ZIP 1998, 849, 850.

²²⁷ Vgl. dazu B.II.3.b.cc.

dies als Selbstverständlichkeit betrachtet²²⁸, teilweise entnahm man dem einen „größtmöglichen Gestaltungsspielraum“²²⁹, bei dem der Regress insbesondere abbedungen werden kann. Für ein derart weitreichendes Verständnis von Art. 4 S. 2 RL wurde auch die vermeintlich mangelnde Verbraucherbezogenheit des Verkäuferregresses angeführt²³⁰.

Diese Auffassungen müssen jedoch nicht nur mit dem Effektivitäts- und dem Verantwortungsgrundsatz kollidieren, sondern zudem damit, dass Art. 4 RL selbst keine weiteren Tatbestandsvoraussetzungen nennt. Nach Art. 4 S. 1 RL kann der Letztverkäufer vielmehr ohne weiteres „Regress nehmen“.²³¹ Man könnte Art. 4 RL daher auch so verstehen, dass den Mitgliedstaaten praktisch überhaupt nur die Auswahl der Anspruchsgegner bleibt und daher eine große Abweichung in den Mitgliedstaaten nicht zu befürchten wäre²³².

Überwiegend werden aus Art. 4 S. 2 RL wenigstens beschränkte Umsetzungsspielräume gefolgert. Zum Teil wird eine Einschränkung beispielsweise dahingehend gemacht, dass die Mitgliedstaaten neben der Wahl des Anspruchsgegners nur die „Modalitäten“ des Rückgriffs etwa in bezug auf die Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten oder auf die Verjährungsfragen regeln können sollen²³³.

Nach einer weitergehenden Ansicht dürfen weder das „Vorgehen“ noch die „Modalitäten“ iSd Art. 4 S. 2 RL die objektiven Voraussetzungen des Verkäuferregresses beeinflussen²³⁴. Demgemäss könnte für den Verkäuferregress etwa kein Verschuldenserfordernis bestehen²³⁵. Als Garant für ein „subjektives Recht“²³⁶ muss der Verkäuferregress nach diesem Verständnis vielmehr schon dann greifen, wenn der Letztverkäufer erfolgreich vom Verbraucher auf Gewährleistung in Anspruch genommen und die Vertragswidrigkeit nicht durch den Letztverkäufer verursacht wurde²³⁷. Dies legt auch der Sinn und Zweck des Art. 4 RL, also die Vermeidung einer „Haftungsfalle“ auf Seiten des Letztverkäufers, nahe²³⁸.

²²⁸ Schlechtriem, ZSchwR, Band 118, 1999, I. Halbband, 335, 356 - wohl, weil dies die Natur einer Richtlinie im Gegensatz zur unmittelbar in der EG geltenden EG-Verordnung ausmacht.

²²⁹ Matthiessen/Lindner, NJ 1999, 617, 622; Staudenmayer, NJW 1999, 2393, 2396.

²³⁰ Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 353 f.

²³¹ Lehmann, JZ 2000, 280, 290; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672; Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 212; W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 253.

²³² Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 671, der andererseits den Mitgliedstaaten etwa die Regelung der besonders regressrelevanten Verjährungsfristen und Rügeobliegenheiten vorbehalten sieht; derselbe, ebenda, 672.

²³³ Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672, mit dem Argument a majori ad minus aus Art. 5 II RL; vgl. auch Micklitz, EuZW 1999, 485, 487.

²³⁴ Flessner, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 233, 247; vgl. zu dem vom Wortlaut sogar noch mehr Spielräume lassenden Art. 3 V RL-E von 1996 auch Kircher, ZRP 1997, 290, 294 Fn. 38, unter Verweis auf KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 14; in diese Richtung ferner Jud, ÖJZ 1997, 441, 448 und dort speziell Fn. 90; Reich, NJW 1999, 2397, 2400 und Lehmann, JZ 2000, 280, 290.

²³⁵ Vgl. nur etwa Lehmann, JZ 2000, 280, 290; Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 219 Art. 4 Rn. 29.

²³⁶ Micklitz, EuZW 1999, 485, 492.

²³⁷ Lehmann, JZ 2000, 280, 290; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1423; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 726; W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 249 f.; Medicus, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 33, 39.

²³⁸ Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 4 Rn. 2.

In diese Richtung geht es, wenn man den Mitgliedstaaten im Rahmen des „Vorgehens“ iSd Art. 4 S. 2 RL nur die Einbindung des Art. 4 RL in das innerstaatliche Prozessrecht vorbehalten möchte. Eine solche Ansicht²³⁹ stützt sich insbesondere auf die englische und französische Sprachfassung des Art. 4 S. 2 RL („relevant actions“ bzw. „les actions“)²⁴⁰. Denn diese Formulierungen sollten den Rechtsordnungen derjenigen Mitgliedstaaten gerecht werden, die sich für den Regress aktionsrechtlicher Instrumente, also spezieller Klageformen, bedienen müssen. Art. 4 S. 2 RL zielt mit dem Spielraum hinsichtlich des „entsprechenden Vorgehens“ somit darauf, dass der Mitgliedstaat das Regressrecht in eine mögliche Klageform kleiden kann bzw. darauf, dass er die gerichtliche Geltendmachung ermöglichen darf. Entsprechendes ergibt sich für die „Modalitäten“ in bezug auf die außergerichtliche Geltendmachung. Der nationale Gesetzgeber kann danach also neben dem Anspruchsgegner die Form und Frist sowie, als spezielle Modalitäten, etwa die Details bezüglich des Leistungsortes und der Leistungszeit des Regresses bestimmen.²⁴¹

Die Spielräume des Art. 4 S. 2 RL finden ihre Grenze jedoch auch dann noch in dem Effektivitätsprinzip und den anderen letztverkäuferfreundlichen Vorgaben des Art. 4 RL, wie dem Verantwortungsgrundsatz²⁴²: Ein Rückgriff darf somit nicht regelmäßig an „Rechtsgründen scheitern“²⁴³. Deshalb können etwa die Verjährungsfristen einem effektiven Regress nicht grundsätzlich entgegenstehen²⁴⁴. Gegebenenfalls muss der Mitgliedstaat den Letztverkäufer folglich entsprechend „aufrüsten“.

Auch wenn durch Art. 4 S. 2 RL also im Ergebnis eine Rücksichtnahme auf die nationalen Rechtsordnungen möglich ist²⁴⁵, sind jedenfalls allzu große Spielräume im Hinblick auf eine „europäische“ Regelung wenig wünschenswert, zumal Art. 4 RL schon aus kompetenzrechtlichen Gründen nur einen Mindeststandard darstellt und die nationalen Gesetzgeber damit letztverkäuferfreundlichere Regelungen treffen können.

b) Die Art des Rückgriffs

Der Streit um die Reichweite der nach Art. 4 RL verbleibenden Spielräume und das unklare Verhältnis der beiden Sätze des Art. 4 RL zueinander haben auch Auswirkungen auf die zu fordernde Art des Verkäuferrückgriffs. Denn die dort vertretenen, verschiedenen Ansichten setzen sich konsequenterweise bei dieser Frage fort, die wohl das „Hauptproblem“ des Art. 4 RL darstellt²⁴⁶.

Dabei ist bedauerlich, dass das UN-Kaufrecht, als grundsätzliches Vorbild der RL,

²³⁹ Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672; vgl. auch Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 219 Art. 4 Rn. 30.

²⁴⁰ Von Bedeutung ist dabei, dass englisch und französisch neben deutsch die einzigen Arbeitssprachen der EG sind; Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 4 Rn. 8 f. sowie Präambel Rn. 7.

²⁴¹ Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 4 Rn. 8 f.

²⁴² Vgl. auch Lehmann, JZ 2000, 280, 290; Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 4 Rn. 8 f.

²⁴³ Medicus, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 33, 39; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 726.

²⁴⁴ Von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 731; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672, etwa folgert daraus iVm den Artt. 4, 5 I RL eine generell zweijährige Verjährungsfrist auch für die Unternehmenseite für Ansprüche wegen der Vertragswidrigkeit des Verbrauchsguts.

²⁴⁵ Von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 729.

²⁴⁶ Jud, ZfRV 2001, 201, 203.

keinen besonderen Verkäuferregress kennt, wie ihn die „Zielvorgabe“ des Art. 4 RL wohl vorsieht²⁴⁷.

aa) Irgendeine Regressmöglichkeit unter Beachtung von „Regressfällen“

Teilweise wurde „irgendeine“ Möglichkeit eines Verkäuferregresses als für Art. 4 RL ausreichend gehalten²⁴⁸. Dafür hätte grundsätzlich das bisherige BGB²⁴⁹, nach einer Ansicht sogar unter Beibehaltung der im Vergleich zu Art. 2 I RL äußerst kurzen Gewährleistungsfrist des § 477 aF, genügen können, selbst wenn danach für den Letztverkäufer eventuell ein Rückgriff jetzt häufig gänzlich ausgeschlossen wäre²⁵⁰.

Die EG-Kommission wird überwiegend so verstanden, dass jedenfalls das Modell des UN-Kaufrechts mit einer Zweijahresfrist auch in bezug auf einen Letztverkäuferregress „angemessen“ und ausreichend ist²⁵¹. Deshalb und wegen der zusätzlich verbleibenden Dispositivität wurde folglich auch die „Inhaltslosigkeit“ des Art. 4 RL gefolgert²⁵².

Vermittelnd wurde die Möglichkeit eines völligen Regressausschlusses bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 4 S. 1 RL bezweifelt²⁵³ und ein entsprechender Handlungsbedarf beim nationalen Gesetzgeber gesehen²⁵⁴. Dementsprechend wurde zumindest eine Auseinandersetzung mit der drohenden „Verjährungsfalle“ von einigen Befürwortern dieser Ansicht für erforderlich²⁵⁵, von anderen für zwingend²⁵⁶ oder sogar eine spezielle Umsetzung für notwendig gehalten.²⁵⁷ Anfänglich hielt man dafür aber zumeist die Übernahme der RL in das allgemeine Kaufrecht unter Wahrung der Vertragsfreiheit unter Unternehmern für ausreichend²⁵⁸. Einen gewissen Handlungsbedarf sahen hier selbst diejenigen, die sich mit einem „irgendwie“ gestalteten Regress begnügen wollten²⁵⁹. Auch nach dieser Ansicht existierte daher nach dem Effektivitätsprinzip angesichts der gegenüber Art. 5 I RL deutlich kürzeren Verjährungsfrist des § 477 aF ein

²⁴⁷ Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 281, 309.

²⁴⁸ DiskE, 213; Staudenmayer, NJW 1999, 2393, 2396; Matthiessen/Lindner, NJ 1999, 617, 622; Marx/Wenglorz, 50 Fn. 181; in diese Richtung auch Tonner, BB 1999, 1769, 1772; Schmidt-Räntsch, ZIP 1998, 849, 850; derselbe, ZEuP 1999, 294, 298 (derselbe aber nunmehr anders in: Das neue Schuldrecht, Rn. 949); Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 354; vgl. auch die Nachweise bei Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1422 Fn. 97; kritisch immerhin Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 862.

²⁴⁹ Schmidt-Räntsch, ZIP 1998, 849, 850; so auch BT-Drucksache 14/6040, 81, wonach aber grundsätzlich ein effektiver Rückgriff möglich sein muss; nach Graf von Westphalen, DB 1999, 2553, 2557, war aber zumindest die Verjährungsfrist anzupassen.

²⁵⁰ Schmidt-Räntsch, ZIP 1998, 849, 850.

²⁵¹ Schmidt-Räntsch, wiedergegeben von Jansen, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 257, 258; Schlechtriem, GS Alexander Lüderitz (2000), 675, 693; grundsätzlich auch von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 733.

²⁵² Schlechtriem, ZSchwR, Band 118, 1999, I. Halbband, 335, 356.

²⁵³ Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 276.

²⁵⁴ Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 354.

²⁵⁵ Schmidt-Räntsch, ZIP 1998, 849, 850; Staudenmayer, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 27, 42; vgl. auch Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 222 f. Art. 4 Rn. 35.

²⁵⁶ Schlechtriem, GS Alexander Lüderitz (2000), 675, 694.

²⁵⁷ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1423.

²⁵⁸ DiskE, 212, 213; vgl. ferner die Nachweise bei Welser/Jud, 14. ÖJT, 160 Fn. 669.

²⁵⁹ Vgl. Schmidt-Räntsch, ZIP 1998, 849, 850; Schäfer/Pfeiffer, ZIP 1999, 1829, 1835; Reich, NJW 1999, 2397, 2400; Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 854 f., 860, 861, 862 f.; Rieger, VuR 1999, 287, 291; in diese Richtung auch Graf von Westphalen, DB 1999, 2553, 2557.

rechtspolitisch faktischer und wirtschaftlicher Handlungszwang für den deutschen Gesetzgeber²⁶⁰, den Letztverkäufer vor einer dadurch drohenden „Verjährungsfalle“²⁶¹ zu schützen²⁶². Deshalb bestand zumindest ein Anpassungsbedarf hinsichtlich der Gewährleistungsfristen.

Gleiches musste dann konsequenterweise aber grundsätzlich auch für von der RL abweichende Mängelbegriffe oder Beweislastregeln gelten.²⁶³

Auch gemäß den Befürwortern einer weitgehenden Handlungsfreiheit des Mitgliedstaates waren die bestehenden nationalen Regressmöglichkeiten daher überwiegend immerhin in gewissem Maße auf ihre Effektivität zu überprüfen. Häufig wird in diesem Zusammenhang in der Literatur somit auf die „subtile Harmonisierungswirkung“ oder den „Zwang zur überobligatorischen Umsetzung“ der RL hingewiesen, die bzw. den der für den Verkäuferregress zuständige Beamte des Bundesministeriums der Justiz *Schmidt-Räntsch* erkannte.²⁶⁴ Hinzu kommt folgende Überlegung: Verlangte Art. 4 RL nur „irgendeinen Regress“, wäre Art. 4 RL nichtssagend. Denn „irgendwelche“ kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte bestanden in den Mitgliedstaaten auch vor der RL²⁶⁵.

Ein entscheidendes Kriterium für einen nach diesen Gesichtspunkten zu gewährleistenden effektiven Regress war etwa, ob der Letztverkäufer durch ein entsprechendes eigenes Verhalten die Voraussetzungen für einen Regress erfüllen konnte. Dies war beispielsweise bei den Untersuchungs- bzw. Rügeobliegenheiten der Fall.²⁶⁶

bb) Zwingende Rückgriffsmöglichkeit bei eigener Haftung

Aus Art. 4 RL wird nach der Gegenauffassung gefolgert, dass ein Letztverkäuferregress grundsätzlich so lange gegeben sein muss, wie der Letztverkäufer von einer Inanspruchnahme durch den Verbraucher bedroht ist. Während eine Abbedingung im Einzelfall nach dieser Ansicht zulässig ist, gilt dies nicht für weitere Haftungsvoraussetzungen oder Beschränkungen des Rückgriffs, etwa durch kürzere Verjährungsfristen.

Im Gegensatz zu der Auffassung, die nur „irgendeine Regressmöglichkeit“ verlangt, ist nach dieser Meinung die Vermeidung der „Gewährleistungsfalle“ für den Letztverkäufer ein zwingendes Kriterium. So darf der Rückgriff grundsätzlich vor allem nicht an einer

²⁶⁰ Schmidt-Räntsch, ZIP 1998, 849, 850; Staudenmayer, NJW 1999, 2393, 2396; vgl. auch Medicus, ZIP 1996, 1925, 1928 f.; derselbe, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 219, 228 f.; weitergehender jedenfalls etwa Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672 und Lehmann, JZ 2000, 280, 289, der wenigstens einen Zwang konkret zur Verlängerung der Verjährungsfrist auf zwei Jahre auch für Kaufverträge im Verhältnis der Gewerbetreibenden sieht.

²⁶¹ Dazu bereits B.I.2; B.II.1.b.

²⁶² Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1423, mit Verweis in Fn. 101 auf die Begründung des ursprünglichen Kommissionsvorschlags, ZIP 1996, 1845, 1851; sogleich fordern sie aber weitere Regresshilfen.

²⁶³ Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 434-437.

²⁶⁴ Schmidt-Räntsch selbst, ZIP 1998, 849, 850; derselbe, ZEuP 1999, 294, 299; Lehmann, JZ 2000, 280, 289 m.w.N.; Hoffmann, ZRP 2001, 347.

²⁶⁵ Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 433; Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 217 f. Art. 4 Rn. 27 f.

²⁶⁶ Medicus, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 219, 229; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672; vgl. auch Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 434 f.

„Verjährungsfälle“ scheitern, also nicht bereits regelmäßig verjährt sein, wenn der Verbraucher seine Rechte geltend macht.²⁶⁷

Neben der schon erwähnten Kritik²⁶⁸ hinsichtlich eines allzu großzügigen Umsetzungsspielraumes, beruft sich diese Ansicht auch auf die Zweckbestimmung des Art. 4 S. 1 RL und dessen Wortlaut, der keine weiteren Regressvoraussetzungen nennt als die fremdverursachte Haftung des Letztverkäufers für eine Vertragswidrigkeit²⁶⁹. Dazu wird auch der Wortlaut des Art. 4 S. 2 RL und des Erwägungsgrundes 9 RL (danach können die Mitgliedstaaten nur festlegen, „...wie der Verkäufer Regress nehmen kann“) zitiert. Das „Wie“ soll danach nicht das zwingende „Ob“ („kann“) eines Verkäuferregresses beeinflussen können.²⁷⁰

Auch die englische und französische Sprachfassung des Art. 4 S. 1 RL („... the final seller shall be entitled to pursue remedies...“; „...le vendeur final a le droit de se retourner contre le ou...“) sollen einen Regressanspruch „kraft Gemeinschaftsrecht“ so lange verlangen, wie der Letztverkäufer dem Verbraucher haftet²⁷¹. Zudem soll nur so dem Effektivitätsprinzip genügt werden können²⁷². Eine reine Verweisung auf bereits bestehende Regelungen der Mitgliedstaaten wurde auch mit dem Hinweis auf die Schutzerwägungen in der Begründung zum Richtlinienvorschlag von 1996 abgelehnt²⁷³, wonach der Regress nicht mehr wie bisher oftmals (etwa an Haftungsausschlussklauseln) scheitern sollte.²⁷⁴ Da Art. 4 RL also die bisherigen Regressmöglichkeiten offenbar für unzureichend hielt, muss auch hier zusätzlich der Gedanke greifen, dass Art. 4 RL sinnvollerweise erst auf diesen aufbauen wollte²⁷⁵.

cc) Unmittelbare Haftung des Herstellers oder der einzelnen Kettenglieder

Nach einer Ansicht legt das Verantwortungsprinzip einen Direktdurchgriff zu Gunsten des Verbrauchers²⁷⁶ und möglicherweise sogar zu Gunsten des Letztverkäufers²⁷⁷ gegen den für die Vertragswidrigkeit letztlich Verantwortlichen nahe. Aus Sicht des Effektivitätsgrundsatzes könnte ferner bedenklich sein, dass bei einem Stufenregress über

²⁶⁷ Vgl. Kircher, ZRP 1997, 290, 294, der Art. 3 V RL-E (späterer Art. 4 RL) als Rechtsfolgenverweisung bezeichnete; Faber, JBl 1999, 413, 429 m.w.N; Ehmman/Rust, JZ 1999, 853, 862; Reich, NJW 1999, 2397, 2400; Lehmann, JZ 2000, 280, 290; W.-H. Roth, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 113, 120 f., 136; Jud, 14. ÖJT Bd. II/2, 23; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1422 f.; dieselben, ZIP 2001, 1389, 1393.

²⁶⁸ Vgl. B.II.3.b.aa.

²⁶⁹ Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672; Lehmann, JZ 2000, 280, 290.

²⁷⁰ Lehmann, JZ 2000, 280, 290; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1422 f.

²⁷¹ W.-H. Roth, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 113, 120 f.; derselbe, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 249; vgl. auch Howells, wiedergegeben von Schwartze, in: Grundmann/Medicus/Rolland, 335, 349, zur englischen Sprachfassung; Schwartze, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 335, 346; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672.

²⁷² Dazu etwa Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1422 f.; Lehmann, JZ 2000, 280, 290.

²⁷³ Vgl. nur KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 14.

²⁷⁴ Welser/Jud, 14. ÖJT, 159.

²⁷⁵ Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 433 f.; Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 217 f. Art. 4 Rn. 27 f.

²⁷⁶ Lehmann, JZ 2000, 280, 29; vgl. ferner Jud, ÖJZ 2000, 661, 664 f., die selbst aber auf die damit verbundenen Probleme hinweist.

²⁷⁷ In diese Richtung offenbar Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 281, 311 und wohl auch Medicus, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 219, 228.

die einzelnen Handelsstufen iSd §§ 478, 479 die Prozesslast und das Prozessrisiko jedenfalls zunächst das jeweilige Kettenglied tragen muss. Beim Direktanspruch könnten diese Gefahren durch ein Überspringen entsprechender Glieder immerhin verringert werden²⁷⁸.

Zumindest eine Pflicht zur Einführung einer Direkthaftung ist jedoch weder dem Wortlaut des Art. 4 RL noch dem des Erwägungsgrundes 9 RL zu entnehmen²⁷⁹. Speziell Art. 4 S. 2 RL lässt gerade die Wahl des Regressschuldners durch den Mitgliedstaat zu²⁸⁰. Entsprechendes ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte²⁸¹ und dem Anliegen der Kommission, durch Art. 4 RL die nationalen Haftungsmodelle gerade nicht beeinträchtigen zu wollen.²⁸² Ferner wäre eine solche Haftungsvorgabe auch aus Kompetenzerwägungen zweifelhaft²⁸³. Eine andere Wertung ist auch nicht aus Art. 6 RL abzuleiten, da dort nur die freiwillige Haftungserweiterung geregelt ist²⁸⁴. Ebenso wenig gebietet das Verantwortungsprinzip des Art. 4 S. 1 RL einen Direktanspruch. Denn da es danach zulässig ist, als Regressschuldner des Letztverkäufers ein Glied der Vertragskette vorzusehen, dass noch nicht einmal selbst die Vertragswidrigkeit zu verantworten hat, muss nur derjenige, der am Ende haftet, die Vertragswidrigkeit verursacht haben. Ebenso reicht es demzufolge, dass der Letztverkäufer überhaupt bei einem Glied der Vertragskette Regress nehmen kann. Nicht zu fordern ist also, dass diese Person schon der tatsächlich für den Mangel Verantwortliche ist.²⁸⁵

Hauptgrund gegen die *Pflicht* zur Schaffung eines Direktanspruchs (und damit für einen Stufenregress) ist jedoch das Prinzip der Vertragsfreiheit, die gemäß Erwägungsgrund 9 RL gerade erhalten bleiben sollte²⁸⁶. Denn nur beim Gegenmodell eines Stufenregresses können die Glieder der Lieferkette den Rückgriff durch Vereinbarungen selbst gestalten. Dies folgt daraus, dass Vertragsbeziehungen nur zwischen den unmittelbar nachgeschalteten Kettengliedern bestehen.²⁸⁷ Selbst wenn man aber Abreden zwischen fernen Handelsbeteiligten für möglich hielte, dürfte der konkrete Haftungsverursacher im Voraus regelmäßig nicht mit Sicherheit bekannt und vertragliche Vereinbarungen daher selten sein.

Eine Anknüpfung an die jeweiligen, unmittelbaren Vertragsverhältnisse nimmt auch auf den in den Mitgliedstaaten vorherrschenden „privity“-Ansatz, also den Grundsatz von der Relativität des Schuldverhältnisses, Rücksicht²⁸⁸.

²⁷⁸ Vgl. für den Überweisungsverkehr im Rahmen des § 676 e Schneider, WM 1999, 2189, 2195.

²⁷⁹ Dazu etwa Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672, 673; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 726.

²⁸⁰ B.II.3.a.bb.

²⁸¹ B.II.2.a.

²⁸² So schon Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 112; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 726 unter Verweis in Fn. 108 auf Erwägungsgrund 6 a.E. RL.

²⁸³ Brüggemeier, JZ 2000, 529, 533; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 726.

²⁸⁴ Von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 726.

²⁸⁵ B.II.2.d; vgl. aber auch Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 4 Rn. 5, der für die Eigenschaft als Regressschuldner auch dessen Haftungsverursachung verlangt; nach Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 439, dürfte ein solcher vorläufiger Regress zwar nicht von Art. 4 RL gefordert, jedoch möglich sein.

²⁸⁶ B.II.2.b.

²⁸⁷ Dazu nur etwa BT-Drucksache 14/6040, 247; Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 10.

²⁸⁸ Näher L.I.

Für einen Letztverkäuferregress iSd Art. 4 RL reicht also ein mittelbarer Rückgriff über die einzelnen Absatzstufen aus²⁸⁹. Art. 4 RL wurde offenbar auch deshalb als „harmlos“²⁹⁰ angesehen.

Das Modell der französischen Direkthaftung in Form der richterrechtlichen „*action directe*“, als „Mutter“ der Regressüberlegungen, ist somit für die nationale Wahl des Regressschuldners nur bedingt wegweisend²⁹¹.

Danach waren schon bisher generell Direktzugriffe auf vordere Glieder der Lieferkette möglich²⁹², indem man die gesetzliche Gewährleistungshaftung als Bestandteil der weitergegebenen Sache betrachtete. Folglich konnte der Verbraucher bei einer Kette von Kaufverträgen gegebenenfalls wahlweise gegen mehrere Kettenglieder gesamtschuldnerisch vorgehen. Auch in Belgien und Luxemburg gab es einen solchen Direktdurchgriff.²⁹³

Rückgriffsgläubiger und -schuldner stehen sich damit bei einem Direktdurchgriff jedoch zugleich in der Regel (wenn zwischen ihnen wenigstens ein Zwischenglied liegt) ohne zureichende Gelegenheit gegenüber, den Rückgriff vertraglich vernünftig auf ihre Verhältnisse abstimmen zu können. Insbesondere deswegen ist ein Direktdurchgriff nicht bloß ein „Mehr“²⁹⁴ zum Stufenregress, bei dem dies gerade möglich ist. Es stehen hier vielmehr gänzlich unterschiedliche Haftungsmodelle zur Disposition: Der europaweit dominierende²⁹⁵ „*privity*“-Ansatz – der Grundsatz von der Relativität der unmittelbaren Vertragsbeziehungen – wird von einer unmittelbaren Haftung in seinen Grundfesten berührt²⁹⁶.

Für Europa bedeutet dies einerseits, dass die bisherige Zweiteilung in „*privity*“-Ansatz und Direkthaftung aufrechterhalten bleiben kann. Andererseits entstehen dadurch Wettbewerbsunterschiede und Harmonisierungshindernisse. Gänzlich unterschiedliche Haftungsmodelle, -hierarchien und damit auch -nähen sind möglich.²⁹⁷ Denn wie sich schon aus Art. 8 II RL in bezug auf den Verbraucher ergibt, verhindert Art. 4 RL eine unmittelbare Haftung (des Herstellers) auch nicht. Die Mitgliedstaaten können somit zumindest eine Direkthaftung des Herstellers (wohl auch anderer Kettenglieder) gegenüber dem Verbraucher einführen. Diese Wertung folgt ferner aus dem Vorbehalt einer solchen Regelung in Art. 12 II RL und dem allgemeinen Verantwortungsprinzip.²⁹⁸ Ein solcher *Verbraucherrückgriff* wäre der effektivste „*Regress*“ für den Letztverkäufer, da dieser dann in der Haftung übersprungen werden könnte. Im übrigen ergibt sich die

²⁸⁹ Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 111 f.; Welser/Jud, 14. ÖJT, 156; Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 439; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 726.

²⁹⁰ Staudenmayer, NJW 1999, 2393, 2396.

²⁹¹ Schmidt-Räntsch, ZIP 1998, 849, 850 und dort speziell Fn. 10, mit Verweis auf das Grünbuch = BR-Drucksache, 926/93, 110.

²⁹² Vgl. nur KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 5.

²⁹³ Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 112; vgl. jedoch auch von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 729; Rohlfing-Dijoux, wiedergegeben von Schwartze, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 335, 349; dieselbe, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 145, 156-158.

²⁹⁴ In diese Richtung offenbar aber etwa Lehmann, JZ 2000, 280, 291.

²⁹⁵ L.II.1.

²⁹⁶ Howells, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 161, 173.

²⁹⁷ Ausführlich und vor allem zur Nützlichkeit der verschiedenen Regressmodelle L.II.1.

²⁹⁸ Dies ergibt sich schon aus der Überprüfungspflicht des Art. 12 II RL; zu den Möglichkeiten im deutschen Recht Reich, NJW 1999, 2397, 2399; zu letzterem Lehmann, JZ 2000, 280, 291.

Zulässigkeit eines solchen Direktdurchgriffs aus der Entstehungsgeschichte der RL²⁹⁹. Folgt man dieser Auslegung, wäre dann wohl angesichts der Spielräume des Art. 4 S. 2 RL³⁰⁰ hinsichtlich des tauglichen Rückgriffsschuldners auch nichts gegen einen Direktanspruch des Letztverkäufers einzuwenden. Da der nationale Gesetzgeber diese vorsähe, ergäben sich dabei keine Kompetenzprobleme³⁰¹.

dd) Anpassung bestehender Rechte versus eigener Rückgriffsanspruch

Fraglich ist weiter, ob Rechtsgrund des Regresses der Kaufvertrag zwischen dem Letztverkäufer und dem Lieferanten oder die konkrete Umsetzung von Art. 4 RL ist³⁰². Ferner ist zweifelhaft, ob Art. 4 RL einen eigenen, speziell auf die Rückgriffsproblematik zugeschnittenen Regressanspruch fordert, oder ob Modifizierungen bestehender Gewährleistungsregeln ausreichen. Schließlich kann man einen eigenständigen Regressanspruch auch neben die gewöhnlichen kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte setzen, wie dies mit § 478 II im Verhältnis zu § 478 I geschehen ist.³⁰³ Die Beantwortung dieser Frage wird durch die Differenzen³⁰⁴ in den unterschiedlichen Sprachausgaben nicht erleichtert.

Vielfach und mittlerweile wohl überwiegend wurde jedenfalls eine eigenständige Regressregelung gefordert, die wirksam und dem Ziel des Art. 4 RL entsprechend ausgestaltet sein sollte³⁰⁵. Dafür spricht neben dem Wortlaut des Erwägungsgrundes 9 RL („muss ...in Regress nehmen können“)³⁰⁶ auch der damit erzielbare mittelbare Verbraucherschutz, der Effektivitäts-³⁰⁷ sowie der Verantwortungsgrundsatz. Darüber hinaus wurde das qualifizierte Erfordernis eines eigenen Rückgriffsanspruchs aus der Begründung zum Richtlinienentwurf von 1996 gefolgert, der von bestehenden Regressrechten in den Mitgliedstaaten ausging, diese aber offenbar nicht für ausreichend hielt³⁰⁸. Ein eigener, von den anderen Gewährleistungsrechten unabhängiger Aufwendungsersatzanspruch wurde teilweise selbst von denen befürwortet, die nur eine

²⁹⁹ Vgl. nur Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 110-112 sowie B.II.2.a.

³⁰⁰ B.II.3.a.bb.

³⁰¹ Von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 726; implizit auch Brüggemeier, JZ 2000, 529, 533.

³⁰² Welser/Jud, 14. ÖJT, 157 f.

³⁰³ Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 10 f.; Welser/Jud, 14. ÖJT, 157 f.; Jud, ÖJZ 2000, 661, 662; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1423; dieselben, ZIP 2001, 1389, 1394.

³⁰⁴ Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 670.

³⁰⁵ BT-Drucksache 14/6040, 247 m.w.N.; Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 277; W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 250 f.; vgl. die Nachweise bei Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 211, Fn. 9; Wolfgang Ernst/Gsell ZIP 2000, 1420, 1421 f., 1423; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672 f.; Pick, ZIP 2001, 1173, 1176; Reinking, DAR 2001, 8, 15; Kainer, AnwBl 2001, 380, 387; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 726; Nachweise für die Gegenauffassung bei Jud, ZfRV 2001, 201, 203 Fn. 21 und Fn. 22.

³⁰⁶ Von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 726 Fn. 111, unter Ableitung aus dem Erwägungsgrund 9 RL sowie der englischen und französischen Fassung des Art. 4 RL.

³⁰⁷ Jud, ZfRV 2001, 201, 203; Gsell, JZ 2001, 65, 73.

³⁰⁸ Sowohl Welser/Jud, 14. ÖJT, 158 f. und dort Fn. 665 als auch Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 437 und dort speziell Fn. 28, verweisen dazu auf die Erwägungen der Kommission, KOM (95) 520 endg. v. 18.6.1996, 15: „...erweist sich als erforderlich, darin einen Rückgriffsanspruch des Letztverkäufers gegen die haftbaren Personen vorzusehen...“ = BR-Drucksache 696/96, 14; in diese Richtung auch Kathrein, 14. ÖJT Bd. II/2, 46 f.

Verpflichtung zur Schaffung irgendeiner Rückgriffsmöglichkeit sahen³⁰⁹. Weitergehend wurde aus dem Willen des Richtliniengebers für diesen eigenständigen Regressanspruch auch eine besonders umfassende Regelung wie § 478 II³¹⁰ oder sogar die Notwendigkeit einer eigenen Verjährungsregelung abgeleitet³¹¹.

Ein Rückgriff soll über einen eigenständigen Regressanspruch vor allem einfacher verwirklicht werden können. Immerhin bietet sich damit die Möglichkeit einer „punktgenauen“ Rechtsfolge auf Ersatz des Gewährleistungsaufwands, ohne die allgemeinen Gewährleistungsrechte zu tangieren. Bei einer bloßen Modifikation der allgemeinen Gewährleistungsrechte besteht die Gefahr von Rückgriffslücken oder eines „Zuviel“ an Rückgriff.³¹² Einem eigenen Regressatbestand kann auch nicht entgegengehalten werden, dass dafür nicht die handelsrechtlichen Rügeobliegenheiten greifen könnten³¹³, wie § 478 II iVm § 478 VI zeigt. Denn § 478 II ist als Gewährleistungsrecht zu verstehen, das gegebenenfalls durch § 377 HGB ausgeschlossen wird³¹⁴.

Entscheidend darf jedoch nicht die rechtstechnische Konstruktion eines Letztverkäuferregresses sein, sondern nur, ob danach ein ausreichend wirkungsvoller Rückgriff möglich ist. Ein eigener Regressanspruch, der generell dispositiv ist, kann nämlich deutlicher weniger effektiv sein als ein unabdingbarer Rückgriff nach entsprechend stark modifizierter allgemeiner Gewährleistungshaftung. Deshalb ist die nationale Regressregelung dem Inhalt nach anhand der aufgezeigten Richtlinienvorgaben zu überprüfen und nicht nur in bezug auf seine formale Ausgestaltung. Dennoch wird es ohne eigene Regressvorschrift aus den dargelegten Gründen schwierig sein, einen sachgerechten oder effektiven Rückgriff zu gewährleisten.

c) Der Regressumfang

Für den Letztverkäufer ist neben der Frage, ob er Rückgriff nehmen kann, vor allem wichtig, in welcher Höhe ihm dies möglich ist. Dabei setzen sich auch hier die unterschiedlichen Auslegungen von Art. 4 RL fort. Das Meinungsspektrum reicht diesbezüglich daher von der Gewährung „irgendeiner“ Regressmöglichkeit³¹⁵ bis hin zur Forderung nach einer vollen, „effektiven Schadensliquidierung“³¹⁶.

Zur Lösung dieses Problems muss das Spannungsverhältnis zwischen den unterschiedlichen Grundsätzen des Art. 4 RL berücksichtigt werden. Danach fordert zwar etwa das Effektivitätsprinzip einen möglichst hohen Regressumfang, der Grundsatz der Vertragsfreiheit lässt andererseits aber möglicherweise sogar die gänzliche Abbedingung der Rückgriffsmöglichkeiten zu.

Für die Richtlinienkonformität einer nationalen Umsetzung muss dies wohl zur Folge haben, dass nach einer Gesamtschau der einzelnen Regresshilfen

³⁰⁹ Vgl. die Nachweise bei Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1422 Fn. 99.

³¹⁰ Knoche, DB 2002, 1699, 1700.

³¹¹ Kirchner/Richter, 27.

³¹² Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1394.

³¹³ So aber grundsätzlich Welser/Jud, 14. ÖJT, 161.

³¹⁴ Frankfurter Handbuch/Winkelmann, E.I. Rn. 253; J.I.3.a.

³¹⁵ B.II.3.b.aa.

³¹⁶ Lehmann, JZ 2000, 280, 290; vgl. ferner Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 218 Art. 4 Rn. 28, wonach auch Folgeschäden bei der Gewährleistungsabwicklung von Art. 4 RL erfasst sein könnten.

(Verjährungsverlängerungen, Beweiserleichterungen, etc.) die Hauptlast aus einer fremdverursachten Gewährleistungshaftung im Regelfall weitergeleitet werden können muss.³¹⁷

III. Der Verkäuferrückgriff im Wandel der deutschen Gesetzesentwürfe

Bei der Umsetzung von Art. 4 RL waren nach den dargelegten Grundsätzen zahlreiche Vorgaben zu beachten. In der Bundesrepublik Deutschland sollten diesen Maßstäben die §§ 478, 479 genügen und den von Art. 4 RL geforderten Letztverkäuferregress entsprechend inkorporieren³¹⁸. Es bedurfte aber einiger - hier vorzustellender Gesetzesentwürfe - bis man sich zu diesen Vorschriften durchringen konnte. Es trifft also nicht zu, dass es zu den heutigen Regeln „keine“ Alternativen gegeben hätte³¹⁹.

Die Umsetzung von Art. 4 RL ist darüber hinaus auch vor dem Hintergrund der generellen Transformation der RL und der beiden weiteren zeitnah umzusetzenden EG-Richtlinien³²⁰ zu betrachten.

Dieses Umsetzungspaket nahm der deutsche Gesetzgeber nämlich zum Anlass, eine allgemeine Schuldrechtsreform durchzuführen. Prinzipiell standen sich dabei die „kleine“ Lösung, die nur punktuelle Eingriffe vorsah, und die „große“ Lösung, mit grundlegenden Änderungen des deutschen Schuldrechts gegenüber. Darüber entbrannte nach Erscheinen des ersten „Diskussionsentwurfes eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes“ vom August 2000 ein lebhafter Streit³²¹.

Dieser Disput hatte große Bedeutung für den umzusetzenden Letztverkäuferrückgriff iSd Art. 4 RL, weil von der getroffenen Entscheidung grundsätzlich auch die jeweilige Gewährleistungshaftung in der Absatzkette abhängt: Entweder werden im Sinne einer „kleinen“ Lösung nur dem Verbraucher die weitreichenden Rechte der RL in einem besonderen Verbrauchertitel gewährt oder aber im Sinne einer „großen“ Lösung grundsätzlich allen Käufern und damit allen Gliedern der Lieferkette. Dies allein kann schon zu großen Unterschieden bei einem Verkäuferrückgriff führen.³²²

Die Regierungskoalition aus SPD und Bündnis 90/Die Grünen sprach sich dabei für die auch tatsächlich umgesetzte „große“ Lösung aus und verwies dazu im wesentlichen auf einen dringenden Modernisierungs-, Vereinfachungs-, Harmonisierungs- und Internationalisierungsbedarf des deutschen Schuldrechts, die notwendige Vermeidung einer Rechtszersplitterung im besonders relevanten Kaufrecht sowie den auch bei einer

³¹⁷ Vgl. die Grundwertungen von Schmidt-Räntsch, wiedergegeben von Jansen, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 257; aber auch Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 434 f.

³¹⁸ Lorenz/Riehm, Rn. 588.

³¹⁹ So z.B. aber noch Punkt „C. Alternativen“ der Kommentierung des Regierungsentwurfs vom Mai 2001; BT-Drucksache 14/6040, 2.

³²⁰ Richtlinie 2000/35/EG zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr vom 29.6.2000, ABIEG L 200, 35, umzusetzen gemäß deren Art. 6 I bis zum 7.8.2002 sowie Richtlinie 2000/31/EG vom 8. Juni 2000 über bestimmte Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt vom 8.6.2000, ABIEG L 178, 1, umzusetzen gemäß deren Art. 22 I bis zum 16.1.2002.

³²¹ Vgl. dazu nur die damalige Bundesministerin der Justiz Däubler-Gmelin, NJW 2001, 2281 ff. sowie die Auseinandersetzungen im Bundestag; Plenarprotokoll 14/171, 5-19, sowie Plenarprotokoll 14/192, 2-23.

³²² BT-Drucksache 14/6040, 211, 248.

„kleinen“ Lösung bestehenden und zeitgedrängten Umsetzungsbedarf.³²³

Die Kritiker aus Praxis, Wissenschaft und deutschem Bundestag führten unter anderem den mit der „großen“ Lösung verbundenen Zeitdruck, eine drohende Rechtsunsicherheit, hohe Kosten, eine mangelnde Überprüfung der Reform sowie die mögliche Zerstörung der Gesetzssystematik des BGB an³²⁴.

1. Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 4.8.2000

Während zwar ein Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG allgemein erwartet wurde³²⁵, kam der „Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes“ (DiskE) vom 4.8.2000 für manchen wohl doch überraschend. Der DiskE griff in der Bundesrepublik Deutschland erstmals die Problematik des Verkäuferregresses auf. Das Bundesministerium der Justiz (BMJ) sah damals allerdings noch kein Bedürfnis für eine eigenständige Regelung des Letztverkäuferrückgriffs³²⁶. Dem ungeachtet trug Art. 4 RL immerhin dazu bei, dass die Vorschläge der seit 1984 tätigen deutschen Schuldrechtsreformkommission (SRRK) zum Gewährleistungsrecht nicht pauschal übernommen wurden³²⁷.

Ausdrücklich war im DiskE ein Unternehmer-Rückgriff überhaupt nur in § 196 II DiskE, dem Vorgänger von § 438 I Nr. 2 lit. b, vorgesehen. Dieser hatte aber lediglich den so genannten Bauhandwerkerregress zum Regelungsgegenstand.³²⁸

³²³ Dazu nur BT-Drucksache 14/7052, 170 ff. und die Äußerungen von Abgeordneten der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen sowie der damaligen Bundesministerin der Justiz Däubler-Gmelin, Plenarprotokoll 14/171, 5-19 sowie Plenarprotokoll 14/192, 2-23; ferner Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 14 f.

³²⁴ Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Januar 2001, 2 f.; vgl. ferner die ausführlichen Diskussionen im deutschen Bundestag; Plenarprotokoll 14/171, 5-19, Plenarprotokoll 14/192, 2-23; BT-Drucksache 14/7052, 170 ff.

³²⁵ Flume, ZIP 2000, 1427, 1430, erwartete schon früh eine durch ein solches Gesetz bewirkte „Zerstörung des Kaufrechts des BGB“, für die er die „Unfähigkeit des deutschen Gesetzgebers zu einer dem BGB adäquaten Gesetzgebung“ und insbesondere das „Bundesjustizministerium“ verantwortlich machte. Er verwies in Fn. 7 auch auf Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, die „grundstürzende Änderungen an bewährten gesetzlichen Strukturen oder an den durch das Gesetz austarierten Positionen der Vertragsparteien“ befürchteten.

³²⁶ DiskE, 211. Dies begegnete starker Kritik in der Literatur: Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 277; W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 250 f.; vgl. die Nachweise bei Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 211, Fn. 9 sowie Wolfgang Ernst/Gsell ZIP 2000, 1420, 1421 f., 1423; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672 f.; Pick, ZIP 2001, 1173, 1176; Reinking, DAR 2001, 8, 15; Kainer, AnwBl 2001, 380, 387; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 726 Fn. 111, unter Ableitung aus dem Erwägungsgrund 9 RL sowie der englischen und französischen Fassung des Art. 4 RL; Nachweise für die Gegenauffassung bei Jud, ZfRV 2001, 201, 203 Fn. 21 und Fn. 22.

Im Regierungsentwurf (BT-Drucksache 14/6040) sah sich das BMJ daher später zu Sonderregeln für den Letztverkäuferr regress veranlasst; BT-Drucksache 14/6040, 247; so vorher auch schon § 476 der konsolidierten Fassung (KF) des Diskussionsentwurfes vom 6. März 2001.

³²⁷ Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 253; der Sache nach auch Schmidt-Räntsch, ZEuP 1999, 294, 299; Reich, NJW 1999, 2397, 2399.

³²⁸ Danach sollte die Verjährung für Ansprüche hinsichtlich in Bauwerke einzubauender Kaufsachen erst nach fünf Jahren eintreten. Damit wollte das BMJ einen Fristengleichlauf mit der den Bauhandwerker treffenden fünfjährigen Gewährleistungsfrist nach dem Werkvertragsrecht gewährleisten; ausführlich DiskE, 232-237; dazu zudem Medicus, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 33, 39.

Art. 4 RL forderte nach dem Verständnis des DiskE hingegen nur, dass „es überhaupt einen Rückgriff“ zugunsten des Letztverkäufers geben musste. Weitere Schritte sah das BMJ als den Mitgliedstaaten selbst überlassen an.³²⁹ Gleichwohl wurde Art. 4 RL auch vom BMJ dahingehend verstanden, dass ein effektiver und so bisher nicht bestehender Verkäuferregress geschaffen werden musste. Daher betrachtete man es als „zwingend“, die Aussagen der RL über den Kaufvertrag auf die Verträge der Lieferkette auszudehnen und nicht etwa verschiedene Gewährleistungsrechte für den Kauf nach BGB, HGB oder CISG zuzulassen.

Angesichts der nach Art. 5 I RL zugunsten des Verbrauchers zwingend einzuführenden zweijährigen Verjährungsfrist konnte es deshalb auch nach Auffassung des BMJ für den Letztverkäufer nicht bei der sechsmonatigen Verjährungsfrist des bisherigen § 477 bleiben. Denn anderenfalls hätte man diesen regelmäßig einer „Verjährungsfalle“ ausgesetzt. Das BMJ sah daher auch schon im DiskE eine einheitliche allgemeine dreijährige Verjährung für alle vertraglichen und außervertraglichen Ansprüche vor. Diese Frist hätte also auch für die Ansprüche des Letztverkäufers gegolten.³³⁰ Man meinte, auf diese Weise die beschriebene „Regressfalle“ zu Lasten des Letztverkäufers vermeiden und ihm in den meisten Fällen seine kaufvertraglichen Rechte gegenüber seinem Lieferanten erhalten zu können³³¹.

Dieser Vorschlag, die Rückgriffsfrage im wesentlichen über die Einführung einer einheitlichen dreijährigen Verjährungsfrist zu lösen, wurde in der Literatur jedoch schon deswegen als unzureichend empfunden, weil selbst eine kurze Zwischenlagerung dazu hätte führen können, dass die Ansprüche des Letztverkäufers zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme durch den Verbraucher verjährt wären. Denn § 198 IV DiskE sah für den Verjährungsbeginn einheitlich den Zeitpunkt der Ablieferung der Kaufsache an den Käufer vor.³³² Der DiskE verwies zur Rechtfertigung auf die regelmäßig kurzen Lagerzeiten und den Einfluss, den der Letztverkäufer auf diese hat. Ansonsten hielt das BMJ den Letztverkäufer durch die dreijährige Verjährungsfrist, die also ein Jahr länger war als die zwingende Frist des Art. 5 I RL für den Verbraucher, für ausreichend geschützt.³³³

Damit blieb die „Verjährungsfalle“ bei der Zwischenlagerung aber wohl ungelöst, da dem Letztverkäufer insbesondere keine effektive Möglichkeit gewährt worden wäre, die Verjährung gegenüber dem Verbraucher zu verkürzen³³⁴. Insofern drohte sogar eine weitere „Regressfalle“ in Form einer „Haftungsausschlussfalle“. Denn während dem Letztverkäufer gegenüber dem Verbraucher eine Verjährungsverkürzung grundsätzlich genommen worden wäre, hätte man dem Lieferanten gegenüber dem Letztverkäufer nach

³²⁹ DiskE, 211.

³³⁰ BMJ, Informationspapier vom 4. August 2000, 2.

³³¹ DiskE, 212, 213; auch Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1812, 1815, etwa forderten zumindest einen Fristengleichlauf, da der Letztverkäufer dem Lieferanten gegenüber mindestens die Rechte geltend machen können sollte, wie der Verbraucher ihm gegenüber.

³³² Kritisch schon Medicus, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 33, 39; Gsell, JZ 2001, 65, 73; vgl. auch B.II.2.d zu den Bedenken, die sich diesbezüglich aus der Verschränkung von Verantwortungs- und Effektivitätsgrundsatz ergeben.

³³³ DiskE, 212, 213.

³³⁴ Bydlinski, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 381, 397; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1812, 1815 f.

§ 313 Nr. 10 f DiskE die Möglichkeit gegeben, diese sogar durch AGB bis auf ein Jahr vornehmen zu können. Dadurch wäre aber gerade der durch den DiskE ursprünglich geplante Gleichlauf der Verbraucherrechte mit den Letztverkäuferrechten und daher auch ein Verkäuferregress gefährdet worden.³³⁵ Damit offenbart sich auch ein allzu großes Vertrauen des DiskE³³⁶ in vertragliche Vereinbarungen zur Lösung von „Rückgriffsfallen“³³⁷.

Neben der Gleichschaltung der Verjährungsfristen sollte der neugefasste § 378 HGB-DiskE in bezug auf die handelsrechtlichen Rüge- und Untersuchungsobliegenheiten die zweite Säule des Letztverkäuferregresses sein. Denn die Beibehaltung der bisherigen §§ 377, 378 HGB wurde teilweise als gemeinschaftswidrig angesehen.³³⁸

Nach dem an Art. 4 RL ausgerichteten § 378 HGB-DiskE sollte der Verkäuferrückgriff nicht allein wegen Nichteinhaltung der Rügeobliegenheiten des § 377 HGB ausgeschlossen sein. Dabei stand die Überlegung im Vordergrund, dass der Mangel meistens erst bei Gebrauch der Sache, also beim Verbraucher erkannt wird. Die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit trifft aber nach § 377 HGB nur den Unternehmer, so dass der Verbraucher in aller Regel nicht entsprechend rügt. Dieser Umstand allein sollte daher nach § 378 HGB-DiskE den Rückgriff des Letztverkäufers nicht ausschließen.³³⁹

Drittens sah das BMJ durch den dann noch denkbaren neuen und „breiteren“ Schadensersatzanspruch ausreichende Möglichkeiten für einen Verkäuferregress gegeben. Allerdings ist sehr fraglich, ob ein Rückgriff richtlinienkonform wäre, der für den Ersatz der vom Letztverkäufer nach der RL vorrangig und zwingend zu erbringenden Nacherfüllungsaufwendungen (wie nach dem DiskE) vom verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch abhängig wäre. Denn meistens fehlen auch entsprechende Garantien der Vorderleute in der Lieferkette zugunsten des Letztverkäufers.³⁴⁰

Auch wenn die Vermeidung von „Regressfallen“ im DiskE eine untergeordnete Rolle gespielt haben sollte, wurde er mitunter immerhin als Beitrag und Teillösung zugunsten eines effektiven Rückgriffs gesehen³⁴¹, der zudem einen nicht unbedeutenden Einschnitt in die Gebräuche des Handels dargestellt hätte³⁴².

Insgesamt wurde in der Literatur und später auch nach der Begründung des Regierungsentwurfs vom Mai 2001 ein durchsetzbarer Regressanspruch nach den Vorgaben des DiskE jedoch eher bezweifelt³⁴³.

³³⁵ Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 212, Fn. 10.

³³⁶ DiskE, 213.

³³⁷ Reinking, DAR 2001, 8, 15.

³³⁸ Wegen der in § 434 III DiskE vorgesehenen allgemeinen Gleichstellung der Aliud-Lieferung mit einem Sachmangel musste der bisherige § 378 HGB ohnehin neu gefasst werden; Reich, NJW 1999, 2397, 2400.

³³⁹ DiskE, 213.

³⁴⁰ Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 212.

³⁴¹ Westermann, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 109, 128.

³⁴² Westermann, JZ 2001, 530, 540.

³⁴³ Reinking, DAR 2001, 8, 15; Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 862; Medicus, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 33, 39; Bydliński, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 381, 396; Schlechtriem, wiedergegeben

Problematisch war insbesondere, dass die „Regresslösung“ des DiskE den Letztverkäufer allein auf die allgemeinen, vertraglichen Ansprüche gegen seinen Lieferanten verwiesen hätte. Dies hätte dazu geführt, dass für den Letztverkäuferregress eine eigene Inanspruchnahme durch den Verbraucher eigentlich unbeachtlich und nur eine Vertragsverletzung im Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten erheblich wäre. Damit hätte man aber zugleich klargestellt, dass dem Letztverkäufer nur ein Anspruch gegen seinen unmittelbaren Vordermann zustünde, der möglicherweise den Mangel nicht iSv Art. 4 RL „verursacht“ hat. Mangels Regelung eines Stufenregresses wäre ein Rückgriff gerade gegen den letztlich für die Vertragswidrigkeit Verantwortlichen nach dem DiskE daher kaum effektiv möglich.³⁴⁴

Aufgrund der genannten Bedenken hielt man daher allgemein zumindest eine weitergehende Anpassung der allgemeinen Gewährleistungsrechte oder sogar einen eigenen Regresstatbestand für erforderlich.³⁴⁵

2. Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs vom 6.3.2001

Das BMJ reagierte auf die Kritik am DiskE mit der Einsetzung der „Kommission Leistungsstörungenrecht“, die unter großem zeitlichen Druck am 17.01.2001 ihre Arbeit aufnahm und schon am 6. März 2001 die „Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs“ (KF) präsentierte. Dort sollte der Verkäuferregress erstmals in den eigenständigen §§ 476, 203 I KF³⁴⁶ geregelt werden.³⁴⁷

Wesentliche Ideen der heutigen §§ 478, 479 wurden damals erstmals vorgestellt. Man legte sich in § 476 KF zunächst (wie in § 478) prinzipiell auf einen Stufenregress fest, der ausgehend vom Letztverkäufer die Lieferkette durchlaufen sollte. Auch damals schon entschied man sich für einen zweigliedrigen Regressaufbau in der Form einer Modifizierung der allgemeinen Gewährleistungsrechte einerseits (§ 476 I 1 KF, der

von Gsell/Rüfner, NJW 2001, 424, 425; so später selbst BT-Drucksache 14/6040, 247.

³⁴⁴ So der Sache nach die Wertung von Welser/Jud, 14. ÖJT, 160.

³⁴⁵ Dazu bereits B.II.3.b.dd.

³⁴⁶ KF, 5 f. (§ 203 KF), sowie S. 45 f.:

„§ 476 Rückgriff des Unternehmers

(1) Wenn der Unternehmer als Folge einer Nacherfüllung oder eines Rücktritts des Verbrauchers die verkaufte neu hergestellte Sache zurücknehmen musste oder der Verbraucher den Kaufpreis gemindert hat, bedarf es für die in § 437 bezeichneten Rechte des Unternehmers gegen den Unternehmer, der ihm die Sache verkauft hatte (Lieferant), wegen des vom Verbraucher geltend gemachten Mangels einer sonst erforderlichen Aufforderung zur Vertragserfüllung nicht. § 474 findet entsprechende Anwendung.

(2) Der Unternehmer kann von seinem Lieferanten Ersatz der Aufwendungen verlangen, die der Unternehmer im Verhältnis zum Verbraucher nach § 438 Abs. 2 zu tragen hatte, wenn der vom Verbraucher geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Unternehmer vorhanden war. Der Unternehmer kann Ersatz nach Satz 1 wahlweise auch vom Hersteller verlangen, es sei denn, dieser Mangel stellt im Verhältnis des Herstellers zu seinem Käufer keinen Mangel dar. § 474 findet in den Fällen des Satzes 1 entsprechende Anwendung.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen die jeweiligen Verkäufer und den Hersteller entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.

(4) Eine Vereinbarung, durch die von den Absätzen 1 bis 3 oder von § 203 Abs. 1 zum Nachteil des Rückgriffsgläubigers abgewichen wird, ist unwirksam, wenn dem Rückgriffsgläubiger kein gleichwertiger Ausgleich eingeräumt wird.“

³⁴⁷ Westermann, JZ 2001, 530, 540-542, ausführlich zu § 476 KF.

§ 478 I entspricht) und der Schaffung eines eigenen Ersatzanspruchs für die Nacherfüllungsaufwendungen des Letztverkäufers andererseits (§ 476 II 1 KF, der § 478 II entspricht). Durch § 476 I 2 und II 3 KF sollte die (jetzt in § 478 III vorgesehene) für den Verbraucher geltende Beweislastumkehr des § 474 KF (§ 476) auf den Verkäuferregress ausgedehnt werden. § 203 I 1, 2 KF regelte als besonders wichtige Neuerung die Ablaufhemmung iSv § 479 II. Die Erstreckung dieses Letztverkäuferregresses auf die übrige Lieferkette sollte durch § 476 III KF (als Vorgänger von § 478 V) und durch § 203 I 3 KF (als Vorgänger von § 479 III) erfolgen. § 476 IV KF sah (wie § 478 IV 1) grundsätzlich vor, dass von den Rückgriffsvorgaben zu Lasten des Regressgläubigers nur bei einem „gleichwertigen Ausgleich“ abgewichen werden konnte. Aus dem DiskE übernahm man mit § 378 HGB-KF zudem die Erleichterung der Rüge- und Untersuchungsobliegenheiten.

§ 476 KF enthielt jedoch einige erhebliche Unterschiede im Vergleich zu §§ 478, 479. Die wichtigste Abweichung war § 476 II 2 KF. Danach sollte der Letztverkäufer im Rahmen des Aufwandsersatzanspruchs des § 476 II KF wahlweise gegen den unmittelbaren Vordermann oder direkt gegen den Hersteller vorgehen können, sofern der Mangel auch im Verhältnis zu dessen Abnehmer einen solchen dargestellt hätte. Dies galt über § 476 III KF auch für die übrigen Kettenglieder. Allerdings sollte die Beweislastumkehr für den Direktdurchgriff gemäß § 476 II 3 KF nicht gelten. Der Direktdurchgriff selbst hätte jedenfalls neue Regressprobleme aufgeworfen, wie etwa die Frage nach dem rücklaufenden Regress des Herstellers gegen spätere, eigentlich für den Mangel verantwortliche Glieder der Lieferkette.³⁴⁸

Ferner sucht man in der KF eine § 479 I entsprechende Verjährungsregelung für den Aufwandsersatzanspruch des § 476 II KF (entspricht dem jetzigen § 478 II) vergeblich. Dies liegt daran, dass offenbar auch die Ansprüche des § 476 KF einheitlich nach der dreijährigen Regelfrist verjähren sollten. Deshalb legte man gemäß § 201 I KF auch nur den Verjährungsbeginn, einheitlich ab Ablieferung an den Letztverkäufer, fest.³⁴⁹ Schließlich sollte, anders als nach § 478 IV 2, vom Erfordernis eines „gleichwertigen Ausgleichs“ für regressfeindliche Abweichungen jedenfalls nach dem Wortlaut des § 476 IV KF sogar die Schadensersatzhaftung betroffen sein.

Insoweit übernahmen die später folgenden §§ 478, 479 des „Regierungsentwurfs“ vom 9.5.2001 und die jetzigen §§ 478, 479 die Vorschläge der KF eben nicht „weitestgehend“.³⁵⁰ Die Regelungen des KF, insbesondere auch die Ausdehnung auf die Lieferkette, wurden prinzipiell als „folgerichtige Durchführung“ der Auswirkungen des neuen Verbraucherschutzes gewertet. Es blieb allerdings fraglich, ob sich auch die verschuldensabhängigen Schadensersatzansprüche nach §§ 476, 203 KF beurteilen sollten³⁵¹. Dafür spricht jedenfalls die Ähnlichkeit von § 476 I KF mit § 478 I, der diese unstreitig erfasst.

Am 22.03.2001 folgte dann noch eine Konsolidierte Fassung des Verjährungsrechts (KFVerj), die die Ablaufhemmung des § 203 I KF nach § 211 I KFVerj³⁵² verschob.

³⁴⁸ Westermann, JZ 2001, 530, 541.

³⁴⁹ KF, 4 f.

³⁵⁰ So aber Hoffmann, ZRP 2001, 347, 350.

³⁵¹ Westermann, JZ 2001, 530, 540, 541.

³⁵² KFVerj, 6.

3. Vom Regierungsentwurf des 9.5.2001 bis zur Verabschiedung des Gesetzes am 11.10.2001

Am 9. Mai 2001 beschloss das Bundeskabinett den „Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts“ (RE), der vor allem die „Konsolidierte Fassung des Verjährungsrechts“ vom 22.03.2001 verwertete. Das Gesetzgebungsverfahren wurde am 11. Mai 2001 durch die Übersendung des Regierungsentwurfs an den Präsidenten des Bundesrates eingeleitet.³⁵³ Wie allgemein gefordert, wurde der Verkäuferregress im RE eigenständig und grundsätzlich zusammengefasst in §§ 478, 479 RE geregelt³⁵⁴. Dabei war der geplante § 933 b österreichisches ABGB grundsätzliches Vorbild für die §§ 478, 479 RE³⁵⁵. Dazu kam auch hier die aus dem DiskE übernommene Erleichterung der Rüge- und Untersuchungsobliegenheiten nach § 378 HGB-RE³⁵⁶. Im Vergleich zur KF ist insbesondere der Direktdurchgriff auf den Hersteller nach § 476 II 2 KF gestrichen und die Ablaufhemmung des § 203 I KF in eine gesonderte Verjährungsnorm für den Verkäuferregress übernommen worden, vgl. § 479 II RE. Auch wurde die eigenständige Verjährungsregel des § 479 I RE für den in § 478 II RE (bisher: § 476 II KF) geregelten Aufwandsersatzanspruch erforderlich. Denn der Letztverkäufer sollte dort nicht gegenüber der vom RE nun allgemein vorgesehenen Gewährleistungsfrist von zwei Jahren privilegiert werden.

Die Bundesregierung übersandte am 31.08.2001 den von ihr beschlossenen Gesetzesentwurf samt Begründung³⁵⁷ an den Bundestag und nahm dabei ihrerseits Bezug auf die grundsätzlich zustimmende Stellungnahme des Bundesrats vom 13.07.2001³⁵⁸. Daraufhin beschloss man noch einige Änderungen für den Verkäuferregress, wie etwa die einheitliche Ausdehnung der Beweislastumkehr in einem eigenen Absatz des § 478 RE³⁵⁹. Der Rechtsausschuss beriet sodann am 25.09.2001 abschließend über den Gesetzesentwurf³⁶⁰ und legte am 9.10.2001 seine Beschlussempfehlung mit Bericht vor. Das endgültige Gesetz wurde dann am 11.10.2001 in der Fassung der textidentischen

³⁵³ BR-Drucksache 338/01. Das zweite Gesetzgebungsverfahren folgte am 14. Mai 2001 durch die Einbringung des textidentischen Entwurfs der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen in den Bundestag; BT-Drucksache 14/6040. Auf der 171. Sitzung des Bundestags am 18. Mai 2001 fand die erste parlamentarische Beratung des Entwurfs statt; Plenarprotokoll 14/171, 5-19; BT-Drucksache 14/7052, 170 ff. Die leitende Konsultation übernahm der Rechtsausschuss. Zudem wurde der Entwurf zur Mitberatung u.a. an die Ausschüsse für Wirtschaft und Technologie sowie für Verbraucherschutz überwiesen. Wegen der Komplexität und des Umfangs des Gesetzesentwurfes beantragte der Bundesrat am 1. Juni 2001 eine Verlängerung der Beratungsfrist gemäß Art. 76 II GG um drei auf insgesamt neun Wochen, die auch durchgesetzt werden konnte. Der Rechtsausschuss führte dann am 2. und 4. Juli 2001 eine zweitägige öffentliche Anhörung im BMJ durch, an der Sachverständige aus von der RL betroffenen Bereichen teilnahmen; BT-Drucksache 14/7052, 170 ff.

³⁵⁴ Der deutsche Gesetzgeber hielt also eine besondere Regressregelung zur Vermeidung von „Gewährleistungslücken“ für notwendig, um der Forderung des Art. 4 RL nach einem effektiven Rückgriff gerecht zu werden; BT-Drucksache 14/6040, 95, 247 m.w.N.

³⁵⁵ Pick, ZIP 2001, 1173, 1176, der in der eigenständigen Regelung des Regresses die „entscheidende Veränderung“ des RE gegenüber dem DiskE im Bereich des Kaufrechts sieht.

³⁵⁶ Dazu schon B.III.1; näher J.II.

³⁵⁷ BT-Drucksache 14/6857 samt textidentischer Version der BT-Drucksache 14/6040.

³⁵⁸ BR-Drucksache 338/01 (Beschluss).

³⁵⁹ Näheres zu den abgelehnten Änderungsvorschlägen des Bundesrates bei der jeweiligen Einzelprüfung ab Punkt C. dieser Schrift sowie bei BR-Drucksache 338/01 (Beschluss), 61 f.

³⁶⁰ BT-Drucksache 14/7052, 170 ff.; zum weiteren Verlauf vgl. Plenarprotokoll 14/192, 2-23.

Regierungs- und Fraktionsentwürfe (von SPD und Bündnis 90/Die Grünen) sowie der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses verabschiedet.³⁶¹ Für den Verkäuferrückgriff ergaben sich aufgrund der Vorschläge des Rechtsausschusses noch wesentliche Neuerungen. Zunächst wurde § 378 HGB-RE nicht Gesetz. Ferner wurde § 475 in § 478 IV (teil-)übernommen, so dass hierin nicht mehr nur eine vom RE geplante Erweiterung des § 307 zu sehen ist.³⁶²

Insgesamt kann man aber aufgrund der gegenseitigen Annäherung in der endgültigen Umsetzung der RL das Ergebnis eines Dialogs zwischen Legislative und Wissenschaft sehen³⁶³.

³⁶¹ Vgl. BR-Drucksache 338/01, BT-Drucksache 14/6040 und BT-Drucksache 14/7052.

³⁶² BT-Drucksache 14/7052, 199 f.

³⁶³ Von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 735.

C. Der Regress gemäß § 478 I nach den allgemeinen Gewährleistungsrechten der §§ 437 ff. - ohne Fristsetzungserfordernis

I. Rückgriffserleichterung anstelle der Einführung eines neuen Anspruchstatbestandes

In der Bundesrepublik Deutschland wurde die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie weitgehend im allgemeinen Kaufrecht umgesetzt und nicht, wie nach der RL ebenfalls möglich, in einem besonderen Verbrauchsgüterkaufrecht. Dadurch bestehen grundsätzlich die gleichen Haftungsstandards im Verhältnis des Letztverkäufers zum Verbraucher wie in dem der Glieder der Lieferkette untereinander. Schon dies trägt zu einer Aufwertung der Rechte des Letztverkäufers sowie der seiner Lieferanten gegenüber ihren Verkäufern bei und fördert damit einen generellen Verkäuferrückgriff.³⁶⁴

Wenn man diese „Verlängerung“ der kaufrechtlichen Verbraucherrechte in das allgemeine Kaufrecht für einen effektiven Regress auch für zwingend halten kann³⁶⁵, so ist damit aber noch nicht geklärt, ob dies dafür schon ausreichend ist³⁶⁶.

Nach einer Ansicht genügte es für einen Letztverkäuferrückgriff iSd Art. 4 RL bei diesen Vorgaben zwar etwa, die gänzliche Abdingbarkeit der gewöhnlichen Gewährleistungsansprüche zu unterbinden und daneben einen Ersatzanspruch für Nachbesserungsaufwendungen iSe § 478 II einzuführen.³⁶⁷

Der deutsche Gesetzgeber hielt es allerdings für erforderlich, darüber hinaus noch weitere, besondere Anpassungen für einen effektiven Verkäuferregress zu schaffen³⁶⁸. Teil der Umsetzung von Art. 4 RL erfolgte in der Bundesrepublik Deutschland daher durch die spezielle Rückgriffserleichterung des § 478 I, die neben dem Ersatzanspruch des § 478 II für Nacherfüllungsaufwendungen einen Grundpfeiler des Letztverkäuferregresses bildet. Nach § 478 I kann der Letztverkäufer seine allgemeinen, kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte ohne das sonst erforderliche Fristsetzungserfordernis zur Nacherfüllung geltend machen, wenn der Verbraucher die Kaufsache berechtigterweise wegen eines nicht vom Letztverkäufer zu vertretenden Mangels zurückgegeben oder den Kaufpreis gemindert hat.

§ 478 I stellt für den Letztverkäufer keinen eigenständigen Rückgriffsanspruch dar und erst recht keinen Direktanspruch gegen das für den Mangel letztlich verantwortliche Glied der Lieferkette. Vielmehr werden durch § 478 I nur die allgemeinen Gewährleistungsrechte des Letztverkäufers nach §§ 437 ff. gegen seinen unmittelbaren Vertragspartner, den Lieferanten-Verkäufer der Kaufsache, modifiziert. § 478 I gewährt damit lediglich einen „unselbständigen“ Regress.³⁶⁹

Der Letztverkäuferrückgriff nach dem Modell des § 478 I baut also auf den Rechten eines jeden Käufers gegen seinen Verkäufer auf und setzt diese als gegeben voraus. Die allgemeinen Gewährleistungsrechte sollen nur besonders auf den Letztverkäuferregress abgestimmt werden. Der deutsche Gesetzgeber sieht also in diesen die primäre

³⁶⁴ Matthiessen/Lindner, NJ 1999, 617, 622; Lehmann, JZ 2000, 280, 290.

³⁶⁵ Kainer, AnwBl 2001, 380, 387.

³⁶⁶ So aber Tonner, BB 1999, 1769, 1773; Reich, NJW 1999, 2397, 2402; Matthiessen/Lindner, NJ 1999, 617, 622.

³⁶⁷ Pick, ZIP 2001, 1173, 1176, der sich ausdrücklich auf die österreichische Regelung ohne Fristerleichterung bezieht.

³⁶⁸ BT-Drucksache 14/6040, 247 f.

³⁶⁹ BT-Drucksache 14/6040, 247 f.; Lorenz/Riehm, Rn. 588; Jauernig/Chr. Berger, § 478 Rn. 3.

Rückgriffsmöglichkeit des Letztverkäufers gegen seinen Lieferanten³⁷⁰. Daraus wird einerseits gerade auch deutlich, dass die §§ 478, 479 eine Direktanwendung der §§ 437 ff. nicht verdrängen³⁷¹ und andererseits, dass für die Anwendung des § 478 I zunächst überhaupt die Voraussetzungen der §§ 437 ff. erfüllt sein müssen³⁷².

II. Verzicht auf das Fristsetzungserfordernis im Rahmen der Gewährleistungsrechte

Die Erleichterung des § 478 I zugunsten des Letztverkäufers besteht konkret in dem Verzicht auf das sonst grundsätzlich für die Geltendmachung der Gewährleistungsrechte bestehende Fristsetzungserfordernis. Dieses folgt allgemein aus der Verweisung der §§ 437 Nrn. 2, 3, 440 (gegebenenfalls iVm § 441) auf § 323 I 1. Es verlangt vom Käufer generell eine Fristsetzung zur Nacherfüllung der Verkäuferpflicht aus § 433 I 2, der Lieferung einer mangelfreien Sache.

Besteht allerdings ohnehin kein Fristsetzungserfordernis, also etwa für den Nacherfüllungsanspruch nach § 439 I oder wegen § 440 iVm §§ 281 II, 323 II, kann auch § 478 I nicht greifen.³⁷³ Gleiches muss bei sofortiger Geltendmachung der Unverhältnismäßigkeitseinrede des § 439 III seitens des Lieferanten gelten. Auch für den Schadensersatz des Letztverkäufers wegen eines Mangelfolgeschadens bedarf es nach §§ 437 Nr. 3, 280 I keiner Fristsetzung³⁷⁴. § 478 I ist allerdings auch in diesen Fällen insoweit von Bedeutung, als er dem Letztverkäufer im Zweifel jedenfalls stets einen Streit mit dem Lieferanten um die Voraussetzungen dieser Fristerleichterungen erspart³⁷⁵.

Daher ist im Rahmen des § 478 I der Sache nach auch das für den Verbraucher ursprünglich im Kommissionsentwurf geplante, gleichrangige bzw. sofortige „vierfache Wahlrecht“ hinsichtlich der unterschiedlichen Gewährleistungsrechte verwirklicht worden³⁷⁶.

§ 478 I bewirkt aber noch etwas anderes. Er klärt für den Verkäuferrückgriff nämlich die allgemein umstrittene Frage, ob schon nach Art. 3 III RL eigentlich ein allgemeines Fristsetzungserfordernis im Rahmen der Gewährleistung bestehen soll. Denkbar ist es nach dessen Wortlaut nämlich auch, dass nur überhaupt eine Frist abgewartet werden muss. Der Käufer selbst hätte danach also keine solche zu setzen.³⁷⁷

§ 478 I hat unter diesem Gesichtspunkt also eine dreifache Funktion: Neben dem Verzicht auf das Fristsetzungserfordernis wird zweitens für den Fall des Verkäuferregresses außerdem der Streit darüber endgültig entschieden, ob ein solches

³⁷⁰ BT-Drucksache 14/6040, 247; zumindest für eine grundsätzliche Gleichschaltung etwa auch Lehmann, JZ 2000, 280, 290.

³⁷¹ Oetker/Maultzsch, 188.

³⁷² BT-Drucksache 14/6040, 247; näher C.IV.7.

³⁷³ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 21; § 478 I führt für diese Fälle auch nicht etwa im Umkehrschluss ein Fristsetzungserfordernis ein; Ehmann/Sutschet, 233 f. Fn. 16.

³⁷⁴ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 4; insofern bleibt fraglich, wieso hier von Westermann, NJW 2002, 241, 253, unter Verweis auf BT-Drucksache 14/6040, 248 eine besondere Anwendung des § 478 I befürwortet wird.

³⁷⁵ Vgl. Tonner, VuR 2001, 87, 90, zu dem parallelen Problem beim Verbrauchsgüterkauf.

³⁷⁶ Vgl. dazu allgemein Micklitz, EuZW 1999, 485, 487; Staudenmayer, NJW 1999, 2393, 2395; Kainer, AnwBl 2001, 380, 385; Tonner, VuR 2001, 87, 90; Jorden/Lehmann, JZ 2001, 952, 957 f.

³⁷⁷ Vgl. nur die kritischen Stimmen von Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1393 Fn. 37; Knützel, NJW 2001, 2519; Hoffmann, ZRP 2001, 347, 349.

allgemein überhaupt besteht.

Drittens erlässt § 478 I aber auch bereits die Pflicht zum erfolglosen Verstreichenlassen irgendeiner Frist. Dies folgt jedenfalls aus dem Willen des Gesetzgebers, wonach der Letztverkäufer „unmittelbar nach Rücknahme der mangelhaften Sache ...zurücktreten [kann, ohne dem Lieferanten] ...noch eine Gelegenheit zu einer ...Nacherfüllung geben zu müssen“³⁷⁸.

Schließlich galt es aus konstruktiver Perspektive grundsätzlich zu überlegen, ob es für diese Anliegen der besonderen Regelung des § 478 I überhaupt bedurfte³⁷⁹. Jedenfalls für den Rücktritt hätte nach einer Meinung dazu eine Alternative darin bestanden, im Falle des Verkäuferregresses in die entsprechenden Vorschriften einen Verzicht auf das Fristsetzungserfordernis hineinzulesen³⁸⁰. Da man diesen Verzicht aber jeweils auch in die anderen Gewährleistungsrechte hätte integrieren müssen, wird in § 478 I die elegantere Lösung zu sehen sein.

III. Ziel des erleichterten „Durchreichens“ bei Rücknahme der Kaufsache

Das hinter der Fristerleichterung liegende Ziel des § 478 I ist es, dem Letztverkäufer die zügige Weiterleitung einer offensichtlichen und nicht durch ihn zu verantwortenden Gewährleistungshaftung gegenüber dem Verbraucher zu ermöglichen.

Dazu soll er nach § 478 I vor allem die vom Verbraucher im Rahmen der Gewährleistung zurückgenommene Kaufsache erleichtert an seinen Lieferanten weitergeben können, ohne diesem zuvor eine Frist zur Nacherfüllung setzen oder einhalten zu müssen. Deshalb wollte der Gesetzgeber dem Letztverkäufer nach Rücknahme der mangelhaften Sache vom Verbraucher ohne weiteres die Möglichkeit geben, selbst vom Kaufvertrag mit dem Lieferanten zurücktreten und dadurch oder über den „großen“ Schadensersatz diese Sache an den Lieferanten „möglichst problemlos...durchreichen“ zu können.³⁸¹ Hier soll sich deshalb der durch den vorrangigen Nacherfüllungsanspruch auch im allgemeinen Kaufrecht aufgewertete Grundsatz „pacta sunt servanda“ gerade nicht durchsetzen: Dem Lieferanten soll keine sonst gegebene Nacherfüllungschance belassen werden, durch die er die Letztverkäuferrechte aus §§ 437 ff. mittels Lieferung einer mangelfreien Sache oder durch Nachbesserung abwehren könnte³⁸². Dahinter steht die Überlegung, dass der Letztverkäufer diese Nacherfüllung als aufgedrängt empfinden

³⁷⁸ BT-Drucksache 14/6040, 248; in diesem Sinne auch Rebhahn, JBl 2002, 477, 495.

³⁷⁹ Westermann, JZ 2001, 530, 540, geht davon aus, dass Rechtsprechung und Wissenschaft diese Lösung auch ohne eine ausdrückliche Normierung gefunden hätten.

³⁸⁰ Westermann, JZ 2001, 530, 540; Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 354.

³⁸¹ BT-Drucksache 14/6040, 247 f.

³⁸² Diesbezüglich ist auch von Bedeutung, dass das Wahlrecht bezüglich der beiden Nacherfüllungsvarianten des Art. 3 III RL in § 439 I als Teil des allgemeinen Kaufrechts umgesetzt wurde. Dadurch kann der Letztverkäufer die vom Verbraucher gewählte Art der Nacherfüllung, also gegebenenfalls auch die zurückgenommene Sache, weiterreichen (dies setzt natürlich voraus, dass man § 478 I auch auf den Nachlieferungsanspruch des Verbrauchers für anwendbar hält; dazu C.IV.4.a.). Dazu hätte es indes schon genügt, das Wahlrecht nur auf den Fall des Verkäuferregresses auszudehnen (Zimmer, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 191, 199.) oder den Letztverkäufer auf die Wahl des Verbrauchers festzulegen. Jedenfalls ist zu bedenken, dass man im Werkvertragsrecht das Wahlrecht dem Lieferanten zugestanden hat, vgl. § 635 I.

müsste, da er für die einwandfreie Sache dann einen neuen Käufer zu finden hätte³⁸³. Den Verzicht des § 478 I auf das Fristsetzungserfordernis kann man beim Verkäuferrückgriff ferner deshalb für angemessener halten als beim Kauf des Verbrauchers³⁸⁴, da damit zugleich die sonst beim Letztverkäufer anfallenden Lagerhaltungskosten vermieden werden. Entsprechendes gilt für die Verlust- und Beschädigungsgefahr während dieser Lagerung sowie für etwaige Zinsverluste auf das eingesetzte Kapital. § 478 I verortet durch den Erlass des Fristsetzungserfordernisses die wirtschaftliche Last aus der fremdverursachten Haftung also dort, wo sie hingehört, beim Verantwortlichen (gegebenenfalls iVm § 478 V). Hinter § 478 I steckt mithin der Wunsch, den Letztverkäufer hinsichtlich der ihn gegenüber dem Verbraucher treffenden Gewährleistungshaftung wirtschaftlich neutral zu stellen.

Auf der anderen Seite wird das Bedürfnis nach einem solchen Verzicht für einen effektiven Regress aber teilweise verneint.³⁸⁵ In Österreich etwa hat man daher die durch § 932 ABGB allgemein gegebene Hierarchie der Gewährleistungsrechte beibehalten³⁸⁶. Generell wird kritisiert, dass der Lieferant durch den Verzicht auf das Fristsetzungserfordernis (und damit auf den sonst üblichen Vorrang der Nacherfüllung vor den anderen Gewährleistungsrechten) nicht, wie sonst wohl regelmäßig möglich, den wirtschaftlichsten und effektivsten Weg der Nacherfüllung selbst finden kann³⁸⁷. Auf diesen Aspekt kann es im Rahmen des Verkäuferrückgriffs aber nicht ankommen, denn der Letztverkäufer ist gerade nicht an der Vertragsmäßigkeit der Sache und damit der Nacherfüllung interessiert. Für ihn ist nur die Vermeidung einer Gewährleistungsbelastung aus einem von Anfang an geplanten Weiterverkauf der Kaufsache entscheidend.

Ferner wird beanstandet, dass der Letztverkäufer durch § 478 I unter anderem die Möglichkeit erhält, sofort zurücktreten zu dürfen, selbst aber den Verbraucher auf ein Verstreichenlassen der ihm gesetzten Frist verweisen zu können³⁸⁸. Diesem Einwand ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Verbraucher im Gegensatz zum Letztverkäufer keinen finanziellen Schaden aus einer zwingenden Gewährleistungshaftung erleidet, sondern prinzipiell nur eine Weile auf die Erfüllung seiner Gewährleistungsrechte warten muss. Den Verbraucher trifft der Nacherfüllungsvorrang daher ungleich weniger.

Diese Erwägungen dürften es auch rechtfertigen, dass die Minderung des Verbrauchers nach der Wertung des § 478 I in gleicher Weise wie die Belastung aus dessen Rücktritt problemlos „weitergegeben“ werden können soll³⁸⁹.

Möglicherweise ist aber zu kritisieren, dass § 478 I nicht zwischen einer Nachbesserung und einer Nachlieferung des Lieferanten differenziert und die Fristerleichterung nicht erforderlichenfalls entsprechend einschränkt. § 478 I ist also vielleicht zu pauschal.

Zugunsten einer vorrangigen Ersatzlieferung könnte zunächst sprechen, dass auch im Rahmen des Verkäuferrückgriffs eine schnelle Nachlieferung des Lieferanten über den

³⁸³ BT-Drucksache 14/6040, 247 f.; Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 11; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 482.

³⁸⁴ Vgl. auch allgemein Lorenz/Riehm, Rn. 597.

³⁸⁵ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1397.

³⁸⁶ Vgl. GewRÄG-E, 39.

³⁸⁷ Haas, BB 2001, 1313, 1315.

³⁸⁸ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1397 f.

³⁸⁹ Brox, § 7. Besondere Arten des Kaufs, Rn. 14.

Letztverkäufer an den Verbraucher möglich und eine Fristsetzung daher sinnvoll sein könnte. Dies wäre dann denkbar, wenn sich entweder noch mangelfreie Sachen im Lager des Lieferanten befänden oder aber der eingeschaltete Hersteller Ersatz liefern könnte. Speziell beim Regress durch die Lieferkette könnte folglich der durch die Fristsetzung bezweckte Nacherfüllungsvorrang seinen besonderen Sinn bekommen und somit zumutbar sein.³⁹⁰

Hier ist jedoch umgekehrt auch zu bedenken, dass der Letztverkäufer insbesondere durch seine nach § 478 I sofort gegebenen Gewährleistungsrechte ein „wichtiges Druckmittel“ zur schnellen Umsetzung des Nachbesserungs- oder Nacherfüllungsverlangens (auch zugunsten des Verbrauchers) hat³⁹¹.

§ 478 I könnte aber eventuell die sinnvolle Ersatzlieferung einer leicht weiterzuverkaufenden Sache verhindern³⁹². Auch der Letztverkäufer kann nämlich vor allem dann von einer Nachlieferung profitieren, wenn zwischenzeitlich die Marktpreise gestiegen sind. Dem trägt § 478 I allerdings in bezug auf die Letztverkäuferposition dadurch Rechnung, dass er es ihm freistellt³⁹³, die Erleichterung des § 478 I überhaupt in Anspruch zu nehmen. Häufig wird sich der Letztverkäufer somit zur Nacherfüllung ohnehin an den Lieferanten wenden³⁹⁴. Die Wahlmöglichkeit des Letztverkäufers ist ansonsten aber sachgerecht, da § 478 I ihm eine Erleichterung bieten, ihn aber (im Falle einer nicht so günstigen Marktlage) nicht belasten wollte.³⁹⁵ Hinzu kommt, dass der Letztverkäufer anderenfalls unter Umständen eine vom Lieferanten behauptete, günstige Verkaufsmöglichkeit mühsam widerlegen müsste.

Hinsichtlich der Nachbesserung des Lieferanten spricht für den Verzicht auf das Fristsetzungserfordernis gemäß § 478 I vor allem folgende Erwägung: Für den Letztverkäufer bedeutete eine durchgeführte Nachbesserung, dass er die Sache nicht mehr als „neu hergestellt“ verkaufen könnte und daher erhebliche Einkommenseinbußen zu verkraften hätte. Da es ihm aber gerade darauf ankommt, Gewinn mit dem Verkauf einer „neu hergestellten“ Sache zu erzielen, darf ihm durch die Nachbesserung keine gebrauchte aufgedrängt werden³⁹⁶.

§ 478 I bewirkt zur effektiven Umsetzung von Art. 4 RL daher wohl zu Recht einen Verkäuferregress, der um den Zeitraum schneller und leichter ist, der sonst als angemessene Nacherfüllungsfrist für den Rückgriffsschuldner zu fordern gewesen wäre³⁹⁷.

³⁹⁰ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1397 f.

³⁹¹ Vgl. Tonner, VuR 2001, 87, 90, zum Verbrauchsgüterkauf.

³⁹² Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1398 sowie Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 38.

³⁹³ Oetker/Maultzsch, 188.

³⁹⁴ KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 12.

³⁹⁵ Vgl. Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 39.

³⁹⁶ Dauner-Lieb, Das neue Schuldrecht: Fälle und Lösungen, 150.

³⁹⁷ BT-Drucksache 14/6040, 247 f.; Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 11; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 731.

IV. Voraussetzungen des § 478 I

1. Der unternehmerische Letztverkäufer beim Verbrauchsgüterkauf als tauglicher Regressgläubiger

a) Beschränkung des Rückgriffs auf den Fall des Verbrauchsgüterkaufs

§ 478 I gilt nur für den Fall, dass ein Kaufvertrag zwischen einem Verbraucher als Käufer und einem Unternehmer als Verkäufer besteht und dieser Unternehmer Regress nehmen möchte. Dies folgt neben dem Wortlaut des § 478 I und der Begründung zum Regierungsentwurf³⁹⁸ aus seinem systematischen Standort in Untertitel 3 – Verbrauchsgüterkauf³⁹⁹. Auch die RL selbst bezieht sich nur auf Kaufverträge im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs⁴⁰⁰. Allerdings muss danach ein solcher Verbrauchsgüterkauf nur zwischen dem unternehmerischen „Letztverkäufer“⁴⁰¹ der Lieferkette und einem Verbraucher bestehen⁴⁰². Davon prinzipiell unberührt bleiben demzufolge die vorangehenden Lieferverträge.

aa) Konfliktpotentiale bei der Anknüpfung des § 478 I an die allgemeinen Vorgaben nach § 474 bzw. Art. 1 II RL

Was iSd § 478 I genau unter einem Verbraucher, einem Unternehmer und dem zwischen diesen geforderten „Kauf“ zu verstehen ist, bestimmt sich aus den genannten systematischen Erwägungen grundsätzlich nach § 474⁴⁰³.

§ 474 I 1 nimmt hier zunächst Bezug auf den Verbraucherbegriff des § 13 sowie den Unternehmerbegriff des § 14⁴⁰⁴.

Nach § 13 ist Verbraucher, wer als natürliche Person aus objektiven Umständen einen Vertrag weder zu gewerblichen noch zu anderen „selbstständigen“ beruflichen Zwecken abschließt, sondern zu privaten⁴⁰⁵. § 13 enthält damit einen weiteren Verbraucherbegriff als Art. 1 II lit. a RL, der schon generell den beruflichen Käufer davon ausnimmt. Als verbraucherfreundliche Regelung ist dies gemäß Art. 8 II RL zulässig.⁴⁰⁶

³⁹⁸ Dies setzt BT-Drucksache 14/6040, 248, voraus und erwähnt es ausdrücklich ebenda, 249.

³⁹⁹ Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 494.

⁴⁰⁰ Näher Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 1 Rn. 4.

⁴⁰¹ Dabei ist der Begriff „Letztverkäufer“ des Art. 4 S. 1 RL aber ist insoweit missverständlich, als nach dem den Regress auslösenden Verbrauchsgüterkauf noch andere Kaufverträge abgewickelt werden können, auch wenn diese dann nicht von einem Rückgriff iSd § 478 I erfasst sind; vgl. Rebhahn, JBl 2002, 477, 495.

⁴⁰² BT-Drucksache 14/6040, 247. Die Beweislast für das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs trägt im Rahmen des § 478 I der Letztverkäufer; Palandt/Putzo, § 478 Rn. 5.

⁴⁰³ Dass § 474 hier einschlägig ist, folgt neben der erwähnten systematischen Stellung der §§ 478, 479 im Untertitel „Verbrauchsgüterkauf“ auch daraus, dass der Gesetzgeber die in § 474 enthaltenen Begriffsdefinitionen ausweislich der Begründung zum Regierungsentwurf für den gesamten Untertitel 3 „Verbrauchsgüterkauf“ zur Anwendung kommen lassen wollte; BT-Drucksache 14/6040, 242 f.; vgl. ferner Wenzel/Hütte/Helbron(-Wenzel), 112; Marx, BB 2002, 2566, 2570 Fn. 43.

Wagner/Neuenhahn, ZGS 2003, 64, weisen zudem auf den Wortlaut des § 478 I, II hin: „der Verbraucher ...gemindert hat“, „Unternehmer im Verhältnis zum Verbraucher“.

⁴⁰⁴ BT-Drucksache 14/6040, 242 f.

⁴⁰⁵ Näher etwa Ring, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 12 Rn. 5, 7.

⁴⁰⁶ BT-Drucksache 14/6040, 243; Huber/Faust(-Huber), Verbrauchsgüterkauf, Rn. 3 Fn. 1. Zum Verbraucherbegriff im übrigen Palandt/Heinrichs, § 13 Rn. 2.

Fraglich bleibt hier aber etwa, wie ein gemischt motivierter Kaufvertrag zu beurteilen ist. Dies kann gegebenenfalls erhebliche Abgrenzungsprobleme⁴⁰⁷ ergeben, die durch das Erfordernis eines Verbrauchsgüterkaufs iSd § 474 I bzw. § 478 I beim Verkäuferrückgriff gerade nicht unbeachtet bleiben dürfen⁴⁰⁸.

Unabhängig davon liegt ein Verbraucher-Käufer in jedem Fall auch dann vor, wenn die Ware nur an einen Dritten geliefert⁴⁰⁹ werden oder eine Abtretung einer Lieferforderung nur deshalb an den Verbraucher erfolgen soll, weil der Letztverkäufer eine Umgehung des Verbraucherschutzes bezweckt, vgl. § 475 I 2⁴¹⁰.

Mit dem Begriff „Unternehmer“ in § 474 I 1 bezieht sich der deutsche Gesetzgeber auf § 14. Danach ist jede natürliche, juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft Unternehmer, sofern sie bei Vertragsabschluss in der Ausübung ihrer gewerblichen oder „selbständigen“ beruflichen Tätigkeit gehandelt hat.⁴¹¹ Die von § 14 erfasste rechtsfähige Personengesellschaft stellt eine verbraucherfreundliche Regelung dar und ist folglich gemäß Art. 8 II RL zulässig.

Dennoch ist der Unternehmerbegriff des § 14 angesichts des Art. 1 II lit. c RL nicht unproblematisch, wie das Erfordernis der „Selbständigkeit“ zeigt. Anders als im Fall eines weiten Verbraucherbegriffs, stellt das Erfordernis der Selbständigkeit hier eine verbraucherschädliche Einschränkung des Verkäuferbegriffs des Art. 1 II lit. c RL dar⁴¹². Blicke es dabei⁴¹³, wäre unter anderem auch nicht gewährleistet, dass sich der Verbraucher- und der Verkäuferbegriff gegenseitig ausschließen⁴¹⁴.

⁴⁰⁷ Von den unterschiedlichen Meinungen hierzu (vgl. etwa Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 1 Rn. 26; Schurr, ZfRV 1999, 222, 224, Brüggemeier, JZ 2000, 529, 534) ist wohl die Ansicht vorzugswürdig, die auf die überwiegende Nutzung der Sache abstellt. Dafür spricht neben Gerechtigkeitsabwägungen - dem Verbraucherschutz als Sinn und Zweck der RL - auch eine historische Sicht; Staudenmayer, NJW 1999, 2393; Schwartze, ZEuP 2000, 544, 551 f.; vgl. ferner Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 1 Rn. 26.

Als Maßstab für das Überwiegen kommt neben § 1 I 2 ProdHaftG (so Lehr/Wendel, EWS 1999, 321; so auch Palandt/Putzo, § 474 Rn. 4; Palandt/Heinrichs, § 13 Rn. 3) vor allem in Betracht, sich am Vorbild der RL, dem CISG, zu orientieren. Nach Art. 3 II CISG ist das CISG dann nicht anzuwenden, wenn der Dienstleistungsanteil deutlich dominiert. Mit Art. 8 II RL scheint es daher als verbraucherfreundliche Regelung vereinbar, wenn man danach differenziert, welche Benutzung aus ex ante-Sicht objektiv überwiegt und dann im Zweifel ein Verbrauchergeschäft annimmt; so im wesentlichen auch Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 474 Rn. 4 m.w.N.

⁴⁰⁸ Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 5; Brüggemeier, JZ 2000, 529, 534, hat daher angedacht, im Rahmen des Verkäuferrückgriffs generell auf das Erfordernis eines „Verbrauchsgüterkaufs“ zu verzichten.

⁴⁰⁹ Daraus folgt auch, dass ein Verbrauchsgüterkauf nicht durch das Vorliegen eines Streckengeschäftes ausgeschlossen ist, bei dem die Kaufsache vom Lieferanten direkt an den Verbraucher geliefert wird; vgl. dazu BGH, NJW 1982, 2371; Palandt/Putzo, Einf. vor § 433 Rn. 15.

⁴¹⁰ Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 1 Rn. 27.

⁴¹¹ BT-Drucksache 14/6040, 243. Unternehmer können beispielsweise auch juristische Personen des öffentlichen Rechts sein; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 429. Hier wird es dann jedoch in aller Regel an einem „Lieferanten“ als Regressschuldner für den Letztverkäufer fehlen.

⁴¹² Daran ändert nichts, dass mit § 14 auch der Freiberufler oder der nur nebenberuflich Tätige erfasst ist; Palandt/Putzo, § 474 Rn. 5.

⁴¹³ Eine richtlinienkonforme Auslegung dürfte aber an dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 14 scheitern. Denn nach der neueren EuGH-Rechtsprechung dürfte eine solche Auslegung als Verstoß gegen die Umsetzungstransparenz anzusehen sein; EuGH, 10.5.2001, Rs. C-144/99 – Kommission/Niederlande, NJW 2001, 2244, 2245 Rn. 21; näher Pfeiffer, ZGS 2002, 23, 26 f.

⁴¹⁴ Zu diesem Erfordernis Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 1 Rn. 30.

Während es nach § 474 I bzw. Art. 1 II lit. b RL (mit Ausnahme des § 474 I 2) grundsätzlich unerheblich ist, ob eine „neu hergestellte“ oder „gebrauchte“ Sache verkauft wird⁴¹⁵, setzt ein Verbrauchsgüterkauf danach andererseits den Erwerb einer „beweglichen“⁴¹⁶ Sache“ voraus⁴¹⁷. Darunter fällt dann jedoch etwa auch der Kauf von Standard-Software⁴¹⁸.

§ 474 I 1 stellt für das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs nicht auf den Kauf eines „Verbrauchsguts“ iSd Art. 1 II lit. b RL ab. Bemerkenswert ist dabei einerseits, dass dadurch auch „Profigeräte“ dem Verbrauchsgüterkauf unterfallen.⁴¹⁹ Obgleich dies als eigentlich verbraucherfreundliches Ergebnis iSd Art. 8 II RL eine zulässige Abweichung sein müsste, ergeben sich hierbei andererseits Probleme, wenn zwar ein Verbrauchsgut iSd RL vorliegt, nicht jedoch die Voraussetzungen eines Verbrauchsgüterkaufs iSd § 474 erfüllt sind.

Ein Verbrauchsgüterkauf kann jedenfalls neben dem Grundmodell des Kaufs nach § 433 auch bei den besonderen Kaufverträgen iSd §§ 454-473 vorliegen⁴²⁰. Kein Verbrauchsgüterkauf liegt aber nach § 474 I 2 bzw. Art. 1 III RL bei einem Kaufvertrag über gebrauchte Sachen im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung vor⁴²¹.

Da § 474 I den endgültigen Verkauf einer Sache zum Gegenstand hat, sind davon keine reinen Dauerschuldverhältnisse erfasst. Dies folgt daraus, dass hier kein einmaliger Warenabsatz – also kein „Kauf einer beweglichen Sache“ iSd § 474 – vorliegt. Prägend sind in diesem Zusammenhang vielmehr die Merkmale einer dauerhaften Vertragsbeziehung. Wird die Sache also vermietet, im Rahmen des Operatingleasings⁴²² verleast oder in einem sonstigen Dauerschuldverhältnis auf begrenzte Zeit überlassen, liegt regelmäßig kein „Verbrauchsgütergeschäft“ zwischen dem Letztverkäufer und dem Verbraucher iSd § 474 I vor.⁴²³ An die Anwendung von § 478 I ist allerdings beim Kontokorrent zu denken. Wieder anders liegt der Fall des Finanzierungsleasings⁴²⁴. Denn hier kalkuliert der Leasinggeber wie beim Verkauf einer Sache. Die Art der Finanzierung legt folglich eine ähnliche Interessenlage und einen vergleichbaren Schutzgedanken wie

⁴¹⁵ Diese Unterscheidung wird erst im Rahmen des § 478 I relevant; dazu C.IV.3.

⁴¹⁶ Problematisch ist indes, ob auch § 478 I eine „bewegliche“ Sache verlangt; dazu C.IV.1.a.bb.

⁴¹⁷ Unter den Begriff der „beweglichen Sache“ fallen körperliche Gegenstände, nicht aber Strom oder nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge abgefülltes Wasser oder Gas. Der beweglichen Sache stehen aufgrund von Art. 1 IV RL die zu dessen Herstellung erforderlichen Stoffe gleich; näher BT-Drucksache 14/6040, 243; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 673 Fn. 65; Huber/Faust(-Huber), Verbrauchsgüterkauf, Rn. 5.

⁴¹⁸ Heussen, MDR 2002, 12, 16; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 431; näher Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 1 Rn. 9 und dort Fn. 9 m.w.N., wonach selbst die online übertragene Software erfasst ist.

⁴¹⁹ Laws, MDR 2002, 320, 321; vgl. auch Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 673 Fn. 65; Huber/Faust(-Huber), Verbrauchsgüterkauf, Rn. 5 sowie Palandt/Putzo, § 474 Rn. 1-3, wonach auch Tiere (§ 90 a) und künftige Sachen taugliche Kaufgegenstände iSd § 474 I sind.

⁴²⁰ Palandt/Putzo, § 474 Rn. 6.

⁴²¹ Vgl. Palandt/Putzo, § 474 Rn. 11 sowie Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 434, zum unterschiedlichen Begriff der „öffentlichen Versteigerung“ iSd § 474 I 2 und iSd § 445.

⁴²² Grundsätzlich dazu BGHZ 97, 75; 111, 95.

⁴²³ Heussen, MDR 2002, 12, 16.

⁴²⁴ Dazu etwa BGHZ 109, 250.

beim Kauf nahe.⁴²⁵

Ansonsten ist fraglich, praktisch aber wohl weniger relevant, wie ein Vertrag zu beurteilen ist, der sich aus Elementen des Kaufrechts und denen anderer Vertragstypen zusammensetzt. Art. 2 V RL und dem Vorbild des UN-Kaufrechts kann man diesbezüglich entnehmen, dass die RL grundsätzlich entweder insgesamt oder gar nicht auf einen Vertrag und ansonsten nur insoweit anwendbar ist, als sie sachlich passend ist.⁴²⁶ Im übrigen wird wie beim UN-Kaufrecht regelmäßig darauf abzustellen sein, ob der Anteil der Dienstleistung überwiegt, wie häufig bei Reparaturverträgen, die die Ersatzteilbeschaffung beinhalten. Denn in einem solchen Fall dürfte keine „Lieferung“ einer körperlichen Sache mehr anzunehmen sein.⁴²⁷ Dem Mitgliedstaat ist es gleichwohl wegen Art. 8 II RL unbenommen, die Wertungen der RL weitgehender anzuwenden.

bb) „Bewegliche“ versus „unbewegliche“ Sache

Anders als nach § 474 I 1 könnte vom Wortlaut des § 478 I auch eine „unbewegliche“ Sache vom Verkäuferrégress erfasst sein. Blicke es dabei, wäre der bundesdeutsche Rückgriff wie in der Republik Österreich zu verstehen, wo weder in der Grundnorm der Gewährleistung, § 922 ABGB, noch in der Vorschrift für einen besonderen Rückgriff (§ 933 b ABGB) eine Beschränkung auf bewegliche Sachen zu finden ist (die einzige Ausnahme bildet § 933 I ABGB für die Verjährung).

Ob § 478 I aber tatsächlich derart zu verstehen ist, ist sehr zweifelhaft. Dies folgt schon aus einer systematischen Betrachtung. Nicht nur Art. 1 IV RL sieht als „Verbrauchsgut“ nur die bewegliche Sache an⁴²⁸. Auch § 474 I spricht ausdrücklich von dem Erfordernis einer „beweglichen“ Sache. Soweit in §§ 478, 479 also nichts anderes geregelt ist, muss man sich wie erwähnt an § 474 orientieren. Selbst wenn man beim Verkauf von unbeweglichen Sachen das gleiche strukturelle Verhandlungsungleichgewicht für den Verbraucher sieht wie beim Verkauf von beweglichen Sachen⁴²⁹, wurde eine entsprechende Regelung jedenfalls nicht zugunsten des Verbrauchers in die §§ 474 ff. aufgenommen.

Daher scheidet auch eine Ausdehnung auf die §§ 478, 479 aus. Denn der Verkäuferrückgriff nach §§ 478, 479 soll dem Letztverkäufer nur insoweit helfen, als ihm eine entsprechende Gewährleistungshaftung durch die Umsetzung der RL droht⁴³⁰. Dieser Fall liegt aber gerade nicht vor, wenn der Verbraucher bei unbeweglichen Sachen nicht von der RL bzw. § 474 geschützt wird. Es verwunderte zudem, wenn der Letztverkäufer im Rahmen eines Rückgriffs besser geschützt wäre als der Verbraucher. Auch aus historischer Perspektive ist ein Verkäuferrégress für unbewegliche Sachen niemals ernsthaft erwogen worden. Die Beschränkung des Grünbuchs „auf den Kauf beweglicher, langlebiger und neuer Verbrauchsgüter“ wurde im Gegenteil damit begründet, dass gerade hier eine besonders schwierige Situation bei internationalen

⁴²⁵ Schurr, ZfRV 1999, 222, 224.

⁴²⁶ Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 1 Rn. 5, 14.

⁴²⁷ Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 1 Rn. 16.

⁴²⁸ Jud, 14. ÖJT, Bd. II/2, 14; vgl. auch BT-Drucksache 14/6040, 243; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 673 Fn. 65; Huber/Faust(-Huber), Verbrauchsgüterkauf, Rn. 4.

⁴²⁹ Jorden/Lehmann, JZ 2001, 952, 963.

⁴³⁰ BT-Drucksache 14/6040, 247.

Käufen für den Verbraucher gesehen wurde.⁴³¹

Schließlich ist im Rahmen von „unbeweglichen“ Sachen ein geschlossenes Absatzsystem noch weniger als bei gebrauchten Sachen denkbar. Dies war aber zumindest für den deutschen Gesetzgeber der Grund, den Verkäuferrégress schon bei gebrauchten Sachen nicht zu gewähren.⁴³²

Daher ist der Verkäuferrückgriff nach § 478 I entsprechend auf „bewegliche Sachen“ reduziert zu sehen.

Andererseits kommt es nur darauf an, dass die Sache speziell bei Vertragsabschluss beweglich ist. Wird sie später etwa in ein Bauwerk eingebaut und damit deren Bestandteil, greift § 478 I grundsätzlich.⁴³³ Deshalb verbleibende Abgrenzungsprobleme sind hinzunehmen⁴³⁴.

cc) Weitere Besonderheiten im Rahmen des Régresses

aaa) Mangelnde Differenzierung nach der jeweiligen Schutzbedürftigkeit des Letztverkäufers

§ 478 I verlangt zumindest vom Wortlaut und von der Gesetzessystematik nur pauschal das Vorliegen „irgendeines“ Verbrauchsgüterkaufs iSd § 474 I. Danach kommt also grundsätzlich jeder Letztverkäufer in den Genuss der Rückgriffserleichterung des § 478 I. Unerheblich ist demzufolge, ob dieser ein internationaler Einzelhandelsketten-Konzern oder ein Kleinstunternehmer ist. Ebenfalls unberücksichtigt bleibt danach, ob der Letztverkäufer ein eher zufälliger Vertragspartner des Lieferanten ist oder ein finanziell abhängiger Vertragshändler mit strikter Abnahmeverpflichtung, auf den der Vergleich mit dem Verbraucher eher zutreffen dürfte⁴³⁵.

Auch Art. 4 RL sieht keine weitere Einschränkung des Verkäuferbegriffs oder des möglichen Régressgläubigers vor. Obgleich die Kommission speziell die kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) für schutzwürdig hielt, sah auch sie kein Bedürfnis für Spezialvorschriften hinsichtlich der KMU⁴³⁶.

Insofern könnte man das Erfordernis eines Verbrauchsgüterkaufs für § 478 I zumindest in der Praxis als unproblematisch ansehen⁴³⁷. Gleichwohl ergeben sich einige weitere Fragen.

⁴³¹ Brüggemeier, JZ 2000, 529, 532, mit Verweis in Fn. 42 auf Grünbuch, 9 = BR-Drucksache 926/93, 8 sowie andererseits auch auf Grünbuch, 109 = BR-Drucksache 926/93, 108 („neuwertige“ Konsumgüter).

⁴³² BT-Drucksache 14/6040, 248.

⁴³³ Schulte-Nölke/Behren, ZGS 2002, 33, 34; näher auch Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 1 Rn. 7.

⁴³⁴ Diese Schwierigkeiten hätten außerdem schon auf der Ebene des Verbrauchsgüterkaufs selbst gelöst werden müssen; vgl. Enzinger, 14. ÖJT Bd. II/2, 62.

⁴³⁵ Wilhelm, 14. ÖJT Bd. II/2, 52. Gerade im letztgenannten Fall half dem Vertragshändler allerdings häufig die Gewährleistungsabwicklung über eine Herstellergarantie. Denn aufgrund dieser konnten die dabei angefallenen Aufwendungen regelmäßig durch die Lieferkette weitergeleitet werden; Griß, 14. ÖJT Bd. II/2, 52; zustimmend auch Wilhelm, 14. ÖJT Bd. II/2, 52, der hier aber eine gesetzestechnische Klarstellung befürwortete.

⁴³⁶ Die Kommission ging davon aus, dass den KMU etwa die klarere Rechtslage und damit auch die abnehmenden Streitfälle mit den kundigeren Verbrauchern nutzen dürften. Auch soll den KMU der zusätzliche Bedarf an Wartungsleistungen zugute kommen, da diese häufig von KMU erbracht werden; „Formblatt zu den Auswirkungen“, KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 27.

⁴³⁷ Welser/Jud, 14. ÖJT, 156.

bbb) Drohende „Begriffsfälle“ für den Letztverkäufer im Rahmen des Unternehmerbegriffs

Zunächst ist der Begriff des „Unternehmers“ in bezug auf das Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten fraglich. Der Unternehmerbegriff muss dabei aus Sicht des Verbrauchers grundsätzlich der gleiche sein wie aus der des Letztverkäufers.

Wenn man also zugunsten des Verbrauchers in § 14 auf die Selbständigkeit des Unternehmers verzichten will⁴³⁸, so muss dies zur effektiven Haftungsweiterleitung auch zugunsten des Letztverkäufers (hinsichtlich der Beurteilung in bezug auf ihn) gegenüber dem Lieferanten gelten.

Zwar gilt der Mindestschutz des Art. 8 I, II RL direkt nur zugunsten des Verbrauchers. Bei verschiedenen Unternehmerbegriffen könnte der Letztverkäufer aber auf der einen Seite dem Verbraucher nach §§ 474 ff. haften müssen, selbst jedoch als „Nicht-Unternehmer“ iSd § 14 (dies wäre der Fall, wenn man nicht auch zu seinen Gunsten auf die Selbständigkeit des Unternehmers verzichtet) nicht seinerseits nach § 478 I beim Lieferanten Regress nehmen. Ein solcher „begriffsgespaltene“ Letztverkäufer geriete also in eine „Begriffsfalle“, die nicht mit den Grundsätzen der Rechtssicherheit bzw. der Gesetzestransparenz vereinbar wäre. Auch der gerade im Hinblick auf den Letztverkäufer geäußerte Wunsch des Gesetzgebers nach einem einheitlichen Gewährleistungsrecht mit einheitlichen Mängelbegriffen spricht gegen eine solche Differenzierung⁴³⁹. Dies legen ferner das Verantwortungs- und das Effektivitätsprinzip nahe.

Daher ist auch aus Sicht des Letztverkäufers gegenüber dem Lieferanten die bereits problematisierte Beschränkung des § 14 auf „Selbständige“ zu kritisieren⁴⁴⁰. Belässt man es allerdings ohnehin bei dem Wortlaut des § 14, erlangt diese Frage keine praktische Bedeutung.

ccc) Fehlende Vorhersehbarkeit des Verbrauchsgüterkaufs

Eine weitere Besonderheit des § 478 I bei der Voraussetzung eines Verbrauchsgüterkaufs besteht darin, dass dessen Eintreten bei Ingangsetzen der Lieferkette oft noch unbekannt ist. Diese Ungewissheit ist jedoch hinzunehmen⁴⁴¹. Dies folgt schon aus den Begründungen zum Regierungsentwurf, wonach § 377 HGB auch im Rahmen der §§ 478, 479 deshalb für den Absatzweg der Ware beibehalten werden sollte, weil erst nachträglich bekannt wird, ob am Ende der Lieferkette tatsächlich ein „Verbrauchsgüterkauf“ steht⁴⁴². Daran wird aber gleichzeitig deutlich, wie „zufällig“ und damit unkalkulierbar eine Haftung nach §§ 478, 479 entstehen kann. Dies wird noch dadurch verschärft, dass selbst der Letztverkäufer nicht wissen muss, ob ihm ein

⁴³⁸ Vgl. C.IV.1.a.aa.

⁴³⁹ BT-Drucksache 14/6040, 248.

⁴⁴⁰ Vgl. C.IV.1.a.aa.

⁴⁴¹ Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2563, erwägt eine analoge Anwendung der §§ 478, 479, verwirft sie aber wegen der Einbindung der §§ 478, 479 in die besondere Verbrauchsgüterhaftung.

⁴⁴² BT-Drucksache 14/6040, 249. Mit der Aufgabe des § 378 HGB-RE (dazu J.II.), der einem tatsächlich eingetretenen Verbrauchsgüterkauf wenigstens nachträglich durch einen erleichterten Regress Rechnung tragen wollte, wird diese Wertung nur untermauert.

Verbraucher gegenübersteht.⁴⁴³ Achtet der jeweilige Lieferant beim Weiterverkauf eines potentiellen Verbrauchsguts also nicht stets auf eine Gestaltung seiner AGB, die auch §§ 478, 479 Rechnung trägt, kann er schnell in eine „Haftungsfalle“ geraten. Denn die AGB werden dann regelmäßig immerhin gegen § 478 IV verstoßen. Zwar wäre ein entsprechendes „Erkennbarkeitskriterium“ für die Haftungskalkulation der jeweiligen Rückgriffsschuldner innerhalb der Lieferkette vorteilhaft. Dies kollidierte aber unnötig mit dem grundsätzlich geforderten effektiven Letztverkäuferregress. Denn der hier drohenden Haftungsgefahr kann insbesondere durch entsprechend vorausschauende, differenzierende AGB-Klauseln begegnet werden⁴⁴⁴. Im übrigen findet in der Praxis offenbar schon häufig eine Ausdehnung auf den allgemeinen Verkäuferregress statt, so dass auch darüber der Haftungskalkulation gedient wird⁴⁴⁵.

Der Umstand, dass § 478 I die Vorhersehbarkeit eines Verbrauchsgüterkaufes nicht voraussetzt, führt auch zu einem anderen letztverkäuferfreundlichen Ergebnis.

Im Unterschied zu einem „Netzvertrag“⁴⁴⁶, etwa bedarf es deshalb für einen Regress nach § 478 I nämlich keiner „Strukturierung des Absatzweges“ oder eines zusätzlichen gemeinsamen Zwecks aller Kettenglieder (wie beispielsweise einer besonderen Leistungsbündelung)⁴⁴⁷.

ddd) Umgehungsversuche hinsichtlich des geforderten Verbrauchsgüterkaufs

Fraglich ist, ob der Letztverkäufer allein dadurch in den Genuss eines erleichterten Rückgriffs nach § 478 I kommen kann, dass er einen Privatmann mittels einer internen Ausgleichsvereinbarung dazu bewegt, ihm die Kaufsache nur deshalb abzukaufen, damit er bei seinem Lieferanten Regress nehmen kann.

Diese Situation kann unter anderem dann akut werden, wenn der Letztverkäufer meint, erst über die Regresserleichterung des § 478 I seinen Rückgriff sichern zu können – etwa im Fall der unmittelbar drohenden Verjährung, bei der es sogar auf den Zeitraum der Nachfrist ankommt. Hier wird entscheidend sein, dass der vermeintliche Privatmann dann nicht zu privaten Zwecken handelt und somit nicht Verbraucher iSd § 13 sein kann.⁴⁴⁸

dd) Der Fall des zweiten Verbrauchsgüterkaufs

Zweifelhaft ist im Zusammenhang mit dem von § 478 I geforderten Verbrauchsgüterkauf, wie die Konstellation zu beurteilen ist, in der nach dem ersten ein weiterer Verbrauchsgüterkauf in der Absatzkette auftaucht. Jedenfalls der Wortlaut des § 478 I gebietet nämlich nicht, dass der erste Verbrauchsgüterkauf auch der letzte

⁴⁴³ Hassemer, ZGS 2002, 95, 101, mit Verweisen in Fn. 62 auf Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1401; Schubel, JZ 2001, 1113, 1118.

⁴⁴⁴ Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2563 Fn. 28, kritisch hinsichtlich der Rechtsklarheit.

⁴⁴⁵ Wagner/Neuenhahn, ZGS 2003, 64, 67 f., die aber die AGB-rechtliche Zulässigkeit einer mangelnden Differenzierung verneinen, weil der Endproduktehersteller dem Zulieferer dadurch auch nicht iSd §§ 478, 479 begründete Haftungsfälle aufbürdete; für die Zulässigkeit solcher Klauseln hingegen offenbar Graf von Westphalen, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Teil Vertragsrecht, Einkaufsbedingungen, Rn. 25 sowie J.

⁴⁴⁶ Vgl. Rohe, 379, 384 f., 438, 459.

⁴⁴⁷ Dies hätte man anhand einer anderen Stelle in der Begründung zum Regierungsentwurf sonst vermuten können: BT-Drucksache 14/6040, 248, nennt nämlich „geschlossene Absatzsysteme“.

⁴⁴⁸ Vgl. Mankowski, VuR 2002, 269, 271; Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 5.

Kaufvertrag auf dem Weg zum endgültigen Abnehmer der Sache gewesen sein muss⁴⁴⁹. Zunächst kann jedoch festgehalten werden, dass dann, wenn der Verbraucher-Käufer die Kaufsache an einen Unternehmer und dieser sie sogleich an einen weiteren Verbraucher veräußert, ein Verkäuferregress nach § 478 I aus Sicht der letztgenannten schon am fehlenden *Unternehmer-Lieferanten* iSd § 478 I scheitert⁴⁵⁰.

Anders liegt aber der Fall, wenn mehrere Unternehmer im Anschluss an einen Verbrauchsgüterkauf an einer neuen, unternehmerischen „Lieferkette“ beteiligt sind. Wenn dann am Ende dieser Absatzkette ein weiterer Verbrauchsgüterkauf steht, könnte § 478 I dem Wortlaut nach für diese Verträge nämlich greifen. Abgesehen davon, dass solche Konstellationen wohl sehr selten sein dürften und die von einem Verbraucher verkaufte Sache dann kaum mehr „neu hergestellt“ ist, könnten diese Fälle gelegentlich dennoch akut werden.

Denn ein Lieferant könnte unter Umständen versucht sein, solche Konstellationen bewusst zu provozieren: Er könnte einen Verbraucher nur deshalb in den Absatzweg „zwischenschalten“, um so einem Regress nach § 478 I entgehen und diesen zu Lasten der späteren, eigentlichen Kettenglieder abschneiden zu können. Dieses Vorgehen muss nach § 478 IV 2 (gegebenenfalls iVm § 478 III) aber als unzulässiger Umgehungsversuch scheitern.⁴⁵¹ Liegt allerdings ein zufälliger, zweiter Verbraucherkauf vor, greift dieser Einwand nicht⁴⁵². Gegen die Gewährung des § 478 I spricht hier aber, dass sowohl Art. 4 RL als auch § 478 I nur den klassischen Absatzweg vom Hersteller bis zum ersten Verbraucher vor Augen hatten⁴⁵³. Außerdem bliebe anderenfalls ein Rückgriff nach § 478 I jedenfalls zu Lasten des letzten Unternehmers dieser zweiten Lieferkette beim Verbraucher im Rahmen des ersten Verbrauchsgüterkaufes stecken.⁴⁵⁴

Für eine Weiterleitung spricht allerdings die dadurch immerhin teilweise Verwirklichung des allgemeinen Verantwortungsprinzips⁴⁵⁵.

b) Vergleichbare Rückgriffssituationen außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs

§ 478 I hat mit dem Erfordernis des Verbrauchsgüterkaufs eine Grundsatzentscheidung getroffen: Nur wenn am Ende einer Lieferkette ein Verbrauchsgüterkauf steht, soll ein Regress nach § 478 I eröffnet sein. Es ist jedoch fraglich, ob ein Verkäuferrückgriff nach § 478 I tatsächlich nur hier sinnvoll ist. Umgekehrt wäre nämlich sogar eine Ausdehnung des Verkäuferregresses auf den allgemeinen Kauf denkbar, wenn man generell von einer unterlegenen Position des Rückgriffsuchenden ausgeht⁴⁵⁶.

⁴⁴⁹ Rebhahn, JBl 2002, 477, 495.

⁴⁵⁰ C.IV.2.a.

⁴⁵¹ So der Sache nach auch Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 5; Palandt/Putzo, § 478 Rn. 3. Vor allem aber wird in diesen Fällen nicht zu privaten Zwecken gehandelt, so dass schon kein Verbraucher iSd § 13 vorliegt; vgl. Mankowski, VuR 2002, 269, 271.

⁴⁵² Hier unterscheidet sich die Auslegung von Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 5 sowie von Palandt/Putzo, § 478 Rn. 3, die für diese Fälle nicht weiter differenzieren und daher generell einen Ausschluss der §§ 478, 479 annehmen.

⁴⁵³ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 247, 248.

⁴⁵⁴ Im Ergebnis auch Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 5; Palandt/Putzo, § 478 Rn. 3.

⁴⁵⁵ B.II.2.d.

⁴⁵⁶ So beispielsweise Galoppi, 14. ÖJT Bd. II/2, 118, der sich allerdings für eine dispositive Regelung ausspricht.

aa) Nur Unternehmerparteien

Die Beschränkung des § 478 I auf das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs ist vor allem relevant, wenn sowohl der Verkäufer als auch der Käufer Unternehmer sind – also der Handelsverkehr betroffen ist.

Hier ist zugunsten eines allgemeinen Verkäuferrückgriffs zunächst festzuhalten, dass dort praktisch jeder Letztverkäufer (also nicht nur der, der an einen Verbraucher gerät) von Anfang an nur am Weiterverkauf der Sache und im Haftungsfall an einer schnellen Haftungsweiterleitung interessiert ist⁴⁵⁷.

Den ursprünglich befürchteten, besonderen Haftungsbelastungen aus einem Verbrauchsgüterkauf (die dessen Sonderbehandlung beim Verkäuferrégress hätten rechtfertigen können) könnte zudem hinreichend durch die Übernahme der RL in das allgemeine Kaufrecht begegnet worden sein⁴⁵⁸.

Für eine im allgemeinen Kaufrecht verankerte Rückgriffsregelung könnte ferner sprechen, dass für die Unternehmer in der Lieferkette oft unklar ist, ob am Ende der Lieferkette wirklich ein Verbraucher steht⁴⁵⁹.

Es fragt sich sogar, ob für einen Régress nicht gänzlich auf einen nachfolgenden Kauf verzichtet werden sollte. Denn durch dieses Erfordernis wird jedenfalls derjenige benachteiligt, der einen Mangel vor dem Weiterverkauf der Sache entdeckt und seinem Käufer keine mangelhafte Ware anbieten möchte. Nach einer Ansicht soll wegen der den §§ 478, 479 innewohnenden „Régresslogik“ in solchen Fällen daher schon eine Direktanwendung dieser Vorschriften folgen.⁴⁶⁰

Aber auch aus gesetzessystematischer Sicht ist die Regelung des Verkäuferrückgriffs in einem besonderen Verbraucherkaufrecht bedenklich.

Denn der Schutz des unternehmerischen Letztverkäufers stellt dort eigentlich einen „Fremdkörper“ dar. Näher liegt unter diesem Aspekt eher eine Regelung im allgemeinen Kaufrecht⁴⁶¹ oder im HGB⁴⁶². Vorstellbar wäre auch eine Umsetzung bei den §§ 426 bzw. 432 gewesen⁴⁶³.

Gegen die Beschränkung des Letztverkäuferrückgriffs auf den Bereich des Verbrauchsgüterkaufrechts spricht schließlich auch, dass damit zwei Régresssysteme

⁴⁵⁷ Diese Zweifel hatte Kircher, ZRP 1997, 290, 294, schon hinsichtlich des Richtlinienentwurfs von 1996; Westermann, NJW 2002, 241, 251, denkt diesbezüglich an eine analoge Anwendung der §§ 478, 479; ebenso: Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 13; Bädenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 49; Koller/Roth/Zimmermann, 84 Fn. 60, mit Verweis auf Medicus, in: Grundmann/Medicus/Rolland, 219, 223, 228 f.

⁴⁵⁸ Medicus, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 219, 229; ferner die weiteren Nachweise bei Jud, ZfRV 2001, 201, 206 Fn. 50; vgl. zu dieser besonderen Belastung allgemein auch Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1422.

⁴⁵⁹ Matthes, NJW 2002, 2505.

⁴⁶⁰ Bädenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 100; für eine allgemeine Geltung der Régressvorschriften auch Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1422; kritisch Westermann, JZ 2001, 530, 541 f.

⁴⁶¹ Schurr, ZfRV 1999, 222, 227 f.; Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 281, 311; Canaris, Schuldrechtsreform 2002, XXX, XXXII f.; vgl. aber auch die Auseinandersetzung bei Medicus, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 219, 223, 227-229. Der Rechtsausschuss des Bundesrates, ZIP-aktuell 1996 Nr. 259 Punkt d, betrachtete den Verkäuferrégress hingegen prinzipiell als potentiellen „Fremdkörper im Recht der Mitgliedstaaten“.

⁴⁶² Dies allgemein andenkend Medicus, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 219, 227-229.

⁴⁶³ Medicus, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 219, 228 f.

geschaffen wurden, die eine Rechtszersplitterung bewirken⁴⁶⁴. Dies muss vor allem deshalb bedenklich sein, da in der Bundesrepublik Deutschland das Verbraucherschutzrecht der RL auf das allgemeine Kaufrecht ausgedehnt wurde, gerade um ein einheitliches Kaufrecht zu schaffen.

Dieser Kritik an § 478 I ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Letztverkäufer, der an einen Unternehmer-Endabnehmer verkauft, letztlich gerade nicht genauso schützwürdig ist wie beim Verbrauchsgüterkauf. Denn trotz der grundsätzlichen Übernahme der RL in das allgemeine deutsche Kaufrecht, enthält nur das Verbrauchsgüterkaufrecht nach den §§ 474 ff. die besondere Beweislastumkehr des § 476 oder vor allem die umfassende Unabdingbarkeit der Gewährleistungsrechte nach § 475. Der Letztverkäufer kann also etwa gegenüber einem Unternehmer-Käufer, anders als nach § 475 gegenüber dem Verbraucher, sehr viel weitergehend seine Gewährleistungshaftung eingrenzen.⁴⁶⁵ Eine Schranke bilden insofern zwar die §§ 305 ff., doch besteht darin der Sache nach kein Unterschied zum bisherigen AGBG.

Die Beschränkung des Verkäuferrückgriffs auf das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs entspricht also auch dem Ziel der RL, durch den Verkäuferregress dem Letztverkäufer gerade (und nur) dann zu helfen, wenn er den zwingenden Verbraucherrechten der RL „ausgeliefert“ ist⁴⁶⁶. Die fragliche Beschränkung könnte zudem deshalb gerechtfertigt sein, weil ein solventerer Letztverkäufer speziell nur dem Verbraucher zu gewähren sein könnte. Ferner mag man auch ein allgemeines Bedürfnis nach einem Letztverkäuferschutz gegenüber den vermeintlich mächtigeren Lieferanten bzw. Herstellern verneinen und daher eine „allgemeine Regresslogik“ ablehnen.⁴⁶⁷

Der mangelnden Voraussehbarkeit eines Verbrauchsgüterkaufs am Ende der Lieferkette kann dadurch begegnet werden, dass der jeweilige Lieferant entsprechende Vertragsklauseln für den Fall des Verbrauchsgüterkaufs einerseits und den Fall eines allgemeinen Kaufs andererseits vorsieht. An der mangelnden Bestimmtheit wird eine solche Klausel nicht scheitern.

Ebenso wenig ist eine Benachteiligung desjenigen Kettengliedes gegeben, das schon vor Erreichen des weiteren Abnehmers seine Gewährleistungsrechte gegenüber dem Lieferanten geltend macht. Denn dieser Unternehmer ist schon kein Letztverkäufer, ist also gerade keiner zwingenden und gemäß der RL verschärften Gewährleistungspflicht gegenüber dem Verbraucher oder sonst wem ausgesetzt⁴⁶⁸.

Eine etwaige Rechtszersplitterung durch „zwei Regresssysteme“ folgt auch nicht originär durch die Einführung der §§ 478, 479, sondern durch die vorgeschaltete Schaffung des Verbrauchsgüterkaufrechts der RL.

Da ein besonderer Letztverkäuferrückgriff speziell darauf nur reagieren soll, ist er lediglich ein „Reflex“⁴⁶⁹ oder ein Annex zu diesen Sonderregeln. Die §§ 478, 479 wurden also nur als feinabgestimmte Interessenabwägung gerade im Rahmen des

⁴⁶⁴ Vgl. Westermann, JZ 2001, 530, 540 f.

⁴⁶⁵ Jud, ZfRV 2001, 201, 206.

⁴⁶⁶ Vgl. B.II.1.c und d.

⁴⁶⁷ Matthes, NJW 2002, 2505.

⁴⁶⁸ Matthes, NJW 2002, 2505, 2506; Graf von Westphalen, ZGS 2002, 389; Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2564.

⁴⁶⁹ Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2563.

Verbrauchsgüterkaufs - einer schon bestehenden Rechtszersplitterung - notwendig. Schon aus diesem Sinn und Zweck des Art. 4 RL ergibt sich folglich, dass der Verkäuferregress nicht im allgemeinen Kaufrecht zu regeln war, selbst dann nicht, wenn man ihn nur für den Verbrauchsgüterkauf unabdingbar gestaltet⁴⁷⁰ oder nur in Teilen der §§ 478, 479 verwirklicht hätte⁴⁷¹.

Außerdem ist zu beachten, dass das käuferfreundliche allgemeine Kaufrecht über die §§ 305 ff. auch außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs im Rahmen des § 307 II Nr. 1 iVm § 310 I zu berücksichtigen ist und der unternehmerische Letztverkäufer daher zumindest auf diesem Wege geschützt wird.

So wird beispielsweise eine Verkürzung der Frist des § 438 I Nr. 3 wegen ihres hohen Gerechtigkeitsgehaltes auch außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs regelmäßig scheitern.⁴⁷² Im übrigen findet in der Praxis offenbar schon häufig eine Ausdehnung auf den allgemeinen Verkäuferregress statt⁴⁷³.

Es käme darüber hinaus allenfalls noch eine analoge Anwendung des § 478 I auf die Sonderkonstellationen in Betracht, in denen es um Sachen geht, die typischerweise nur an Verbraucher verkauft werden oder die Gegenstand einer einzelnen Lieferbeziehung (im Gegensatz zum allgemeinen Warenlager des Letztverkäufers) sind. Dieser Versuch wird in den meisten Fällen aber schon aus praktischen Abgrenzungsgründen scheitern, da der Verbrauchsgüterkauf iSd § 474 I gerade nicht auf das Vorliegen von „Verbrauchsgütern“ abstellt, sondern nur darauf, ob der Endabnehmer zu privaten Zwecken erwirbt. Ein privater Kauf kann danach aber gerade auch bei wertvollen „Profi-Geräten“ anzunehmen sein.⁴⁷⁴

bb) Nur Verbraucherparteien

aaa) Aus Sicht des Verbraucher-Letztkäufers

Im Rahmen der Beschränkung des § 478 I auf das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufes ist ferner der Fall zu bedenken, bei dem sowohl der Letztverkäufer als auch der Endabnehmer Verbraucher sind. Der Kauf vom Verbraucher ist kein Verbrauchsgüterkauf iSd § 474, § 478 I danach also nicht anwendbar.

Es ist angesichts der durch die RL verfolgten Ziele jedoch fraglich, ob nicht auch der Verbraucher-Letztkäufer in den Genuss der Vorteile aus § 478 I kommen müsste.⁴⁷⁵

⁴⁷⁰ So aber etwa Westermann, NJW 2002, 241, 252; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1422; dieselben, ZIP 2000, 1462, 1464.

⁴⁷¹ So Flessner, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 233, 247; KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 8; Oechsler, C § 2 Rn. 338, weist hier zudem auf die insoweit gegebene Funktion des Kaufvertrages als „Instrument der Risikobegrenzung“ hin.

⁴⁷² Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 438 Rn. 22, der die alte Rechtslage bezüglich des bisherigen § 477 unter Bezugnahme auf BGH, NJW 1984, 1750 fortschreiben möchte.

⁴⁷³ Wagner/Neuenhahn, ZGS 2003, 64, 67 f., die aber die AGB-rechtliche Zulässigkeit einer mangelnden Differenzierung verneinen, weil der Endproduktehersteller dem Zulieferer dadurch auch nicht iSd §§ 478, 479 begründete Haftungsfälle aufbürdete; für die Zulässigkeit solcher Klauseln hingegen offenbar Graf von Westphalen, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Teil Vertragsrecht, Einkaufsbedingungen, Rn. 25 sowie J.

⁴⁷⁴ Matthes, NJW 2002, 2505.

⁴⁷⁵ Brüggemeier, JZ 2000, 529, 533; auch Bydlinki, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 381, 397, denkt die Ausdehnung des Verkäuferregresses auf den Verbraucher-Letztkäufer an.

Bedeutend muss für eine solche Ausdehnung des § 478 I sein, ob der Verbraucher-Letztkäufer ansonsten im Vergleich zum unternehmerischen Letztkäufer iSd Art. 4 RL unangemessen schlechter gestellt wäre⁴⁷⁶.

Aus Sicht des Verbraucher-Letztkäufers ist das Bedürfnis nach einem Regress iSd § 478 I aber ebenso zu verneinen wie beim Vorliegen eines Unternehmer-Endabnehmers. Denn wie erwähnt, ergibt sich nur im Fall des eigentlichen Verbrauchsgüterkaufs iSd § 474 der besondere Bedarf nach einer speziellen Regressregelung iSd Art. 4 RL: Auch der Verbraucher-Letztkäufer kann sich ohne die Einschränkungen der §§ 474 ff. weitgehend von seiner Gewährleistungshaftung freizeichnen. Dies folgt daraus, dass er kein Unternehmer ist und ihm gegenüber daher auch nicht die zwingenden Regeln des Verbrauchsgüterkaufs nach §§ 474 ff. greifen. Da regelmäßig auch keine AGB im Verhältnis von Verbrauchern untereinander vorliegen, wird es ihm grundsätzlich sogar möglich sein, die ganze Haftung auszuschließen.⁴⁷⁷

bbb) Aus Sicht des Verbraucher-Endabnehmers

Man könnte jedoch eine Ausdehnung des § 478 I zugunsten des Verbraucher-Endabnehmers gegen seinen Verbraucher-Letztkäufer erwägen⁴⁷⁸.

Denn der Verbraucher-Endabnehmer kann sich nicht nur nicht auf die zwingenden Verbraucherrechte der RL nach §§ 474 ff. berufen, da der Letztkäufer kein Unternehmer ist. Zumeist wird ihm der Verbraucher-Letztkäufer auch eine gebrauchte Sache verkaufen. Damit ist etwa nach § 309 Nr. 8 lit. b Doppelbuchstabe ff. selbst in AGB eine Verjährungsverkürzung auf ein Jahr ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn zulässig.

Zunächst stehen dem Verbraucher-Letztabnehmer aber gegebenenfalls die §§ 307 ff. zur Verfügung⁴⁷⁹. Im übrigen wird es recht selten vorkommen, dass ein Verbraucher eine „neu hergestellte“, also unbenutzte Sache, weiterverkauft, so dass eine analoge Anwendung des § 478 I in der Regel ohnehin ausscheiden müsste⁴⁸⁰.

Auch geht zumindest der Wortlaut des Art. 4 S. 1 RL in Verbindung mit der Systematik der RL davon aus, dass gerade ein Unternehmer-Letztkäufer einem Verbraucher haftet⁴⁸¹. Die Regressregelung des Art. 4 RL ist zudem offensichtlich für den Handelsverkehr bestimmt⁴⁸².

c) Verweisungen auf das Kaufrecht

Nach § 478 I ist ein „Verbrauchsgüterkauf“ erforderlich. Es ist deshalb zu prüfen, ob auch dann ein Regress nach § 478 I zu erfolgen hat, wenn ein Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer am Ende einer Vertragskette steht, für den nur auf

⁴⁷⁶ Vgl. Jud, ZfRV 2001, 201, 206 und dort speziell Fn. 53, die sich insgesamt eher für eine Ausdehnung auf den Verbraucher-Letztkäufer ausspricht.

⁴⁷⁷ So zum entsprechenden alten Recht sogar für den unternehmerischen Letztkäufer Brügge-meier, JZ 2000, 529, 533. Im übrigen gelten hier die Erwägungen zu C.IV.1.b.aa entsprechend.

⁴⁷⁸ Vgl. Brügge-meier, JZ 2000, 529, 533.

⁴⁷⁹ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 438 Rn. 22, der etwa die alte Rechtslage bezüglich des bisherigen § 477 unter Bezugnahme auf BGH, NJW 1984, 1750, fortschreibt.

⁴⁸⁰ In diese Richtung wohl auch der Hinweis in BT-Drucksache 14/6040, 248, auf die Seltenheit von geschlossenen Absatzsystemen für gebrauchte Sachen.

⁴⁸¹ Jud, ZfRV 2001, 201, 205; Oechsler, C § 2 Rn. 337 f.

⁴⁸² BT-Drucksache 14/6040, 247, 248.

das Kaufrecht verwiesen wird.

In diesem Fall könnte man anstatt eines „Verbrauchsgüterkaufs“ ein „Verbrauchsgütergeschäft“ annehmen, für das die Verweisung auf das Kaufrecht auch die Verweisung auf die §§ 474 ff. und damit auf die §§ 478, 479 bedeuten könnte.⁴⁸³ Von vornherein ausgeschlossen ist eine Anwendbarkeit der §§ 478, 479 trotz der grundsätzlichen Verweisung des § 453 auf das Kaufrecht nur bei Vorliegen eines „Verbraucher-Rechtskaufs“, da es bei § 478 I nur um den Verkauf körperlicher, beweglicher Sachen geht.

Bejaht man ansonsten die skizzierte Auslegung, ist weiter fraglich, ob die vorgeschalteten Verträge der Lieferkette ebenfalls durch Verweisungen auf das Kaufrecht von § 478 I erfasst werden können.

aa) Verträge iSd § 651

Diese Überlegungen haben auch praktische Relevanz, da es sich jedenfalls bei dem Vertrag zwischen dem Letztverkäufer und dem Lieferanten häufig etwa um einen Vertrag iSd § 651 handeln wird, für den auf das Kaufrecht verwiesen wird⁴⁸⁴.

Zumindest diesbezüglich hat man eine umfassende normative Verweisung auch auf § 478 I anzunehmen. Denn der deutsche Gesetzgeber wollte mit § 651 eine besondere Umsetzung des Art. 1 IV RL und damit auch des Art. 4 RL im Werkvertragsrecht vermeiden.⁴⁸⁵ Da es im Rahmen des § 651 nun grundsätzlich unerheblich ist, ob eine vertretbare oder unvertretbare Sache vorliegt⁴⁸⁶, beurteilt sich beispielsweise auch der Regress wegen mangelhafter Individualsoftware nach § 478 I⁴⁸⁷. § 651 S. 3 scheint angesichts des Art. 1 IV RL allenfalls dann bedenklich, wenn danach verbraucherschädliche Wirkungen eintreten können.⁴⁸⁸

bb) Verbleibende Werkverträge iSd § 631

Für die verbleibenden Werkverträge iSd § 631 existiert hingegen keine Verweisung auf das Kaufrecht bzw. auf § 478 I. Damit sind vom Regress nach § 478 I jedenfalls nicht reine Wartungs- oder Reparaturarbeiten erfasst⁴⁸⁹.

Eine andere Frage ist es, ob eine Erweiterung des § 474 I bzw. des § 478 I auf

⁴⁸³ Sehr weitgehend ist das Verständnis von den erfassten Verträgen etwa gemäß Art. 1519-bis Abs. 1 S. 2 des italienischen cod. civ.; ausführlich Eccher/Schurr, ZEuP 2003, 65, 70 – auch zur verwendeten Gesetzesfassung; dieselben, ebenda, 65 Fn. 6.

⁴⁸⁴ Palandt/Putzo, § 478 Rn. 1.

⁴⁸⁵ Vgl. zu § 651 BT-Drucksache 14/6040, 268; so schon Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 673 Fn. 65; Jud, ZfRV 2001, 201, 219.

⁴⁸⁶ Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 1 Rn. 13.

⁴⁸⁷ Kritisch Hassemer, ZGS 2002, 95, 102. Zur problematischen Verweisung des § 651 S. 2 näher etwa Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 651 Rn. 1, mit Hinweis auf BR-Drucksache 338/01 (Beschluss), 79; Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 856.

⁴⁸⁸ Vgl. die nicht immer klare Unterscheidung zwischen den bisherigen Werkverträgen nach deutschem Recht und der Vorgabe des Art. 1 IV RL bei Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 856; Hänlein, BB 1999, 1641, 1642; Rieger, VuR 1999, 287; Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 259; Schwartze, ZEuP 2000, 544, 552; Thode, ZfBR 2000, 363, 365, für die Erfassung von Werkverträgen über bewegliche Sachen; gegen eine Erfassung von Werkverträgen etwa Schlechtriem, ZSchwR, Band 118, 1999, I. Halbband, 335, 345; kritisch Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 651 Rn. 1 unter Verweis auf BR-Drucksache 338/01, 79.

⁴⁸⁹ Amtenbrink/Schneider, VuR 1996, 367, 369; vgl. auch Schwartze, ZEuP 2000, 544, 552.

Werkverträge iSd § 631 sinnvoll gewesen wäre. So enthält etwa der ins allgemeine Kaufrecht umgesetzte Art. 2 V RL werkvertragliche Elemente, wie die fehlerhafte Montage und –anleitung⁴⁹⁰. Für die Einbeziehung des Werkvertrages in die Rückgriffsregelung spricht ferner die zunehmend standardisierte Erbringung und Inanspruchnahme von Werkleistungen im Massengeschäft. Auch die Angleichung des Kauf- und Werkvertragsrechts sowie die Vermeidung von Abgrenzungsproblemen im Rahmen gemischter Verträge legen eine solche Ausdehnung nahe.⁴⁹¹ Darüber hinaus sind selbst im reinen Werkvertragsrecht „Regressfallen“ denkbar. Häufig ist ein Unternehmer mit seinem Vordermann nämlich gerade durch einen Werkvertrag verbunden⁴⁹², beispielsweise dann, wenn sich der Generalunternehmer eines Subunternehmers bedient. Sowohl im Verhältnis des Generalunternehmers zum Verbraucher als auch zum Subunternehmer kann in diesem Fall ein Werkvertrag vorliegen. Bei dieser Mehrheit von zusammenhängenden Werkverträgen können sich ähnliche Regressprobleme ergeben wie beim Verbrauchsgüterkauf, wenn der Verbraucher den Generalunternehmer in Anspruch nimmt und dieser wiederum Rückgriff beim Subunternehmer nehmen möchte.⁴⁹³ Denkbar ist weiter, dass auch dieser weitere Subunternehmer eingeschaltet hat. Dann liegt eine Kette vor, an deren Ende ein Verbraucher steht. Konkret ist der Bau eines Hauses vorstellbar, bei dem sich der Verbraucher an einen Fertighaushersteller wendet und das „Komplettpaket“ mit „Haus und Hof“ bzw. Grundstück erwirbt. Der Fertighaushersteller wird sich regelmäßig und standardisiert an sein Spezialistenportfolio wenden, wie den Garagenbauer, den Sanitärexperten und das Gartenbauunternehmen. Bei diesen sind weitere Subunternehmer denkbar.

Im Zusammenhang mit dem Werkvertragsrecht hielt man außerdem wenigstens die „Verjährungsfalle“ des Bauhandwerkers gegenüber dem Baustoff-Lieferanten für regelungsbedürftig (vgl. § 438 I Nr. 2 lit. b): Der Werkunternehmer sollte nicht einer fünfjährigen Verjährungsfrist nach § 634 a I Nr. 1 ausgesetzt bleiben, während er selbst nur die Frist des bisherigen § 477 hätte, also einer „Verjährungsschere“ von viereinhalb Jahren ausgesetzt wäre. Diese Vorschrift könnte auf ein grundsätzliches, umfassendes Bedürfnis nach einer Ausdehnung der Rückgriffsregeln auf das Werkvertragsrecht hindeuten.⁴⁹⁴ Aus ihr könnte jedoch umgekehrt auch zu folgern sein, dass der deutsche Gesetzgeber solche Rückgriffsfragen im Werkvertragsbereich allgemein gesehen hat, aber nur dieses Problem für regelungsbedürftig hielt⁴⁹⁵. Hier ist insofern auch von Bedeutung, dass § 478, anders als § 933 b ABGB etwa, den Regress auf den Letztverkauf einer beweglichen Sache beschränkt. Damit wird dem Bauhandwerker ein Regress wegen fehlerhafter Bauteile nach der speziellen Rückgriffshilfe des § 478 I also genommen.

In Österreich hat man sich dagegen klar für eine Erfassung der Werkverträge durch die besondere Regressvorschrift des § 933 b ABGB entschieden. Dort sind nämlich nach

⁴⁹⁰ Lehr/Wendel, EWS 1999, 321, 322 und dort auch Fn. 7.

⁴⁹¹ Vgl. GewRÄG-E, 41.

⁴⁹² Koller/Roth/Zimmermann, 84.

⁴⁹³ Vgl. Jud, ZfRV 2001, 201, 218; Reischauer, JBI 2002, 137, 159.

⁴⁹⁴ Vgl. Medicus, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 219, 223, 228; GewRÄG-E, 39, 41; Jud, ZfRV 2001, 201, 218; Reischauer, JBI 2002, 137, 159 und dort speziell auch Fn. 170; näher F.I.3.b.aa sowie F.I.4.b.

⁴⁹⁵ Näher F.I.3.b.aa.

§ 1167 ABGB bei „Mängeln des Werkes... die für entgeltliche Verträge überhaupt geltenden Bestimmungen (§§ 922 bis 933 b [ABGB])“ anzuwenden. Das neue österreichische Gewährleistungsrecht, samt besonderer Rückgriffsregelung des § 933 b ABGB, erfasst also Kauf- und Werkverträge – auch wenn es um die Herstellung einer unbeweglichen Sache geht.⁴⁹⁶

cc) Der Tausch gemäß § 480

Da § 480 für den Tausch ebenfalls eine Verweisung auf das Kaufrecht enthält, könnte auch hier gegebenenfalls auf die §§ 478, 479 verwiesen werden. Die RL selbst regelt zwar weder den Tausch noch sieht sie dafür einen Regress vor. Gegen eine nationale Rückgriffsregelung wird aber nichts einzuwenden sein⁴⁹⁷. Es wird allerdings selten vorkommen, dass ein Verbraucher mit einem Unternehmer einen Tausch abschließt und sodann die §§ 474 ff. praktische Bedeutung erlangen. Vielmehr werden regelmäßig Privatpersonen einen Tausch vornehmen.⁴⁹⁸

Hält man es jedoch für das Ziel des auf der RL beruhenden Verkäuferrückgriffs, dem im Rahmen eines Verbrauchsgüter-„Vertrages“ in Anspruch genommenen „Letztverkäufer“ die gleichen Rechte wie dem Verbraucher zu gewähren, so wäre es konsequent, die vom Wortlaut des § 480 mögliche Geltung der §§ 478, 479 auch im Rahmen eines „Letzttauscherregresses“ anzuerkennen.

§ 480 ist wie § 651 eine Verweisung auf das Kaufrecht, so dass die Wahl der selben Mittel für eine Anwendung des Verkäuferrückgriffs im Rahmen des Tausches spricht. Zwar ist § 651 durch Art. 1 IV RL notwendig. Dies spricht aber noch nicht dafür, die Verweisung in § 480 anders als § 651 zu verstehen. Immerhin wird wohl auch nach der RL der Kauf gegen Inzahlungnahme als „Kaufvertrag“ erfasst sein⁴⁹⁹. Nimmt man einen „Verkäuferregress“ im Rahmen des Tausches an, so ist ohnehin nur der bestimmte Fall des Tausches erfasst ist, indem eine „neu hergestellte“ Sache vom Hersteller bis zum Verbraucher weitergereicht worden ist.

2. Der Lieferant im Sinne des § 478 I als Regressschuldner

a) Beschränkung des tauglichen Lieferanten auf den Unternehmer

Der Regressschuldner des Letztverkäufers ist nach der Legaldefinition des § 478 I der „Lieferant“. Dies ist also der Unternehmer, der dem Letztverkäufer die neu hergestellte Sache verkauft hatte, bevor dieser sie wiederum an den Verbraucher weiterverkauft hat.⁵⁰⁰ Dass der Lieferant Unternehmer sein muss, ergibt sich aus systematischer Sicht

⁴⁹⁶ Jud, ZfRV 2001, 201, 219.

⁴⁹⁷ Vgl. Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 281, 311 zu den Verweisungsmöglichkeiten auf die Regressregeln.

⁴⁹⁸ Der praktisch relevante Fall eines möglichen „Verbrauchsgütertausches“, die Inzahlungnahme eines Gebrauchtwagens, ist unabhängig von der sehr fraglichen Einordnung als Tauschvertrag (Ersetzungsbefugnis an Erfüllung statt nach BGHZ 89, 126, 128, also Kommissionsgeschäft nach Bändenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 480 Rn. 2; gemischter Vertrag nach Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 430) im Rahmen des § 478 I wegen dessen Beschränkung auf „neu hergestellte Sachen“ hier ohnehin nicht bedeutsam.

⁴⁹⁹ Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 1 Rn. 5.

⁵⁰⁰ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1394 und dort speziell Fn. 41. Dies steht auch grundsätzlich im Einklang mit Art. 4 S. 2 RL, wonach der deutsche Gesetzgeber den Adressaten des

auch aus dem Wortlaut der §§ 478 V, 479 III⁵⁰¹.

Nach dem Wortlaut des Art. 4 S. 2 RL ist die Beschränkung des § 478 I hinsichtlich des tauglichen Rückgriffsschuldners auf Unternehmer möglich. Dadurch ist allerdings eine erste denkbare „Regressfalle“ für den Letztverkäufer geschaffen worden. Ein Verkäuferrückgriff gegenüber dem privaten Verkäufer, dem Verbraucher, ist somit nämlich nicht nach § 478 I durchführbar. Häufig scheidet ein Rückgriff in den Fällen, in denen der Lieferant ein Verbraucher ist, zwar schon an der Beschränkung des § 478 I auf „neu hergestellte Sachen“⁵⁰². Etwas anderes könnte sich allerdings dann ergeben, wenn man §§ 478, 479, wie dies die RL für einen effektiven Regress fordert, auf gebrauchte Sachen ausdehnt⁵⁰³.

Nach dem Wortlaut des Art. 4 RL könnte aber möglicherweise auch ein Verbraucher ein Verkäufer-Glied der Vertragskette und daher ein potentieller Regressschuldner sein⁵⁰⁴. Der Verbraucherbegriff des Art. 1 II lit. a RL verlangt nur eine „natürliche Person, die im Rahmen der unter diese Richtlinie fallenden Verträge zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.“

Es ist allerdings nicht Sinn und Zweck der RL, durch Art. 4 RL eine verschärfte Verbraucherhaftung im Rahmen des Letztverkäuferrückgriffs einzuführen⁵⁰⁵. Im Gegenteil: Der Verbraucher sollte nicht nur allgemein durch die RL, sondern nach einer Ansicht gerade auch durch Art. 4 RL geschützt werden, indem man ihm einen solventeren Letztverkäufer verspricht⁵⁰⁶. Schon der Gesetzeszweck lässt somit eine denkbare Analogie ausscheiden⁵⁰⁷. Außerdem ist der Regress des Art. 4 RL nur ein „Reflex“⁵⁰⁸ der zwingenden Verbraucherrechte zugunsten des Letztverkäufers. Dazu kommt auch die Erwägung des deutschen Gesetzgebers, dass der Letztverkäufer die Sache grundsätzlich innerhalb geschlossener Absatzsysteme und damit von Zwischen- und Großhändlern, nicht aber von Verbrauchern bezieht⁵⁰⁹.

Es drohen durch die Einschränkung des tauglichen Regressschuldners auf den Unternehmer jedoch möglicherweise Umgehungsgeschäfte durch den Letztverkäufer, der die mangelnden Rückgriffsmöglichkeiten nicht allein tragen will. Dieser könnte etwa provoziert werden, sich auf die Rolle eines Vermittlers zu beschränken, so dass sich nur ein privater Verkäufer und ein privater Käufer gegenüber stünden. Dem privaten

Verkäuferregresses wählen kann; Jud, ÖJZ 2000, 661, 664.

⁵⁰¹ Vgl. auch Jud, ZfRV 2001, 201, 206 Fn. 54 und zum Unternehmerbegriff schon C.IV.1.a.aa. und C.IV.1.a.cc.bbb.

⁵⁰² Insbesondere bei der Inzahlungnahme von Gebrauchtwagen oder dem „second hand“-Geschäft liegen naturgemäß gebrauchte Sachen vor.

⁵⁰³ Zu letzterem C.IV.3.b; vgl. zu den dann wichtigeren Problemen Brüggemeier, JZ 2000, 529, 533.

⁵⁰⁴ Fischer-Czermak, 14. ÖJT Bd. II/2, 46; in diese Richtung auch Augenhöfer, JBl 2001, 82, 89.

⁵⁰⁵ GewRÄG-E, 39; Fischer-Czermak, 14. ÖJT Bd. II/2, 46; Kathrein, 14. ÖJT Bd. II/2, 46; vgl. auch Jud, ZfRV 2001, 201, 206 und die Hinweise in Fn. 55.

⁵⁰⁶ Micklitz, EuZW 1997, 229, 233; auch W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 233, erkennt ein Ziel des Art. 4 RL in einem mittelbaren Verbraucherschutz; Schäfer/Pfeiffer, ZIP 1999, 1829, 1837, sieht in der RL sogar generell die Intention, den Verbraucher auf Kosten des Handels und der Hersteller zu entlasten. Nach GewRÄG-E, 38, soll Art. 4 RL jedenfalls dadurch zu einer Begünstigung des Verbrauchers führen, dass ihn der Letztverkäufer in dem Bewusstsein der Regressmöglichkeit bedient.

⁵⁰⁷ Vgl. Matthes, NJW 2002, 2505, 2506 Fn. 3.

⁵⁰⁸ Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2563.

⁵⁰⁹ BT-Drucksache 14/6040, 248; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 951.

Verkäufer können in diesem Fall nach § 474 die neuen Verbraucherrechte nicht entgegengehalten werden und der Unternehmer wäre kein „Letztverkäufer“.

Zu beobachten ist dieses Verhalten grundsätzlich z.B. im Internet, wo der Unternehmer durch seinen Bekanntheitsgrad zwar eine Sogwirkung zu seinen Portalen bzw. Internetseiten schafft, sich aber zugleich geschickt darin versucht, lediglich eine Vermittlungs- und Abrechnungsstelle zwischen den privaten Kaufvertragsparteien einzunehmen. Dabei kann es sich prinzipiell sowohl um nur dem Namen nach existierende „Auktionen“ als auch um „normale“ Kaufgeschäfte handeln. Denkbar sind solche Geschäfte auch bei der Inzahlungnahme eines Autos von einem Privaten durch einen Unternehmer, wenn dieses anschließend wieder an einen Verbraucher verkauft werden soll und wird⁵¹⁰.

Die Frage, die man sich in diesen Fällen stellen muss, ist, ob der Unternehmer nicht der eigentliche „Zwischenkäufer“ ist und daher nach den §§ 474 ff. zu haften hat.

Wie soeben angedeutet, wird der Letztverkäufer zu einem solchen „Umgehungsverhalten“ zwar schon dadurch animiert, dass ein Rückgriff in den Fällen, in denen der Lieferant ein Verbraucher ist, bereits an der Beschränkung des § 478 I auf „neu hergestellte Sachen“⁵¹¹ scheitert. Etwas anderes könnte sich allerdings dann ergeben, wenn man die §§ 478, 479, wie dies die RL für einen effektiven Regress fordert, auf gebrauchte Sachen ausdehnt⁵¹².

Maßstab für eine an den §§ 474 ff. ausgerichtete haftungsrechtliche Anknüpfung an den Unternehmer ist jedenfalls § 475 I 3, wonach die Regeln über den Verbrauchsgüterkauf auch bei Umweggeschäften unabdingbar sind.⁵¹³

Schon bei diesem Sonderproblem wird mithin deutlich, welche Schwierigkeiten bei großen Unterschieden in der rechtlichen Behandlung von Verbraucherkaufproblemen und von allgemeinem Kauf auftreten können⁵¹⁴.

b) Systematische Auslegung des Lieferantenbegriffs des § 478 I nach Maßgabe des Vertragskettenbegriffs im Sinne des Art. 4 S. 1 RL

aa) Einheit der Gemeinschaftsrechtsordnung

aaa) Allgemeine Orientierung an der Produkthaftungs- sowie der Produktsicherungsrichtlinie

(1) Die Mangelhaftigkeit nationaler Auslegungshilfen für den allgemeinen Lieferantenbegriff des § 478 I

Die Legaldefinition des § 478 I gibt neben dem Erfordernis der Unternehmer-Eigenschaft keine weiteren Hinweise auf die Fallgruppen eines „Lieferanten“.

Wie sich systematisch aus den §§ 478 V, 479 III ergibt, ist jedenfalls jeder „übrige

⁵¹⁰ Brüggemeier, JZ 2000, 529, 533.

⁵¹¹ Insbesondere bei der Inzahlungnahme von Gebrauchtwagen oder dem „second hand“-Geschäft liegen naturgemäß gebrauchte Sachen vor.

⁵¹² Zu letzterem C.IV.3.b; vgl. zu den dann wichtigeren Problemen Brüggemeier, JZ 2000, 529, 533.

⁵¹³ Westermann, JZ 2001, 530, 542.

⁵¹⁴ Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 254, 264 f. und vor allem derselbe, JZ 2001, 530, 542; Reinking, DAR 2001, 8, 9 f.

Verkäufer“ in der „Lieferkette“ tauglicher Regressschuldner iSd § 478 I. Voraussetzung dafür ist nur, dass er unmittelbarer Vertragspartner des Letztverkäufers ist. Da aber auch hier nähere Eingrenzungen fehlen, bleibt durch den Rückgriff nach §§ 478, 479 das Verhältnis zwischen den einzelnen Kettengliedern insoweit nur im Ansatz geregelt⁵¹⁵. Eine genauere Festlegung bereitet wegen der zahlreich denkbaren Konstellationen zudem Schwierigkeiten⁵¹⁶.

Es ist jedoch immerhin vorstellbar, dass über den Zwischen- bzw. Großhändler und den Hersteller eines Endproduktes hinaus weitere Personen als „Lieferanten“ iSd § 478 I in Betracht kommen.

Gleichwohl ist fraglich, welche Auslegungshilfen zu deren Bestimmung genutzt werden können. Die nationale Rechtsordnung kommt nur bedingt in Frage, denn § 434 I 3 etwa, definiert zwar den Hersteller im Rahmen der Letztverkäuferhaftung, bezieht sich aber nicht ausdrücklich auf den zumindest auch den Händler erfassenden Lieferantenbegriff iSd § 478 I (eine ganz andere Frage ist es indessen, ob § 434 I 3 für den Unterfall des Herstellerbegriffs im Rahmen des § 478 I heranzuziehen ist).

Entsprechendes gilt im Rahmen der Verweisung des § 434 I 3 auf § 4 I, II ProdHaftG. Da es im Rahmen des § 434 I 3 und seiner Verweisung also nur um den Herstellerbegriff und nicht auch um den allgemeineren Lieferantenbegriff des § 478 I geht, muss hier ferner eine dann noch im Zusammenhang mit dieser Verweisung denkbare Berücksichtigung des Lieferantenbegriffs des § 4 III ProdHaftG ausscheiden.

Gegen die komplette Übernahme irgendeiner nationalen Bestimmung, insbesondere des § 4 III ProdHaftG, spricht darüber hinaus, dass § 478 I eine eigenständige Legaldefinition für den Begriff des „Lieferanten“ bietet. Damit wollte der deutsche Gesetzgeber offensichtlich zum Ausdruck bringen, dass gerade kein anderer, schon bestehender Lieferantenbegriff, unbesehen übernommen werden soll.

Der Lieferantenbegriff des § 478 I kann somit direkt weder aus § 4 III ProdHaftG noch aus sonstigen nationalen Vorschriften folgen.

(2) Die Suche nach europäischen Auslegungshilfen

Aufgrund der mangelhaften nationalen Auslegungsstützen ist für den Lieferantenbegriff des § 478 I vor allem nach solchen der RL zu suchen. Dort finden sich in Art. 1 II lit. c und d RL Begriffe für den Hersteller und den Verkäufer. Daneben kann für die Vertragsbeziehung des Letztverkäufers zum Lieferanten und damit möglicherweise auch für dessen nähere Bestimmung, der erweiterte Begriff des „Verbrauchsgüterkaufvertrages“ nach Art. 1 IV RL Bedeutung erlangen.

Da allerdings schon die Regressnorm des Art. 4 S. 1 RL selbst für den oder die Rückgriffsschuldner die Beteiligung an der „Vertragskette“ vorsieht, ist vorrangig daran anzuknüpfen. Denn die sonstigen Vorgaben des Art. 4 S. 1 RL besagen nur, dass der Haftende oder die Haftenden „innerhalb der Vertragskette“ stehen muss bzw. stehen müssen. Dies hat nicht zwingend der Verkäufer oder der Hersteller gerade iSd eben herangezogenen und vermeintlich einschlägigen Art. 1 II lit. c, d RL zu sein.

⁵¹⁵ Insoweit bleibt der weite Spielraum des Art. 4 RL, wie von Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672, befürchtet, auch nach der Umsetzung als Auslegungsspielraum erhalten.

⁵¹⁶ Oetker/Maultzsch, 187.

Ausgangspunkt für den damit relevanten Begriff der „Vertragskette“ des Art. 4 RL ist die französische „chaîne contractuelle“ im Rahmen der dortigen Herstellerhaftung. Von entscheidender Bedeutung ist, dass dieses Institut schon für Art. 2 lit. d Lemma 3 und lit. e der Richtlinie 92/59/EWG des Rates über die allgemeine Produktsicherheit⁵¹⁷ wegweisend war. Da also auch dort ein „Kettengedanke“ maßgebend ist, deutet dies jedenfalls grundsätzlich darauf hin, dass sich Art. 4 RL auf einen einheitlichen, gemeinschaftsrechtlichen Begriff der Vertragskette und damit auch der möglichen Haftungsadressaten innerhalb der Absatzkette bezieht.⁵¹⁸

Zusätzlich wird diese Überlegung dadurch unterstützt, dass nach dem Selbstverständnis der RL insbesondere auch die Richtlinie 85/374/EWG über fehlerhafte Produkte⁵¹⁹ zu berücksichtigen ist⁵²⁰. Auch sie geht hinsichtlich der möglichen Haftungsadressaten von einem gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund aus⁵²¹.

Diese Erkenntnisse führen dazu, dass für Art. 4 RL ein einheitlicher, gemeinschaftsrechtlicher Begriff hinsichtlich der potentiellen Regressschuldner gilt. Wie hergeleitet, muss sich daran mangels nationaler Auslegungshilfen auch § 478 I orientieren.

Aus diesem Ergebnis folgt, dass der gemeinschaftsrechtliche Effektivitätsgrundsatz und die „Systematik des Gemeinschaftsrechts“ einen weiten Lieferantenbegriff gebieten⁵²².

bbb) Notwendige Anpassungen und Abweichungen für den Verkäuferregress des Art. 4 RL

Mit der Maßgeblichkeit eines gemeinschaftsrechtlichen Haftungsbegriffs für § 478 I muss dort noch nicht zwingend etwa der Lieferanten- bzw. Herstellerbegriff des Art. 3 ProdHaftRL (§ 4 ProdHaftG)⁵²³ oder der des Art. 2 ProdSRL gelten. Denn selbst wenn man diese Richtlinien grundsätzlich wegen des Vertragskettenbegriffs des Art. 4 S. 1 RL zu berücksichtigen hat, bedeutet dies nicht, dass deren Aussagen ohne Abweichungen oder Anpassungen an die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie oder deren Umsetzung zu übernehmen wären. Dies resultiert schon daraus, dass auch die ProdHaftRL und die ProdSRL teilweise unterschiedliche Haftungsadressaten⁵²⁴ und

⁵¹⁷ ABIEG L 228, 24 vom 29.6.1992; abgedruckt etwa bei Klindt, ProdSG, Anhang, 201 ff., 206; fortan: ProdSRL bzw. Produktsicherungsrichtlinie.

⁵¹⁸ Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 670.

⁵¹⁹ ABIEG L 210, 29 vom 25.7.1985; im Folgenden: Produkthaftungsrichtlinie bzw. ProdHaftRL.

⁵²⁰ Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Präambel Rn. 3 Lemma 7, mit Hinweis in Fn. 5 auf die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und –garantien“, ABIEG C 66/5 vom 3.3.1997; ferner Rn. 7.

⁵²¹ Vgl. Taschner/Frietsch, § 4 ProdHaftG Rn. 1, 22, 63 f; Art. 3 ProdHaftRL Rn. 23.

⁵²² Vgl. Micklitz, EuZW 1997, 229, 236 und vor allem Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 670, der auch auf die weitreichende Aufzählung der möglichen Haftungsverursacher und –adressaten in Art. 4 S. 1 RL und auf Beaumart, 68-84 hinsichtlich des weiten Verständnisses der „chaîne contractuelle“ hinweist.

⁵²³ So aber Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 670, mit Verweisen in Fn. 18 auf Micklitz, EuZW 1999, 485, auf die Gegenansicht nach Lodolini, E.dir.priv. 1999, 1275, 1283 sowie in Fn. 17, hinsichtlich der „chaîne contractuelle“, auf Beaumart, 68-84.

⁵²⁴ Beispielsweise ist der Zulieferer nach Art. 3 I ProdHaftRL als Hersteller erfasst, nicht aber nach Art. 2 lit. d ProdSRL. Entsprechende Abweichungen ergeben sich dort auch für den Begriff des Lieferanten nach Art. 3 III ProdHaftRL einerseits und den des Händlers gemäß Art. 2 lit. e ProdSRL andererseits. Diese Differenzen existieren aber nur wegen der verschiedenen Regelungsbereiche der

Regelungsziele haben.

Diese verschiedenen Regelungsanliegen gebieten es aber andererseits nur, entsprechende Abweichungen bzw. Anpassungen eines grundsätzlich einheitlichen, gemeinschaftsrechtlichen Haftungsbegriffs vorzunehmen. Für den Verkäuferregress des Art. 4 RL ergibt dies, dass vor allem der Vertriebsweg beim Verbrauchsgüterkaufvertrag im Gegensatz zu dem von den erwähnten Richtlinien vorrangig zu beachtenden Herstellungsprozess Bedeutung erlangt. Prinzipiell erhalten bleibt aber gerade das weite Verständnis von den Haftungsadressaten.

Daraus folgt, dass von einem gemeinschaftsrechtlichen Lieferantenbegriff nach Maßgabe des Vertragskettenbegriffs iSd Art. 4 S. 1 RL nur soweit notwendig abgewichen werden darf, aber auch muss.

bb) Die punktuelle Ergänzungsfunktion von nationalen Vorgaben wie § 434 I 3, Produkthaftungsgesetz und Produktsicherungsgesetz

Bei den vom gemeinschaftsrechtlichen Lieferantenbegriff unter Umständen erforderlichen Abweichungen kommen dann als Auslegungshilfen auch wieder die punktuell einschlägigen deutschen Umsetzungen der erwähnten Richtlinien in Betracht.

Neben dem Gesetz zur Regelung der Sicherheitsanforderungen an Produkte und zum Schutz der CE-Kennzeichnung⁵²⁵ und dem ProdHaftG erlangt für Einzelaspekte des § 478 I somit erneut der Verweis des § 434 I 3 auf § 4 I und II ProdHaftG Bedeutung.

c) Lieferanten-„Verkäufer“ im Gegensatz zum „bloßen“ Lieferanten im Sinne des § 4 III ProdHaftG bzw. des Art. 3 III ProdHaftRL

Eine erste Konsequenz der soeben dargelegten Auslegungsgrundsätze besteht für § 478 I darin, dass der Lieferantenbegriff, anders als § 4 III ProdHaftG bzw. Art. 3 III ProdHaftRL, nicht losgelöst von dem Vertragstyp zu betrachten ist, der beim Verhältnis des Letztverkäufers zum „Lieferanten“ vorliegt.

Denn während § 4 III ProdHaftG bzw. Art. 3 III ProdHaftRL auf die durch ein Produkt „zufällig“ bewirkte Schadenshaftung bei einem Dritten abstellen, es daher nur überhaupt auf die „Lieferung“ einer Sache ankommt⁵²⁶, ist § 478 I nach der dortigen Legaldefinition („der ihm die Sache verkauft hatte (Lieferant)“) hinsichtlich der „Lieferungshintergründe“ auf den Fall eines „Kaufvertrages“ zwischen dem Letztverkäufer und dem Lieferanten beschränkt.

Diese Unterscheidung findet ihre Rechtfertigung ferner darin, dass der Lieferantenbegriff des § 4 III ProdHaftG bzw. des Art. 3 III ProdHaftRL auf den allgemeinen Erwägungen der Produkthaftungsrichtlinie beruht. Diese beziehen sich im Gegensatz zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vor allem auf die Haftung des Herstellers und nicht auf die der einzelnen Vertriebsstufen oder eine spezielle kaufrechtliche Gewährleistungshaftung. Es werden dort also vielmehr nur begrenzte Teile der Absatzkette von einer möglichen Haftung erfasst. Die Produkthaftungsrichtlinie geht ansonsten nur von einer subsidiären

Richtlinien.

⁵²⁵ Vom 22.4.1997, BGBl. I, 934, zuletzt geändert am 11.10.2002, BGBl. I, 3970; im Folgenden: ProdSG.

⁵²⁶ Unabhängig vom Vertrag zwischen dem Letztverkäufer und dem Lieferanten ist daher auch der Handwerker, Leasinggeber oder Vermieter in diesem Sinne „Lieferant“; Taschner/Frietsch, Art. 3 ProdHaftRL Rn. 26 sowie § 4 ProdHaftG Rn. 71-73.

Haftung des Lieferanten aus und sieht diese vor allem lediglich als „Druckmittel“ zur weiteren Verursacheraufklärung an.⁵²⁷

d) Lieferanten-Fallgruppen

aa) Der Hersteller-Lieferant als Ausgangspunkt der Betrachtung

Art. 4 RL geht davon aus, dass Sachen vom Hersteller über den Letztverkäufer zum Verbraucher wandern. Dies folgt neben der Entstehungsgeschichte, wonach anfänglich vor allem auf eine Herstellerhaftung abgestellt wurde⁵²⁸, auch aus der Verursacheraufzählung in Art. 4 RL. Regelmäßig besteht dieser Lieferweg der Kaufsache vom Hersteller bis zum Verbraucher zwar aus mehreren Vertriebsstufen und damit aus mehreren Händlern⁵²⁹. Oftmals bedarf es für den Warenabsatz jedoch nur der Einschaltung eines einzigen Händlers, also des Letztverkäufers. Damit ist im Minimalfall einer „Vertragskette“ zunächst der Hersteller-Verkäufer eine denkbare, konkrete Ausprägung des Lieferantenbegriffs des § 478 I. Eine andere Frage ist es, was genau unter einem „Hersteller“ zu verstehen ist.

aaa) Der Endproduktehersteller

Nach Art. 1 II lit. d RL ist Hersteller zunächst, wer Verbrauchsgüter herstellt. Aufgrund der weiten Definition des „Verbrauchsguts“ (vgl. Art. 1 II lit. b RL) ist damit auch bei § 478 I jedenfalls der Hersteller eines Endproduktes iSd nationalen Auslegungshilfe des § 434 I 3 iVm § 4 I ProdHaftG⁵³⁰ erfasst. Da dieser Endproduktehersteller⁵³¹ weder durch Artt. 4, 1 II lit. d RL noch durch § 4 I ProdHaftG (bzw. Art. 3 I ProdHaftRL) auf eine Person mit Sitz in der Gemeinschaft beschränkt wird, ist hier auch eine entsprechend letztverkäuferfeindliche Einschränkung in Art. 2 lit. d Lemma 1 ProdSRL unbeachtlich. Aus praktischer Sicht kann sie aber aus Erwägungen des Internationalen Privatrechts erfolgen⁵³². Unerheblich für die Lieferantenqualität iSd § 478 I ist, welche Herstellungsart gewählt wurde⁵³³. Allerdings folgt schon aus dem gemeinschaftsrechtlichen Verständnis vom Hersteller, dass dieser eigenverantwortlich gehandelt haben muss und für seine abhängigen Mitarbeiter, Arbeitnehmer, etc. haftet⁵³⁴. Nach der Wertung des Art. 2 lit. d Lemma 1 ProdSRL ist Hersteller, wer ein (gebrauchtes) Produkt wiederaufbereitet⁵³⁵. Ebenso ist aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive der so genannte „Assembler“ erfasst, der die Zulieferprodukte lediglich

⁵²⁷ Vgl. zu diesen Zielsetzungen der ProdHaftRL sowie des diese umsetzenden ProdHaftG Taschner/Frietsch, Art. 3 ProdHaftRL Rn. 23 und insbesondere § 4 ProdHaftG Rn. 1, 22, 63 f.

⁵²⁸ Da der Mangel regelmäßig im Herstellungsprozess entsteht, sollte nämlich gerade der Hersteller schon seit dem Grünbuch im Rahmen eines Verbraucher- oder Verkäuferregresses belangt werden können; B.II.2.a.

⁵²⁹ Brox, § 7. Besondere Arten des Kaufs, Rn. 13.

⁵³⁰ Zur Frage, ob auch der Hersteller von Teilprodukten erfasst ist vgl. C.IV.2.d.aa.bbb.

⁵³¹ Dieser wird auch unter dem Begriff original equipment manufacturer (OEM) geführt; Wagner/Neuenhahn, ZGS 2002, 395, 396 Fn. 2.

⁵³² M.II.

⁵³³ Graf von Westphalen/Graf von Westphalen, Produkthaftungshandbuch, § 75 Rn. 10, in bezug auf das ProdHaftG.

⁵³⁴ Graf von Westphalen/Graf von Westphalen, Produkthaftungshandbuch, § 75 Rn. 6.

⁵³⁵ Klindt, § 3 ProdSG Rn. 7.

zusammenfügt⁵³⁶. Schwieriger ist der Bereich der nur immateriellen „Herstellung“ eines Produkts oder der Fall, bei dem Produkt und Dienstleistung gemeinsam angeboten werden. Man kann hier einerseits ein gewisses, sich materialisierendes konstruktives Produktionselement erfordern.⁵³⁷ Andererseits liegt es im Rahmen eines weiten Haftungsbegriffs nahe, lediglich zu verlangen, dass am Ende der Betätigung eines „Herstellers“ überhaupt ein greifbares Produkt steht. Entsprechend wären dann auch Lizenz- und Franchisegeber, Konstrukteure, Architekten oder Softwarehäuser Hersteller.⁵³⁸ Zu beachten ist jedenfalls, dass nach § 478 I ohnehin die weiteren Einschränkungen auf den Verkauf einer neu hergestellten, *beweglichen* Sache gelten⁵³⁹.

bbb) Der Zulieferer - Herleitung der „Lieferanten“-Qualität

Von besonderer wirtschaftlicher Relevanz ist, ob auch der „Zulieferer“ tauglicher Regressschuldner iSd § 478 I ist⁵⁴⁰. Denn damit wären ganz andere Haftungsebenen eröffnet, die unter anderem dazu führen könnten, dass der Produzent eines kleinen Bauteils für eine hochwertige Sache einzustehen hätte⁵⁴¹.

(1) Innere Systematik des Kaufrechts

Die Erfassung des Zulieferers könnte durch § 434 I 3 iVm § 4 I, II ProdHaftG geboten sein, wonach auch der Hersteller von Teilprodukten und Grundstoffen „Hersteller“ ist⁵⁴². Dafür spricht zunächst die innere Systematik des deutschen Kaufrechts, auf der § 478 I aufbaut. Hinzu kommt, dass sich der Lieferantenbegriff, wie hergeleitet, prinzipiell an einem einheitlichen gemeinschaftsrechtlichen Herstellerbegriff zu orientieren hat. Hier ist zum einen von Bedeutung, dass die Verweisung des § 434 I 3 auf § 4 I und II ProdHaftG nach der Vorstellung des deutschen Gesetzgebers grundsätzlich gerade dem Herstellerbegriff des Art. 1 II lit. d RL entspricht⁵⁴³: Art. 1 II lit. d RL soll § 4 I und II ProdHaftG (bzw. Art. 3 ProdHaftRL) sogar nachgebildet worden sein⁵⁴⁴. Zum anderen beruht § 4 ProdHaftG wiederum auf Art. 3 ProdHaftRL. Letzterer geht von einem „lückenlosen Haftungsnetz“ aus, das eine großzügige Auslegung hinsichtlich der möglichen Haftungsadressaten verlangt.⁵⁴⁵ Damit geht der deutsche Gesetzgeber sowohl

⁵³⁶ Klindt, § 3 ProdSG Rn. 5; Taschner/Frietsch, § 4 ProdHaftG Rn. 20; Graf von Westphalen/Graf von Westphalen, Produkthaftungshandbuch, § 75 Rn. 15; Micklitz, EuZW 1997, 229, 236, unter Hinweis auf die Ansicht der Kommission und in Fn. 116 auf Schnyder/Straub, ZEuP 1996, 8, 49 ff.; vgl. andererseits auch Oetker/Maultzsch, 188.

⁵³⁷ In diese Richtung Taschner/Frietsch, § 4 ProdHaftG Rn. 13, 15.

⁵³⁸ Graf von Westphalen/Graf von Westphalen, Produkthaftungshandbuch, § 75 Rn. 7-9.

⁵³⁹ Vgl. auch Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 1 Rn. 13.

⁵⁴⁰ Dafür etwa Heß, NJW 2002, 253, 259; Ball, ZGS 2002, 49, 52; Graf von Westphalen, Allgemeine Einkaufsbedingungen nach neuem Recht, 125; derselbe, Allgemeine Verkaufsbedingungen nach neuem Recht, 131; derselbe, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Teil Vertragsrecht, Verjährungsklauseln, Rn. 11.

⁵⁴¹ Die ersten Wirtschaftsbeteiligten, die diese Frage etwa für den Jahresabschluss des Zulieferers und etwaige Rückstellungen beantworten mussten, waren Wirtschaftsprüfer; Wagner/Neuenhahn, ZGS 2002, 395, 396 Fn. 6.

⁵⁴² Vgl. dazu schon BT-Drucksache 14/6857, 58 f.

⁵⁴³ BT-Drucksache 14/6040, 214.

⁵⁴⁴ Lehr/Wendel, EWS 1999, 321, 324; ablehnend aber BT-Drucksache 14/6857, 25; Weiler, WM 2002, 1784, 1788 Fn. 33.

⁵⁴⁵ Vgl. zu diesen Zielsetzungen der ProdHaftRL sowie des diese umsetzenden ProdHaftG

im deutschen als auch im europäischen Kaufrecht grundsätzlich von nur einem - weiten - Herstellerbegriff aus, der sich vorrangig an § 434 I 3 orientieren soll.⁵⁴⁶ Daran ändert nichts, dass der Herstellerbegriff des § 434 I 3 nur im Rahmen der Haftung für öffentliche Äußerungen iSd § 434 I 3 zur Anwendung kommt⁵⁴⁷. Dies folgt schon daraus, dass §§ 478, 479 jede aus einem Verbrauchsgüterkauf veranlasste Haftung weiterleiten helfen sollen. Außerdem weist der deutsche Gesetzgeber gerade im Rahmen des Verkäuferregresses auf die große Bedeutung des allgemeinen, einheitlichen Mangelbegriffs hin.⁵⁴⁸ Da § 434 I 3 Teil des allgemeinen Kaufrechts ist, „übernimmt“ man den Herstellerbegriff des § 434 I 3 also gar nicht in § 478 I, er gilt vielmehr ohnehin für jeden Käufer. Dies überwindet auch den Umstand, dass der Gesetzgeber im Rahmen der §§ 478, 479 nicht ausdrücklich von Teilprodukten redet.⁵⁴⁹

Man müsste also im Rahmen des § 478 I gerade ausdrücklich bestimmen, dass dort ein anderer Herstellerbegriff zu gelten hätte. Angesichts dieser Überlegungen reicht es dazu nicht aus, dass die §§ 478, 479 im Untertitel „Verbrauchsgüterkauf“ stehen⁵⁵⁰. Zwar geht es dort um die dem Verbraucher verkaufte Sache. Für den Verkäuferrückgriff gelten aber entscheidende Aussagen bzw. Vorschriften der §§ 474 ff. gerade nicht, wie beispielsweise die Anwendbarkeit auf gebrauchte Sachen, die Regelung über den Versandungskauf⁵⁵¹, § 477 und schon Teile der Grundnormen der §§ 474, 475.

(2) Wortlautauslegung

Der Ausschluss des Zulieferers vom Lieferantenbegriff könnte sich jedoch aus dem Wortlaut des § 478 ergeben. Zunächst kann dies daraus folgen, dass es sich nach den §§ 478 I, II, 479 II 1 jeweils um eine „neu hergestellte“⁵⁵² Sache oder nach den §§ 478 V, 479 III um die „jeweiligen Verkäufer“⁵⁵³ handeln muss. Dies übersieht jedoch, dass auch der Zulieferer eine Sache neu herstellt und „jeweilig“ verkauft⁵⁵⁴. Auch § 950 („Wer...herstellt“) kann insoweit nichts anderes gebieten⁵⁵⁵. Die Bezeichnung „jeweiliger Verkäufer“ bezieht sich nur auf die *entsprechende* Ausdehnung der eben zitierten Paragrafenkette und ist zumindest nicht eindeutig. Diese Überlegung wird dadurch gestützt, dass § 478 I auch bei den Verträgen iSd § 651 gilt. Denn spätestens bei zwei solchen aufeinanderfolgenden Verträgen handelte es sich sonst um „andere Sachen“ und ein Verkäuferregress müsste scheitern.⁵⁵⁶ Das Schicksal des Absatzweges ist am Anfang des Lieferweges auch ansonsten für die Anwendbarkeit des § 478 I irrelevant. Explizit

Taschner/Frietsch, Art. 3 ProdHaftRL Rn. 23 und insbesondere § 4 ProdHaftG Rn. 1, 22, 63 f.

⁵⁴⁶ BT-Drucksache 14/6857, 58.

⁵⁴⁷ So könnte man BT-Drucksache 14/6857, 59 verstehen.

⁵⁴⁸ BT-Drucksache 14/6040, 248.

⁵⁴⁹ Genau umgekehrt, ohne allerdings näher auf § 434 I 3 einzugehen, Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2565.

⁵⁵⁰ So aber Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2565 Fn. 40.

⁵⁵¹ D.I.2.

⁵⁵² So aber etwa Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 5; Wagner/Neuenhahn, ZGS 2002, 395, 397.

⁵⁵³ So aber Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2565.

⁵⁵⁴ Graf von Westphalen, Allgemeine Einkaufsbedingungen nach neuem Recht, 125, der zugleich auf die wahrscheinliche Gegenansicht von Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 49 verweist.

⁵⁵⁵ Vgl. Wagner/Neuenhahn, ZGS 2002, 395, 397, speziell zur Relevanz von § 950.

⁵⁵⁶ C.IV.1.c.aa; vgl. auch Jud, ZfRV 2001, 201, 219 und dort kritisch speziell in Fn. 188.

erwähnt dies der Gesetzgeber im Rahmen der Rügeobliegenheiten⁵⁵⁷. Im übrigen sprechen die §§ 478 V, 479 III nur davon, dass die Rückgriffsschuldner „Unternehmer“ und „Schuldner“ sein müssen. Bis hierher ist der Zulieferer nach dem Wortlaut der §§ 478, 479 folglich nicht vom Lieferantenbegriff ausgeschlossen⁵⁵⁸, insbesondere enthält er keine Beschränkung auf den Herstellerbegriff⁵⁵⁹. Selbst wenn dem so wäre, wäre damit noch nicht gesagt, was ein Hersteller ist.

Allerdings ist nach § 478 I erstens nur „die Sache“ (die der Letztverkäufer an den Verbraucher verkauft hat) und zweitens lediglich der Lieferant „der Sache“ erfasst.⁵⁶⁰ Der erste Hinweis bezieht sich aber nur auf die vom Letztverkäufer selbst verkaufte Sache, ohne eine Verbindung zum Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten aufzuweisen. Stichhaltiger ist der zweite Einwand, wo ein solcher Bezug dem Wortlaut nach hergestellt wird. Zugegebenermaßen lässt sich dieser nicht ohne weiteres erfolgreich umdeuten. Nach § 478 I liefert der Zulieferer tatsächlich nicht „die Sache“, die der Verbraucher später erwirbt.⁵⁶¹ Blicke es allein bei dieser letzten Wortlautauslegung, könnte man die Untersuchung möglicherweise hier abbrechen. Der Zulieferer wäre kein Lieferant iSd § 478 I. Dagegen spricht aber schon der systematische Bezug zu § 478 II. Dort wird für den Regress nur der „Verkauf *einer* neu hergestellten Sache“ verlangt. Der Zulieferer kann danach also ein Teilprodukt gefertigt haben, welches sich in dieser wiederfindet. Das in § 478 II weiter genannte Erfordernis, dass der vom Verbraucher geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Unternehmer vorhanden gewesen sein muss, kann ferner auch dann gewahrt sein, wenn dieser Mangel schon dem Zulieferprodukt anhaftet. Vor allem aber soll § 478 I auf den „in § 437 bezeichneten Ansprüche[n] und Rechte[n] des Unternehmers gegen den“ Lieferanten aufbauen und diese nicht einschränken. Diese hat der Letztverkäufer ohne weiteres jedoch prinzipiell auch gegen den Zulieferer.

(3) Die Bedeutung der Relativität der Schuldverhältnisse

Die Wortlautauslegung, speziell eine von mehreren, ist zudem nur ein gleichwertiges Instrument unter den übrigen Auslegungsmethoden⁵⁶². Aus einer Verbindung von systematischer und teleologischer Auslegung⁵⁶³ könnte sich deshalb konkret auch dann etwas anderes ergeben, wenn man zum soeben angedeuteten Ausgangspunkt nimmt, dass der Regress nach § 478 I ausdrücklich und bewusst nur auf den jeweiligen Vertragsbeziehungen innerhalb der Lieferkette aufbaut. Gerade wegen dieser nach der

⁵⁵⁷ C.IV.1.a.cc; vgl. auch Graf von Westphalen, Allgemeine Einkaufsbedingungen nach neuem Recht, 125.

⁵⁵⁸ Graf von Westphalen, Allgemeine Einkaufsbedingungen nach neuem Recht, 125; derselbe, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Teil Vertragsrecht, Verjährungsklauseln, Rn. 11; derselbe, Allgemeine Verkaufsbedingungen nach neuem Recht, 131, der allerdings auch die Gegenansicht mit den erwähnten Gründen für vertretbar hält.

⁵⁵⁹ So könnte man Mankowski, DB 2002, 2419 verstehen; vgl. andererseits auch abwiegend derselbe, DB 2002, 2419, 2420 Fn. 14.

⁵⁶⁰ Mankowski, DB 2002, 2419. Aus systematischer Sicht könnte dies ferner ein Gesichtspunkt für eine allgemeine Beschränkung des Verkäuferregresses auf den Endprodukthersteller sein. Denn § 478 II bezieht sich auf den „Lieferanten“ iSd § 478 I; Matthes, NJW 2002, 2505, 2506.

⁵⁶¹ Mankowski am 10.06.2003 in Hamburg.

⁵⁶² Palandt/Heinrichs, vor § 1 Rn. 34 ff.

⁵⁶³ Zu diesen Auslegungsvarianten Palandt/Heinrichs, vor § 1 Rn. 36, 38.

Gesetzesbegründung zu § 478 I explizit gewährten und im gesamten Kaufrecht geltenden *Relativität* der Vertragsverhältnisse⁵⁶⁴ ist § 478 I (jedenfalls iVm § 478 II) so zu verstehen, dass die dortigen Aussagen auf die jeweiligen Vertragsbeziehungen ausgerichtet sind. Danach ist zwischen dem Verhältnis des Letztverkäufers zum Verbraucher und dem zum Lieferanten zu unterscheiden. Wenn § 478 I von „der Sache“ spricht, die ihm der Lieferant verkauft hat, dann ist diese von der zuvor genannten Sache, die dem Verbraucher verkauft wurde, also *vom Grundsatz* (formal-juristisch) verschieden: § 478 I erwähnt zweimal den Begriff „die Sache“. Daraus ist somit nicht selbstverständlich zu schließen, dass diese in beiden Vertragsverhältnissen identisch sein muss, sondern nach dem „privity“-Ansatz und der eben angestellten Betrachtung zu § 478 II („eine“ Sache), dass damit auf die jeweiligen Vertragsverhältnisse Bezug genommen wird: „Die Sache“, die dem Verbraucher verkauft wurde (§ 478 I Hs. 1) einerseits und „die Sache“, die der Letztverkäufer vom Lieferanten erworben hat (§ 478 I Hs. 2) andererseits. Die von § 478 I Hs. 2 genannten, „in § 437 bezeichneten Ansprüche und Rechte des Unternehmers gegen den“ Lieferanten greifen, wie erwähnt, auch gegen den Zulieferer und sind in § 478 I Hs. 2 der zweiten Nennung „der Sache“ vorgeschaltet. § 478 I hätte also wesentlich deutlicher den Ausschluss des Zulieferers vorsehen können und nach den hier beschriebenen Gründen auch müssen, als durch die zweifache, zumindest mehrdeutige Bezugnahme in § 478 I auf schlicht „die Sache“. Die (nach Erwähntem nicht mehr so) zweifelhafte und nicht einzig maßgebende Wortlautauslegung von § 478 I *iVm II* („eine Sache“) verlangt unter weiterer Berücksichtigung des nach den §§ 478, 479⁵⁶⁵ und nach Art. 4 RL hoch eingestuftem Verantwortungsgrundsatzes⁵⁶⁶ folglich nur, dass sich das jeweils verkaufte (gegebenenfalls Teil-)Produkt in dem Verbrauchsgut wiederfindet. Das dem Verbraucher verkaufte Endprodukt kann eine „andere Sache“⁵⁶⁷ sein als das dem Letztverkäufer veräußerte Teilprodukt.⁵⁶⁸

(4) Entstehungsgeschichte der Rückgriffsnormen

Die Einführung des Verkäuferregresses ist auch nicht einseitig auf das Drängen des Handels und damit auf Schutzwägungen lediglich gegenüber den Endprodukteherstellern zurückzuführen⁵⁶⁹. Denn die Entwicklung eines Verbraucher- bzw. Verkäuferrückgriffs hat sich schon seit dem Grünbuch am allgemeinen Verantwortungsprinzip und am Effektivitätsgrundsatz orientiert. Dabei wurde beim „Herstellerbegriff“ gerade keine Einschränkung auf den Endproduktehersteller gemacht. Im Gegenteil muss man daher eher, wie angedeutet, von dem Grundsatz ausgehen, dass auch der „Hersteller“ eines Teilproduktes gerade ein „Hersteller“ ist⁵⁷⁰. Etwas anderes

⁵⁶⁴ BT-Drucksache 14/6040, 247; diesen Grundsatz betonen allgemein Ziegler/Rieder, ZIP 2001, 1789, 1797.

⁵⁶⁵ BT-Drucksache 14/6040, 247.

⁵⁶⁶ B.II.1.d.aa und 2.d.

⁵⁶⁷ Graf von Westphalen, Allgemeine Verkaufsbedingungen nach neuem Recht, 132; darauf stellen aber Matthes, NJW 2002, 2505, 2506; Maultzsch, JuS 2002, 1171, 1172; Wagner/Neuenhahn, ZGS 2002, 395, 397, ab.

⁵⁶⁸ Insbesondere sind deshalb auch die Grundsätze des so genannten „Weiterfresserschadens“ zur Eigentumsverletzung iSd § 823 I Var. 5 nicht entscheidend; vgl. zu diesem Problem schon B.I.1.b.

⁵⁶⁹ So Luther(-Steimle), 92; vgl. auch Matthes, NJW 2002, 2505, 2506, speziell Fn. 4; Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2565; Mankowski, DB 2002, 2419, 2420 und dort auch Fn. 25 m.w.N.

⁵⁷⁰ Micklitz, EuZW 1997, 229, 236 unter Hinweis auf die Ansicht der Kommission und in Fn. 116 auf

folgt weiter nicht aus Art. 1 II lit. d RL („Hersteller von Verbrauchsgütern“). Denn Hersteller eines „Verbrauchsguts“ ist nach Art. 1 II lit. b RL der Hersteller von (allen) beweglichen und körperlichen Gegenständen⁵⁷¹. Nach einer Ansicht ergibt sich zudem schon aus Art. 1 IV RL, dass auch der Hersteller von Teilprodukten oder Grundstoffen „Hersteller“ iSd RL ist. Für einen weiten Herstellerbegriff lässt sich dann aber zudem Art. 2 V RL anführen, der nicht die eigentliche Kaufsache, sondern primär die „Herstellung“ einer mangelhaften Montageanleitung erfasst.⁵⁷² Aus der RL lässt sich folglich ein weiter Herstellerbegriff ableiten⁵⁷³, so dass es schon deshalb ferner nicht entscheidend auf Art. 2 lit. d Lemma 1 ProdSRL bzw. § 3 I ProdSG ankommen kann, wonach der Zulieferer nicht erfasst wäre. Außerdem geht es bei der ProdSRL nur um den Schutz des privaten Verbrauchers⁵⁷⁴, während es beim Verkäuferregress des Art. 4 RL um den des unternehmerischen Letztverkäufers geht. Umgekehrt kann insoweit auch nicht allein ausschlaggebend angeführt werden, dass die ProdHaftRL den Verbraucherschutz und die Produktsicherheit – nicht die Mängelhaftung – zum Ziel hat und hier allein deshalb nicht einschlägig sein soll⁵⁷⁵.

(5) Sinn und Zweck der Regressvorgaben

Die Erfassung des Zulieferers ist zudem sachlich gerechtfertigt. Denn zum einen kommt ein solventerer Letztverkäufer dem von der RL bezweckten Verbraucherschutz zugute⁵⁷⁶. Zum anderen sollte § 478 im Bereich des Zivilrechts eine Qualitätskontrolle auch außerhalb des Produkthaftungsrechts schaffen⁵⁷⁷. Vor allem aber soll durch § 478 I bzw. durch Art. 4 RL die zwingende Haftungsbelastung aus einem Verbrauchsgüterkauf weitergeleitet werden können. Besteht dort also der weite Herstellerbegriff des § 434 I 3 iVm § 4 I 2 und II ProdHaftG, muss dieser im Rahmen des § 478 I ebenfalls gelten. Den bisher angeführten Überlegungen lässt sich daher entnehmen, dass letztlich derjenige haften soll, der die Vertragswidrigkeit zu vertreten hat⁵⁷⁸. Deshalb muss der Hersteller-Letzverkäufer eine den anderen Kettengliedern vergleichbare Rückgriffsmöglichkeit

Schnyder/Straub, ZEuP 1996, 8, 49 ff.; vgl. ferner Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 670. Da etwa Laws, MDR 2002, 320, 322; Bereska, ZGS 2002, 59, 61; Jud, ZfRV 2001, 201, 205; Palandt/Putzo, § 478 Rn. 13, den Regress pauschal „bis zum Hersteller“ greifen lassen wollen, könnten sie in Wahrheit den Teilproduktehersteller und damit den Zulieferer als vom Herstellerbegriff eingeschlossen betrachtet haben.

⁵⁷¹ Vgl. auch Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 1 Rn 37 f. In der Republik Österreich etwa hat man es sich daher wohl nur vermeintlich leichter gemacht, indem man schlicht den Herstellerbegriff des Art. 1 II d RL in § 922 II ABGB aufnahm⁵⁷¹.

⁵⁷² Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 670.

⁵⁷³ Micklitz, EuZW 1997, 229, 236, sieht vom Letztverkäuferregress, unter Hinweis auf die Ansicht der Kommission und in Fn. 116 auf Schnyder/Straub, ZEuP 1996, 8, 49 ff., gerade auch den Hersteller iSd ProdHaftRL und damit den Zulieferer als erfasst an; vgl. ferner Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 670.

⁵⁷⁴ Zum ProdSG bzw. zur ProdSRL Klindt, § 3 ProdSG Rn. 5.

⁵⁷⁵ Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2565 Fn. 46.

⁵⁷⁶ Taschner/Frietsch, § 4 ProdHaftG Rn. 52; Klindt, § 3 ProdSG Rn. 4 f.

⁵⁷⁷ Kocher, Kritische Justiz 2002, 133, 146.

⁵⁷⁸ Graf von Westphalen, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Teil Vertragsrecht, Verjährungsklauseln, Rn. 11; etwas Anderes (aus Sicht des Verantwortungsprinzips aber nicht Entscheidendes) ist es natürlich, ob der Mangel regelmäßig erst beim Endproduktehersteller verursacht wird; darauf stützt sich Matthes, NJW 2002, 2506, der diesen Hinweis des Gesetzgebers (BT-Drucksache 14/6040, 247) als Argument für den Ausschluss des Zulieferers von § 478 I anführt.

haben. Wäre der Zulieferer nicht vom Herstellerbegriff erfasst, bliebe die Haftung regelmäßig bei einem Glied der Lieferkette stecken, obwohl dieses für die Vertragswidrigkeit nicht verantwortlich war⁵⁷⁹. Der Bezug zum von Art. 4 RL vorausgesetzten Verbrauchsgüterkauf ergibt sich daraus, dass der Letztverkäufer letztlich wegen der Zuliefererverursachung haftet⁵⁸⁰. Es ist zwar anzuerkennen, dass häufig der Endproduktehersteller den direkten „Überblick über die Qualität der verbauten Einzelteile“ hat und eine „Sogwirkung der Marke“ verursacht.⁵⁸¹ Die Allgemeingültigkeit⁵⁸² dieser Idee wird aber schon mit Blick auf die zahlreichen Qualitätssicherungsvereinbarungen⁵⁸³ zwischen den Endprodukteherstellern und den Zulieferern zweifelhaft. Darüber hinaus finden sich etwa in der Automobilindustrie⁵⁸⁴ überwiegend integrative Entwicklungsverträge mit den jeweiligen Zulieferern. Hier bestehen eher Kooperations-⁵⁸⁵ als Dominanzverhältnisse⁵⁸⁶. „Distributionskette“ (hinsichtlich des Endprodukts) und „Beschaffungskette“ (hinsichtlich der Einzelteile) sind somit nicht ohne weiteres verschieden zu behandeln⁵⁸⁷. Diese Überlegung ist auch nicht auf die Automobilindustrie beschränkt. In der Computerbranche geben Quasi-Monopolisten durch ihre absolute Vorherrschaft in den Bereichen Betriebssoftware oder Chipherstellung den sich daran erst anschließenden Herstellern von Computern oftmals im Ergebnis praktisch vor, welche Produkte wie hergestellt werden. Insoweit kann man hier sogar von einem „umgekehrten Dominanzverhältnis“ sprechen. Hinzu kommt, dass die erwähnten Qualitätssicherungsvereinbarungen regelmäßig zu einem weitgehenden und akzeptierten Ausschluss der Rüge- und Untersuchungsobliegenheiten führen, der Zulieferer also durchaus schon bisher vereinfacht belangt werden konnte und sollte⁵⁸⁸. Dem geringeren Haftungsbeitrag eines Zulieferers kann man gegenüber der anzuerkennenden „Gesamtverantwortung“⁵⁸⁹ des Endprodukteherstellers außerdem ausreichend und gerechterweise dadurch Rechnung tragen, dass man den Regress auf den Umfang beschränkt, den das Teilprodukt an der Gesamtsache ausmacht⁵⁹⁰. Der „qualitativ wie quantitativ“⁵⁹¹ andere Regress gegen und die Haftungsaufteilung auf die

⁵⁷⁹ Graf von Westphalen, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Teil Vertragsrecht, Verjährungsklauseln, Rn. 11. Dies erkennt selbst Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2565 an, die den Zulieferer nicht als erfasst ansieht. Eine Belastung drohte dem Hersteller vor allem durch die bis zu fünfjährige Ablaufhemmung des § 479 II; Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 7.

⁵⁸⁰ Graf von Westphalen, Allgemeine Einkaufsbedingungen nach neuem Recht, 125.

⁵⁸¹ Mankowski, DB 2002, 2419; Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2565; Wagner/Neuenhahn, ZGS 2002, 395, 398 f.

⁵⁸² Wagner/Neuenhahn, ZGS 2002, 395, 398 Fn. 23, unterstellen dem ProdHaftG diese Wertung. Gleichwohl muss man sich fragen, warum § 4 ProdHaftG dann gerade auch den Zulieferer erfasst.

⁵⁸³ Zu diesen etwa Graf von Westphalen, Allgemeine Einkaufsbedingungen nach neuem Recht, 126-128 sowie H.III.1.

⁵⁸⁴ Zu Recht kritisch, bliebe es bei diesem Einzelbeispiel Mankowski, Hinweis, 10.06.2003 in Hamburg.

⁵⁸⁵ Graf von Westphalen, ZGS 2003, 8, hält dies Mankowski, DB 2002, 2419, entgegen.

⁵⁸⁶ Kritisch selbst Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2565 Fn. 45.

⁵⁸⁷ So aber Wagner/Neuenhahn, ZGS 2002, 395, 399 f.

⁵⁸⁸ Graf von Westphalen, ZGS 2003, 8, hält auch dies Mankowski, DB 2002, 2419, entgegen.

⁵⁸⁹ Wagner/Neuenhahn, ZGS 2002, 395, 399.

⁵⁹⁰ Damit verwirklicht man letztlich auch dass, was Mankowski, DB 2002, 2419, der den Zulieferer nicht durch die §§ 478, 479 erfassen möchte, fordert: Der Zulieferer“ hat nur für die Qualität des von ihm gelieferten Teils der Gesamtsache einzustehen“.

⁵⁹¹ Mankowski, DB 2002, 2419, 2420. Damit verwirklichte man auch hier dass, was Mankowski, DB

verschiedenen Zulieferer wäre also nur die konsequenteste Durchsetzung des Verantwortungsprinzips. Nichts anderes besagt auch der von der Gegenansicht⁵⁹² zitierte § 1 III ProdHaftG. Dazu könnte man auf die anerkannten Kriterien bei § 950 („Wer...herstellt“) zur Verkehrsanschauung abstellen⁵⁹³. Soweit eine Verursachungszuordnung nicht möglich ist⁵⁹⁴, scheidet ein Regress gegen den Zulieferer ohnehin aus. Der Zulieferer wäre dann aber ohne Grund privilegiert, könnte gegen ihn ein Regress iSd Art. 4 RL trotz dieser Kriterien nicht stattfinden⁵⁹⁵. Eine Rechtfertigung folgt auch nicht daraus, dass man den Endproduktehersteller durch die Versagung der §§ 478, 479 zur sorgfältigeren Produktion anhielte⁵⁹⁶. Denn erstens zeigen die erwähnten Qualitätssicherungsvereinbarungen, dass dieses Argument ebenso für den Zulieferer gelten kann. Zweitens und vornehmlich kann der Endproduktehersteller auch bei einer Ausdehnung auf den Zulieferer schon gar nicht nach den §§ 478, 479 vorgehen, wenn er den Mangel verursacht hat. Er wird also in beiden Konstellationen ein gleich starkes Interesse an einem ordentlichen Herstellungsprozess haben. Im Gegenteil bieten die §§ 478, 479 sogar einen Anreiz zur schnellen Gewährleistung durch den Endproduktehersteller.

Dem Einwand, warum dann nicht auch „in Dienstleistungs- Werkvertrags-, Darlehens- und reinen ‚Unternehmensgüterkauf‘-Ketten“ ein entsprechender Zugriff auf die Beschaffenskette vorgenommen wurde bzw. wird⁵⁹⁷, ist entgegenzuhalten, dass es dort mit Ausnahme vielleicht des Werkvertragsrechts gerade nicht um eine Haftung aufgrund eines Verbrauchsgütervertrages iSd RL geht. Ist ein solcher allerdings betroffen, ist dieser Gedanke nicht als Einwand, sondern als Aufforderung an den Gesetzgeber zu verstehen.

Zusammenfassend ist mithin auch der „Zulieferer“ als Teile- oder Grundstoffhersteller als „Hersteller“ und damit als möglicher „Lieferant“ iSd § 478 I anzusehen⁵⁹⁸. Speziell im Rahmen des § 478 I geht es ohnehin nur um die Fristerleichterung: Die allgemeinen Gewährleistungsrechte stehen dem Endproduktehersteller gegen den Zulieferer nämlich schon nach den §§ 437 ff. zu. Allerdings führt diese Auslegung allgemein zu

2002, 2419, fordert: Der jeweilige Zulieferer „hat nur für die Qualität des von ihm gelieferten Teils der Gesamtsache einzustehen“.

⁵⁹² Wagner/Neuenhahn, ZGS 2002, 395, 399; in diese Richtung auch Mankowski, DB 2002, 2419, 2420, wenn er auf die Risikozuweisung des ProdHaftG und der Produkthaftung nach dem BGB verweist.

⁵⁹³ Vgl. Wagner/Neuenhahn, ZGS 2002, 395, 397, die diese Idee aber zur Feststellung der Identität der erworbenen mit der weiterveräußerten Sache anführen.

⁵⁹⁴ Wie oft z.B. in der Elektronikindustrie; Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 453 Fn. 126.

⁵⁹⁵ Graf von Westphalen, Allgemeine Verkaufsbedingungen nach neuem Recht, 132.

⁵⁹⁶ So jedoch Mankowski, DB 2002, 2419, 2420.

⁵⁹⁷ Wagner/Neuenhahn, ZGS 2002, 395, 400.

⁵⁹⁸ Im Ergebnis auch Ball, ZGS 2002, 49, 52, unter Verweis auf Heß, NJW 2002, 253, 259; Graf von Westphalen, Allgemeine Einkaufsbedingungen nach neuem Recht, 125; derselbe, Allgemeine Verkaufsbedingungen nach neuem Recht, 131; derselbe, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Teil Vertragsrecht, Verjährungsklauseln, Rn. 11; anders aber Luther(-Steimle), 92; Westermann, NJW 2002, 241, 253; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 31; Beurskens, Rn. 408; Palandt/Putzo, § 478 Rn. 10; Maultzsch, JuS 2002, 1171, 1172; Mankowski, DB 2002, 2419; Wagner/Neuenhahn, ZGS 2002, 395, 400; dieselben, ZGS 2003, 64. Für den Letztverkäufer als Hersteller wäre danach neben den §§ 437 ff., speziell § 280, (Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 7), ein Regress gegen den Zulieferer nur gemäß §§ 675, 670, 631 denkbar; Heß, NJW 2002, 253, 259 Fn. 80.

versicherungsrechtlichen Neuorientierungen⁵⁹⁹. Lehnt man die Erfassung des Zulieferers vom Lieferantenbegriff des § 478 I ab, kommt insoweit immerhin eine erleichterte Weitergabe von Rückgriffslasten über die allgemeinen Vorschriften oder durch das Aufstellen regressfreundlicher AGB⁶⁰⁰, insbesondere durch vertragliche Ausdehnung des § 478 I auf den Zulieferer, in Frage⁶⁰¹. Eine zunächst vorstellbare Erfassung des Zulieferers über eine nach den §§ 478 V, 479 III „entsprechende Anwendung“ der §§ 478, 479 ist abzulehnen. Denn dies wäre wertungswidersprüchlich – ebenso weiterhin, mit einer solchen Auslegung zwar dem Lieferanten einen Rückgriff gegen den Zulieferer zu ermöglichen, nicht aber dem nach Art. 4 RL eigentlich zu schützenden Letztverkäufer.⁶⁰² Es blieben also allenfalls noch spezielle Formen der Zuliefererhaftung denkbar: Nach der Idee vom „Netzvertrag“ könnte der Zulieferer dem Letztverkäufer etwa dann direkt haften müssen, wenn er weiß, dass seine Produkte dem Letztverkäufer unmittelbar zur Verwendung stehen⁶⁰³.

ccc) Drittstaaten-Importeur

Hersteller ist schon nach Art. 1 II lit. d RL außerdem der Importeur von Verbrauchsgütern aus Drittstaaten, also aus Nicht-EU-Staaten, für das Gebiet der EU⁶⁰⁴. Wegen des vor allem maßgeblichen⁶⁰⁵ § 434 I 3 iVm § 4 II ProdHaftG ist aber auch der Importeur in den EWG-Raum von § 478 I erfasst. Aus demselben Grund und der Erfassung des Zulieferers ist ferner der Importeur von Teilprodukten und Grundstoffen ein tauglicher Hersteller-Lieferant iSd § 478 I⁶⁰⁶. Im Rahmen der §§ 478, 479 ist der Drittstaatenimporteur regelmäßig ohnehin schon als „reiner Händler“ erfasst, da er als Verkäufer an der Lieferkette beteiligt und somit „Lieferant“ iSd § 478 I ist.

ddd) „Quasishersteller“

Hersteller ist nach Art. 1 lit. d RL und nach § 434 I 3 iVm § 4 I 2 ProdHaftG auch jede andere Person, die sich dadurch als Hersteller ausgibt, dass sie ihren Namen, ihre Marke oder ein anderes Kennzeichen an den Verbrauchsgütern anbringt⁶⁰⁷. Dieser so genannte „Quasishersteller“ muss objektiv als Hersteller erscheinen. Die verwendeten Kennzeichen müssen unterscheidungskräftig sein. Dazu sind grundsätzlich etwa eine Firma, ein Logo oder ein Warenzeichen geeignet. Gerade durch das Anbringen dieses Kennzeichens an

⁵⁹⁹ Ausführlich Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2564 Fn. 35, zur Produkthaftpflichtversicherung des Zulieferers.

⁶⁰⁰ Matthes, NJW 2002, 2506; Schubel, JZ 2001, 1113, 1116, 1118, zur Übernahme der §§ 478, 479.

⁶⁰¹ H.III.1.

⁶⁰² Dazu auch Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2565; Wagner/Neuenhahn, ZGS 2002, 395, 398 f., die das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke verneinen. Dafür soll zwar das Verantwortungsprinzip sprechen, entscheidend soll aber sein, dass der Endprodukthersteller den „Überblick über die Qualität der verbauten Einzelteile hat“, und es der Richtlinie vornehmlich um den Letztverkäuferschutz gehen soll.

⁶⁰³ Vgl. Rohe, 375 f., 380, 466.

⁶⁰⁴ Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 428, unter Verweis in Fn. 2 auf BT-Drucksache 14/6040, 247.

⁶⁰⁵ Vgl. C.IV.2.d.aa.bbb.(1).

⁶⁰⁶ Vgl. Schmidt-Salzer/Hollmann, Bd. I, Art. 3 Rn. 248-250; kritisch BT-Drucksache 14/6857, 58 f.

⁶⁰⁷ BT-Drucksache 14/6040, 214; dazu vor allem BT-Drucksache 14/6857, 58 f., wonach man hinsichtlich des Importeurs eine entsprechende Klarstellung in § 434 I für notwendig hielt.

der Kaufsache muss er das Produkt als sein eigenes ausgeben wollen. Ein solches „Anbringen“ ist auch bei der Gestaltung oder Verpackung des Produkts denkbar, muss aber stets ein Darstellen als Hersteller bewirken und aufklärende Zusätze vermissen lassen.⁶⁰⁸ Vorrangige Beispiele für „Quasihersteller“ sind Versandhäuser, Einzelhandelsketten und der Verkauf über Kaffeevertriebsfilialen⁶⁰⁹. Schwieriger ist der Bereich der Lizenzen⁶¹⁰, obgleich hier sogar schon ein tatsächlicher Hersteller vorliegen kann⁶¹¹. Folgt man der Ansicht, wonach von § 478 I der Zulieferer erfasst ist, gilt dort Entsprechendes. Insgesamt ist daher „Quasihersteller“ nicht nur, wer sich als Hersteller gerade von Endprodukten ausgibt. Erfasst ist vielmehr auch derjenige, der sich nur als Hersteller von Teilprodukten oder Grundstoffen geriert.

bb) Der Händler-Lieferant

aaa) Der Händler als Ergebnis einer Abgrenzung zum Hersteller

Der Lieferant iSd § 478 I kann auch als bloßer Händler auftreten. Er muss also nicht zugleich Hersteller sein oder eine andere Eigenschaft besitzen. Es kommt im Rahmen des Art. 4 RL bzw. des § 478 I im Gegensatz zur ProdHaftRL, zur ProdSRL oder deren Umsetzungen nicht darauf an, den Herstellerbegriff vom Händler- oder Lieferantenbegriff abzugrenzen⁶¹². Denn beim Verkäuferrückgriff anlässlich eines Verbrauchsgüterkaufes stehen sich Händler und Hersteller nicht als komplementäre Haftungsadressaten gegenüber, wie im Bereich der ProdHaftRL oder der ProdSRL.

Hier ist nicht entscheidend, ob jemand am Produktionsprozess beteiligt ist, sondern nur, ob überhaupt eine mangelhafte Kaufsache an den Letztverkäufer weitergereicht wurde. Folglich sind prinzipiell alle „Lieferanten“ taugliche Regressschuldner, unabhängig davon, ob sie nur „reine Händler“ oder ob sie „Hersteller-Händler“ sind. Außerdem erkennt etwa auch die ProdHaftRL an, dass Hersteller und Verkäufer gegebenenfalls in einer Person vereinigt sein können⁶¹³. Händler und Hersteller bilden also für den Begriff des „Lieferanten“ iSd § 478 I eine „Vereinigungsmenge“ aus potentiellen Regressschuldnern. Fraglich können nur die Randbereiche dieser „Vereinigungsmenge“ sein. Dazu zählt die Frage, ob der Händler bzw. Hersteller von Teilprodukten Lieferant iSd § 478 I sein kann⁶¹⁴.

bbb) Der „Zulieferer im weiteren Sinne“

Zweifelhaft ist, ob ein Lieferant iSd § 478 I auch dann vorliegt, wenn ein Händler nur Teilprodukte oder Grundstoffe verkauft oder die zur Herstellung des Verbrauchsgutes notwendigen Stoffe „in Richtung auf den Letztverkäufer“ geliefert hat⁶¹⁵. Dafür spricht zunächst, dass der Zulieferer, verstanden als Hersteller-Lieferant von Teilprodukten oder

⁶⁰⁸ Klindt, § 3 ProdSG Rn. 7; Taschner/Frietsch, § 4 ProdHaftG Rn. 51.

⁶⁰⁹ Näher Taschner/Frietsch, § 4 ProdHaftG Rn. 43-50; Klindt, § 3 ProdSG Rn. 7.

⁶¹⁰ Dazu Taschner/Frietsch, § 4 ProdHaftG Rn. 51.

⁶¹¹ C.IV.2.d.aa.aaa.

⁶¹² C.IV.2.d.aa.aaa.

⁶¹³ Taschner/Frietsch, § 4 ProdHaftG Rn. 21.

⁶¹⁴ Dazu unter C.IV.2.d.aa.bbb sowie bb.bbb.

⁶¹⁵ So aber Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 670.

Grundstoffen, von § 478 I erfasst ist⁶¹⁶. Andererseits fehlt für den reinen Händler ein Verweis wie in § 434 I 3 auf § 4 I, II ProdHaftG. Unter anderem aus diesem wurde aber die Erfassung des Zulieferers vom Herstellerbegriff abgeleitet. Es ist jedoch nicht einzusehen, warum nur der Teilehersteller von § 478 I erfasst sein soll. Immerhin kann dieser im Rahmen des Produktionsprozesses eher eine Vertragswidrigkeit verursacht haben als der Teilehändler. Diese Wertung legt auch Art. 3 III ProdHaftRL nahe, wonach „über die Händler-Verkäufer hinaus auch andere Unternehmen mit einer faktischen Verteilerfunktion erfaßt werden soll(en)“. Sowohl nach dem Sinn und Zweck als auch nach einer historischen Textauslegung des Art. 3 III ProdHaftRL ist der Lieferant „im Sinn der in Art. 3 II für EG-Importeure vorgenommenen Umschreibung“ zu verstehen. Danach ist der Import von Teil- und Grundstoffen erfasst.⁶¹⁷ Dieses Verständnis kann für § 478 I übernommen werden. Denn bei dieser Anlehnung an Art. 3 III ProdHaftRL kommt es nicht auf die für § 478 I abgelehnte, weitverstandene Art der Lieferung an. Diese will Art. 4 RL gerade auf den „Verkauf“ eines Verbrauchsgutes beschränkt wissen.⁶¹⁸ Entscheidend ist in diesem Zusammenhang vielmehr, welches Produkt von Art. 4 RL erfasst ist. Diesbezüglich legt aber schon Art. 1 IV RL ein weites Verständnis nahe - auch in bezug auf die tauglichen Händler⁶¹⁹. Händler-Lieferant ist also auch der „Zulieferer im weiteren Sinne“, als Händler eines Teilprodukts oder Grundstoffes. Eine angemessene Lastenverteilung kann dadurch erreicht werden, dass man diesen nur entsprechend der Bedeutung des Teilproduktes bzw. des Grundstoffes für die Gesamtsache in Regress nimmt.

ccc) „Quasihändler“

Lieferant iSd § 478 I könnte in Anlehnung an den „Quasi-Hersteller“ iSd Art. 1 II lit. d RL auch ein „Quasi-Verkäufer“ sein⁶²⁰. Dies wäre derjenige, der sich analog zum „Quasi-Hersteller“ als Verkäufer geriert. Dessen Erfassung von § 478 I liegt schon aus den zum „Zulieferer im weiteren Sinne“ genannten Gründen nahe. Dafür spräche es aber auch, wenn man den „Lieferanten durch Vereinbarung“ iSd § 311 I⁶²¹ anerkennt. Denn der „Quasi-Verkäufer“ hat im Gegensatz zum Lieferanten durch Vereinbarung nach § 311 I sogar einen schützenswerten Schein zugunsten des Letztverkäufers gesetzt. Der Fall des „Quasi-Verkäufers“ wäre dann entweder wie ein „reiner Händler“ zu behandeln⁶²² oder wie ein Lieferant durch Vereinbarung. Jedenfalls müsste konsequenterweise auch hier derjenige erfasst werden, der vorgibt, mit Teilprodukten oder Grundstoffen zu handeln.

cc) Sonstige Personen im Zusammenhang mit dem Absatzweg

aaa) Die „andere Zwischenperson“ im Sinne des Art. 4 S. 1 RL

Man könnte erwägen, eine nicht an der Vertragskette beteiligte „andere

⁶¹⁶ C.IV.2.d.aa.bbb.

⁶¹⁷ Schmidt-Salzer/Hollmann, Bd. I, Art. 3 Rn. 280-282 sowie Rn. 247-250.

⁶¹⁸ Vgl. C.IV.2.c.

⁶¹⁹ Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 670.

⁶²⁰ Schmidt-Salzer/Hollmann, Bd. I, Art. 3 Rn. 158, nennt dies „Auftreten als Händler“.

⁶²¹ Dazu H.V.3.

⁶²² Schmidt-Salzer/Hollmann, Bd. I, Art. 3 Rn. 158.

Zwischenperson“ als von Art. 4 S. 1 RL gebotenen Regressschuldner anzusehen. Sie ist eine Person, die zwar nicht an der Vertragskette beteiligt ist, jedoch „planmäßig“ auf dem Lieferweg mit der Ware in Kontakt kommt.⁶²³ Nach diesen Kriterien ist z.B. ein Transporteur, Spediteur, Handelsvertreter oder ein anderer Absatzmittler eine solche „andere Zwischenperson“⁶²⁴. Ebenso ist ein Lagerhalter oder ein an der Herstellung unbeteiligter Konstrukteur davon erfasst. Ein Gegenbeispiel für eine Zwischenperson ist ein rein deliktisch handelnder Dritter⁶²⁵.

Nach § 478 I ist diese „andere Zwischenperson“ kein tauglicher Lieferant, da sie anders als die von Art. 4 S. 1 RL erwähnten Verkäufer und Hersteller nicht an der Vertragskette beteiligt ist und dem Letztverkäufer die Sache damit nicht „verkauft“ hat⁶²⁶.

Für die Richtlinienkonformität dieser Einschränkung kommt es darauf an, dass Art. 4 S. 1 RL zwischen potentiellen Haftungsverursachern einerseits und Regressschuldnern andererseits unterscheidet⁶²⁷. Die „andere Zwischenperson“ gehört nur zum Kreis der möglichen Haftungsverursacher. Der Regressschuldner muss nach Art. 4 S. 1 RL aber „innerhalb der Vertragskette“ stehen⁶²⁸.

Der Ausschluss der „anderen Zwischenperson“ vom Lieferantenbegriff des § 478 I ist daher richtlinienkonform.

bbb) Behandlung des „Herstellervertreterers“ nach § 434 I 3

Fraglich ist, ob auch der „Gehilfe“ des Herstellers iSd § 434 I 3 bzw. der „Herstellervertreter“ iSd Art. 2 II lit. d RL „Lieferant“ und damit Regressschuldner gemäß § 478 I sein kann.

Man könnte hierzu etwa auf die Idee kommen, den „Herstellervertreter“ als „Hersteller“ oder „andere Zwischenperson“ iSd Art. 4 S. 1 RL zu werten. Im Gegensatz zu Art. 2 II lit. d RL, erwähnt Art. 1 II lit. d RL jedoch keinen solchen „Herstellervertreter“, sondern belässt es bei einer insoweit „engeren“ Definition des „Herstellers“. Auch Art. 4 S. 1 RL nennt nur den Hersteller, nicht aber den Herstellervertreter.

Sowohl § 478 I als auch Art. 4 S. 1 RL verlangen schließlich, dass die Regressschuldner an der „Vertragskette“ teilhaben. Dies ist der bedeutende Unterschied zur „Letztverkäuferhaftung“ nach § 434 I 3, bei der es unerheblich ist, ob der „Herstellervertreter“ ein Kettenglied ist.

Deshalb können auch weder das Effektivitätsprinzip noch der Verantwortungsgrundsatz eine Haftung des nicht an der Lieferkette beteiligten Herstellervertreterers gebieten, und ein „Herstellervertreter“ der an dieser beteiligt ist, ist schon Lieferant iSd § 478 I.

Dieses Ergebnis ist sachgerecht, da der Herstellervertreter gegebenenfalls noch „Quasihersteller“, „Quasiverkäufer“ oder Lieferant durch Vereinbarung iSd § 311 I sein

⁶²³ Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 670.

⁶²⁴ Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 670; Jud, ZfRV 2001, 201, 204; ferner Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 4 Rn. 6, der allerdings keine solche Unterscheidung in Haftungsverursacher und tauglichen Regressschuldner vornimmt.

⁶²⁵ Denn entfällt die Planmäßigkeit des Kontakts, liegt keine „andere Zwischenperson“ vor; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 670.

⁶²⁶ C.IV.2.c. zu diesem Erfordernis des § 478.

⁶²⁷ Vgl. aber auch Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 4 Rn. 6, der keine solche Unterscheidung in Haftungsverursacher und tauglichen Regressschuldner vornimmt.

⁶²⁸ So auch Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672; anders aber der Vorschlag desselben, ÖJZ 2000, 668, 673 Fn. 60.

kann und damit einem Regress nach § 478 I ausgesetzt ist. Besteht aus Gerechtigkeitsgründen das Bedürfnis nach einer Haftung des Herstellervertreters, wird man diesem damit zumeist gerecht werden können.

dd) Besondere und nachgeschaltete Lieferketten

Im Rahmen eines wegen des Effektivitätsprinzips gebotenen weiten Verständnisses von Art. 4 S. 1 RL können „Vertragsketten“ entstehen, die nicht einer „klassischen Lieferkette“ (iSe Absatzweges der Kaufsache vom Hersteller bis zum Verbraucher) entsprechen.

Zwar muss der Lieferant dem Letztverkäufer die Sache iSd § 478 I in jedem Fall „verkauft“ haben. Die Kaufsache muss aus Sicht des Letztverkäufers aber nicht schon über eine „Lieferkette“ von „Kaufverträgen“ an den Lieferanten gewandert sein (eine andere Frage ist es, ob der Lieferant hier dann Rückgriff nehmen kann).

Beispielsweise ist denkbar, dass der Lieferant die Lieferkette selbst erst als Hersteller begründet hat. Auch ist es möglich, dass dem Lieferanten die Sache nicht „verkauft“, sondern etwa geschenkt wurde. Aber selbst der zufällige oder nur leihweise Erhalt der Sache ist vorstellbar.

Besondere Lieferketten können beispielsweise auch dadurch entstehen, dass der Letztverkäufer eine Kaufsache erhält, die von Proben oder Mustern abweicht und diese von einem beliebigen Kettenglied innerhalb der eigentlichen Lieferkette erstmalig „versprochen“ wurden. Denn die verkaufte Sache wäre dann an diesen „originären“ Proben oder Mustern zu messen. Besondere Vertragsketten können ferner bei der Abwicklung von Garantien beginnen⁶²⁹, sofern sie mit der Gewährleistungshaftung parallel laufen. Denn dann muss § 478 I auch hier greifen⁶³⁰, wie aus dem Umgehungsverbot des § 478 IV 2 folgt. Entsprechendes kann für „besondere Beschaffenheitsvereinbarungen“ gelten⁶³¹.

Eng verwandt mit der Entstehung besonderer Liefer- bzw. Vertragsketten ist die Frage, ob ein „Lieferant“ und damit eine Lieferkette durch Vereinbarung iSd § 311 I entstehen kann⁶³² oder § 478 I vertraglich zumindest auf den Zulieferer ausdehnbar⁶³³.

3. Beschränkung auf die „neu hergestellte Sache“

a) „Regressfalle“ für den Gebrauchtgüterhändler

Die Erleichterung des § 478 I greift nach dem Wortlaut nur, wenn eine „neu hergestellte Sache“ vorliegt. Für gebrauchte Sachen gilt sie also nicht.

Die Begründung des Regierungsentwurfs zu dieser Beschränkung beruft sich darauf, dass üblicherweise nur für neu hergestellte Sachen geschlossene Vertriebsketten bestehen sollen und daher nur hier ein besonderer Rückgriff notwendig sein soll⁶³⁴.

⁶²⁹ Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672 Fn. 33.

⁶³⁰ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 11.

⁶³¹ Vgl. dazu BT-Drucksache 14/6040, 248; Welser/Jud, 14. ÖJT, 157; Westermann, NJW 2002, 241, 253.

⁶³² Dazu H.V.3.

⁶³³ Dazu H.III.1.

⁶³⁴ BT-Drucksache 14/6040, 248; Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 354; so auch schon § 476 KF, wie Westermann, JZ

Die Beschränkung des § 478 I führt jedenfalls zu mehreren „Regressfällen“ zu Lasten des Letztverkäufers.

Zwar wird es sich beim Verkauf gebrauchter Sachen in der Regel um einen bisher als „Stückkauf“ bezeichneten Fall handeln. Wegen der durch die Schuldrechtsreform aufgegebenen Unterscheidung zwischen Gattungs- und Stückkauf ist eine Nachlieferung des Lieferanten aber auch dann nicht per se unmöglich⁶³⁵. Selbst wenn dem Letztverkäufer danach keine neue Sache aufzudrängen sein könnte, er dann keinen neuen Käufer finden müsste und nicht daran gehindert wäre, selbst den Kaufpreis mindern, vom Vertrag zurücktreten oder gegebenenfalls Schadensersatz verlangen zu können, wäre es dem Lieferanten immer noch möglich, den Letztverkäufer auf sein Nachbesserungsrecht zu verweisen. Damit wird der Letztverkäufer regelmäßig zumindest auf der nachgebesserten Sache „sitzen bleiben“.⁶³⁶

Eine „Rückgriffsfalle“ droht dem Letztverkäufer durch die Beschränkung des § 478 I auf neu hergestellte Sachen aber vor allem dadurch, dass ihm bei gebrauchten Sachen nur die allgemeinen und dann abdingbaren Gewährleistungsrechte zustehen⁶³⁷, während er seinerseits dem Verbraucher nach § 474 I 1 iVm § 475 weitgehend zwingend haftet. Speziell der bisher übliche Verkauf „unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung“ ist ihm wegen § 475 I 1 nun nicht mehr möglich.

Dem kann der Letztverkäufer wegen § 475 I 3 auch nicht dadurch entgehen, dass er sich auf die Rolle eines „Vermittlers“ zu beschränken versucht oder in Beschaffensvereinbarungen die Sache als „neu hergestellt“ bezeichnet.⁶³⁸

Die beschriebene „Regressfalle“ wird allenfalls dadurch abgemildert, dass der Gebrauchtwarenhändler nicht am Maßstab gemessen werden kann, der für einen Verkäufer von „neu hergestellten“ Sachen gilt⁶³⁹.

Außerdem droht dem Letztverkäufer durch die Einschränkung des § 478 I auf „neu hergestellte Sachen“ eine „Begriffsfalle“, wenn es um die mitunter schwierige Abgrenzung zwischen „gebrauchten“ und „neu hergestellten“ Sachen geht⁶⁴⁰. Probleme

2001, 530, 540, bemerkt.

⁶³⁵ OLG Braunschweig, NJW 2003, 1053, 1054; LG Ellwangen, NJW 2003, 517. Konkret ist die Nacherfüllung hier dann denkbar, wenn „es sich um Sachen handelt, die einer vertretbaren Sache wirtschaftlich entsprechen und das Leistungsinteresse des Käufers zufrieden stellen“; LG Ellwangen, NJW 2003, 517; Mankowski, zu LG Ellwangen EWiR § 439 BGB 1/03, 315; vgl. andererseits noch Brüggemeier, JZ 2000, 529, 532; Westermann, NJW 2002, 241, 244.

⁶³⁶ Vgl. für den Verbrauchsgüterkauf Brüggemeier, JZ 2000, 529, 532; Westermann, NJW 2002, 241, 244.

⁶³⁷ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 2.

⁶³⁸ Westermann, JZ 2001, 530, 542 und grundsätzlich auch Mankowski, VuR 2002, 269, 271 sowie schon C.IV.2.a; aA aber Ziegler/Rieder, ZIP 2001, 1789, 1797, die wirtschaftlich nur einen „Verkauf von privat an privat“ sehen. Diesem Einwand ist jedoch entgegenzuhalten, dass es in diesen Fällen offenbar gerade des Mehrwertes des „vermittelnden“ Letztverkäufers bedarf und dieser an seiner Tätigkeit offen oder verdeckt verdient.

⁶³⁹ Vgl. Kessler, ZRP 2001, 70, 71.

⁶⁴⁰ Eine Abgrenzung von neu hergestellten und gebrauchten Sachen dürfte sich am bisherigen § 11 Nr. 10 AGBG orientieren müssen; Schimmel/Buhlmann, ZGS 2002, 109, 111, mit Verweis in Fn. 24 auf Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 11 Nr. 10 AGBG Rn. 3 ff. Danach ist etwa eine noch nicht „bestimmungsgemäß“ genutzte Sache „neu hergestellt“; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 12, mit Hinweis auf BGH, NJW 1980, 2127; BB 1980, 390, OLG Hamm, DAR 1980, 285, 286; OLG Karlsruhe, DAR 1977, 323.

ergeben sich etwa bei der Beurteilung von Tieren. Es ist mit Unsicherheiten verbunden, wenn man tatsächlich nach der Verkehrauffassung davon ausgehen soll⁶⁴¹, dass das Tier dann „neu hergestellt“ ist, wenn es „jung“ ist. Zweifelhaft ist auch, ob eine Sache dann nicht mehr „neu hergestellt“ ist, wenn durch die lange Lagerung Mängel auftreten⁶⁴². Ebenso könnten einer schnellen Fortentwicklung unterliegende Produkte allein durch längere Lagerzeiten ihre Qualität als „neu hergestellt“ einbüßen⁶⁴³.

Hinsichtlich der Begrifflichkeit ist noch eine weitere Misslichkeit anzumerken: § 478 I spricht von einer „hergestellten“ Sache. Dies könnte den nicht gewollten Anschein erwecken, als sei damit eine Ausdehnung des Rückgriffs auf den Fall eines Werkvertrages bezweckt⁶⁴⁴.

Aus rechtsvergleichender Sicht ist jedenfalls bemerkenswert, dass das österreichische Vorbild für den bundesdeutschen Rückgriff in den §§ 922, 933 b ABGB keine Einschränkung auf neu hergestellte Sachen vorsieht.

b) Zweifelhafte Richtlinienkonformität

Es ist zweifelhaft, ob die Beschränkung auf „neu hergestellte Sachen“ in § 478 I richtlinienkonform ist⁶⁴⁵.

Für die Richtlinienkonformität des § 478 I könnte der Gedanke des deutschen Gesetzgebers sprechen, dass geschlossene Absatzsysteme und damit klassische Lieferketten überwiegend bei „neu hergestellten Sachen“ bestehen⁶⁴⁶.

Auch wenn dies zutreffen sollte, wird man sich dann aber fragen müssen, warum ein Rückgriff nach dieser Wertung etwa beim Verkauf neu hergestellter Produkte durch den Insolvenzverwalter angemessen sein soll⁶⁴⁷. Geschlossene Absatzsysteme sind dort nämlich wohl deutlich seltener als bei gebrauchten Sachen. Außerdem zeigt sich gerade im Leasinggeschäft, dass strukturierte Absatzsysteme für zurückgenommene Leasingwagen bestehen. Zumindest für den Bereich des Gebrauchtwagenhandels ist deshalb fraglich, ob diese Erwägung des deutschen Gesetzgebers wirklich zutrifft.⁶⁴⁸

Zugunsten der Beschränkung auf „neu hergestellte Sachen“ könnte sodann anzuführen sein, dass bei gebrauchten Sachen eine Verursachung durch den Vordermann häufiger ausscheidet, da vor allem der Gebrauch durch den jeweiligen Verkäufer die Kaufsache beeinträchtigt haben kann⁶⁴⁹.

Prinzipiell gilt aber, dass eine Sache dann gebraucht ist, wenn sie benutzt wurde; zur Abgrenzung auch Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 2, 12; Lorenz/Riehm, Rn. 591 Fn. 301; Huber/Faust(-Huber), Verbrauchsgüterkauf, Rn. 15; Palandt/Putzo, § 475 Rn. 11.

⁶⁴¹ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 12; dazu ferner Huber/Faust(-Huber), Verbrauchsgüterkauf, Rn. 15.

⁶⁴² So aber Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 12, mit Verweis auf BGH, BB 1967, 1268; DAR 1980, 337.

⁶⁴³ Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 193 Fn. 165.

⁶⁴⁴ Jud, ZfRV 2001, 201, 206, zum unglücklichen Wortlaut des § 478 I.

⁶⁴⁵ Vgl. nur Jud, ZfRV 2001, 201, 206; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1402.

⁶⁴⁶ BT-Drucksache 14/6040, 248; Jud, ZfRV 2001, 201, 206.

⁶⁴⁷ So das Beispiel von Ringstmeier/Homann, ZIP 2002, 505, 509; allerdings käme hier als weitere Einschränkung hinzu, dass der Insolvenzschuldner Unternehmer war; Palandt/Putzo, § 474 Rn. 5.

⁶⁴⁸ Jud, ZfRV 2001, 201, 206.

⁶⁴⁹ So etwa Elb, 98.

Dieser Gedanke kann jedoch nicht für die generelle Möglichkeit eines Regresses entscheidend sein. Vielmehr kann genau diesem Aspekt mit der vom Gesetzgeber gerade für diesen Fall vorgesehenen Ausnahme von der Beweislastumkehr nach § 478 III iVm § 476 Hs. 2 hinreichend Rechnung getragen werden.⁶⁵⁰

Es überwiegen die Bedenken an der Richtlinienkonformität des § 478 I.

Zunächst kennt der Wortlaut des Art. 4 RL keine Unterscheidung zwischen neu hergestellten und gebrauchten Sachen. Dies gilt mit wenigen Ausnahmen auch für die übrige RL.⁶⁵¹

Aus systematischer Sicht ist die Beschränkung des § 478 I bedenklich, weil das Verbrauchsgüterkaufrecht der RL (umgesetzt in §§ 474 ff.) mit Ausnahme der speziellen Artt. 1 III, 7 I 2 RL (§§ 474 I 2, 475 II) keine Beschränkung auf „neu hergestellte Sachen“ vorsieht⁶⁵². Daraus wird deutlich, dass eine etwaige Einschränkung auf neu hergestellte Sachen ausdrücklich vorgenommen wurde und daher bei Art. 4 RL nicht anzunehmen ist⁶⁵³.

Insofern kann ferner schwerlich etwas anderes aus einer Verbindung mit § 475 II bzw. mit Art. 7 I RL abgeleitet werden, wonach die Gewährleistungsfrist bei gebrauchten Sachen gegenüber dem Verbraucher großzügiger erleichtert werden kann⁶⁵⁴.

Zweifelhaft ist die Beschränkung auch angesichts der Spielräume des Art. 4 S. 2 RL. Denn die Frage, ob eine neu hergestellte Sache vorliegt, fällt weder unter die Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Regressschuldners noch handelt es sich um eine prozessuale Regelung des entsprechenden Vorgehens oder diesbezüglicher Modalitäten. Vor allem aber war Sinn und Zweck des Art. 4 RL und der §§ 478, 479 gerade, den Letztverkäufer umfassend vor „Regressfallen“ anlässlich der Haftung aus einem Verbrauchsgüterkauf zu bewahren⁶⁵⁵.

Da diese auch bei gebrauchten Sachen greift, setzt die Beschränkung des § 478 I auf neu hergestellte Sachen den Gebrauchtwarenletztverkäufer jedoch, wie gezeigt, sogar mehreren Haftungsfallen aus.

Dies dürfte zudem der Forderung des Art. 4 RL nach einem effektiven Verkäuferrückgriff⁶⁵⁶ und dem Verantwortungsgrundsatz widersprechen, da der tatsächlich für die Vertragswidrigkeit Verantwortliche dann regelmäßig nicht über den von Art. 4 RL geforderten Rückgriff belangt werden kann.

Für die Geltung des Rückgriffs bei gebrauchten Sachen spricht außerdem, wenn man den Sinn und Zweck des Art. 4 RL gerade in einem mittelbaren Verbraucherschutz sieht. Ein so verstandener Letztverkäuferregress schafft nämlich einen solventeren

⁶⁵⁰ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 245.

⁶⁵¹ Wolfgang Ernst/Gsell ZIP 2001, 1389, 1402 und dort speziell auch Fn. 61; Jud, ZfRV 2001, 201, 206; dies gesteht selbst Hanreich, 14. ÖJT Bd. II/2, 96, zu, der sich für eine Beschränkung auf „Neuwaren“ ausspricht.

⁶⁵² Jud, 14. ÖJT, Bd. II/2, 14.

⁶⁵³ Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 1 Rn. 10.

⁶⁵⁴ So aber Hanreich, 14. ÖJT Bd. II/2, 96.

⁶⁵⁵ BT-Drucksache 14/6040, 247 sowie B.II.1.c und d.

⁶⁵⁶ Kritisch Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1402; Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 3 Fn. 3; derselbe, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 87 Fn. 93.

Gewährleistungsschuldner.⁶⁵⁷ Ein anderer Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vermag die Einschränkung des § 478 I ebenso wenig zu rechtfertigen: Der Wunsch, den Verbraucher, der eine gebrauchte Sache verkauft, über Art. 4 RL nicht zum Kettenglied werden zu lassen⁶⁵⁸, wurde schon durch die Beschränkung des tauglichen Rückgriffsschuldners auf den unternehmerischen Lieferanten erreicht.

Sinn und Zweck des Art. 4 RL ist es schließlich auch nicht, speziell beim Verkäuferregress die Wiederverwertung von Produkten⁶⁵⁹ durch den Nacherfüllungsvorrang zu fördern und damit auf § 478 I zu verzichten.

Ebenso wenig ist aus der Entstehungsgeschichte des Art. 4 RL eine Beschränkung des Regresses auf neu hergestellte Sachen herzuleiten. Das österreichische Vorbild für den bundesdeutschen Rückgriff nach §§ 478, 479 kennt mit den §§ 922, 933 b ABGB ebenfalls keine solche Einschränkung. Obgleich im DiskE keine besondere Regressnorm vorgesehen war, ging man auch dort noch davon aus, dass ein Verkäuferrückgriff allgemein gelten sollte. Erst im Umsetzungsentwurf des § 476 KF⁶⁶⁰ findet sich erstmals eine Beschränkung des Rückgriffs auf neu hergestellte Sachen.

Im übrigen sind die Unterschiede zwischen dem Verkauf einer neu hergestellten und einer gebrauchten Sache nicht derart gravierend, dass sie eine andere Behandlung beim Rückgriff nach Art. 4 RL rechtfertigen könnten. Dies ergibt sich unter anderem daraus, dass bei gebrauchten Sachen ebenso versteckte Mängel auftauchen können, wie bei neu hergestellten.

Zweifelhaft ist zudem, ob im Vergleich zu neu hergestellten Sachen andere Beweisprobleme gerade im zweiten Jahr ab Ablieferung entstehen, für das bei gebrauchten Sachen nach Art. 7 I 2 RL immerhin schon eine Abbedingung der Gewährleistungshaftung zulässig ist.⁶⁶¹ Der Ausschluss von gebrauchten Sachen im Rahmen des § 478 I wird ferner nicht damit genügend gerechtfertigt, dass der Käufer einen entsprechend niedrigeren Preis zahlt. Denn dieser Gesichtspunkt kann bei der Beschaffenheitsvereinbarung iSd § 434 I 1 berücksichtigt werden.⁶⁶²

Schließlich verwunderte es, dass bei billigen, aber „neu hergestellten“ Massenprodukten ein Rückgriff nach § 478 I möglich wäre, nicht aber bei teuren Antiquitäten⁶⁶³.

Nach allem ist die Beschränkung des § 478 I auf neu hergestellte Sachen also richtlinienwidrig.⁶⁶⁴

c) Die Frage nach einer richtlinienkonformen Auslegung

Die richtlinienwidrige Beschränkung des § 478 I auf neu hergestellte Sachen könnte man zunächst möglicherweise durch eine „unmittelbare“ Anwendung des Art. 4 RL überwinden⁶⁶⁵. Eine unmittelbare Geltung einer EG-Richtlinie wird aber ganz herrschend

⁶⁵⁷ Vgl. Brüggemeier, JZ 2000, 529, 533.

⁶⁵⁸ Hanreich, 14. ÖJT Bd. II/2, 96.

⁶⁵⁹ So aber Kretschmer/Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 17. Januar 2000, 4.

⁶⁶⁰ Näher dazu B.III.2.

⁶⁶¹ Bydlinski, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 381, 399 und dort auch Fn. 101.

⁶⁶² Vgl. aber Bydlinski, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 381, 399 und dort auch Fn. 101.

⁶⁶³ GewRÄG-E, 43.

⁶⁶⁴ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1402; Canaris, Schuldrechtsreform 2002, XXXII; in diese Richtung zudem Jud, ZfRV 2001, 201, 206; Rebhahn, JBl 2002, 477, 495; KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 8; aA aber Kretschmer/Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 17. Januar 2000, 3 f.

⁶⁶⁵ Reich, NJW 1999, 2397, 2400; Canaris, FS Franz Bydlinski (2001), 81, 99; Westermann, in:

allenfalls dann für möglich gehalten, wenn es um die „vertikale Geltung“, d.h. um das Verhältnis des Bürgers zum Staat, und nicht um eine „horizontale“ Wirkung zwischen den einzelnen Bürgern geht⁶⁶⁶.

Da der Verkäuferregress jedoch die Beziehung von Unternehmern untereinander regelt, muss diese Möglichkeit hier ausscheiden.

Soweit möglich und zulässig hat bei einem Verstoß gegen Vorgaben der RL sodann eine richtlinienkonforme Auslegung zu erfolgen⁶⁶⁷. Dazu verpflichten grundsätzlich der Umsetzungsbefehl des Art. 249 III EG, die aus Art. 10 EG abgeleitete Gemeinschaftstreue und das Ziel der Harmonisierung⁶⁶⁸. Nach der „nationalen Anwendungserlaubnis“ gemäß Art. 23 I, 24 I GG ist eine richtlinienkonforme Auslegung prinzipiell auch nach deutschen Rechtserwägungen zulässig⁶⁶⁹.

Da dazu nach dem EuGH jedenfalls bisher sämtliches, in den Anwendungsbereich einer Richtlinie fallendes nationales Recht richtlinienkonform⁶⁷⁰ „im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie“⁶⁷¹ ausgelegt werden musste, stellt sich die Frage, ob die richtlinienwidrige Beschränkung des § 478 I auf neu hergestellte Sachen wenigstens dadurch überwunden werden kann.

Es ist also zu fragen, ob § 478 I im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung auf gebrauchte Sachen ausgedehnt werden kann. Dies könnte beispielsweise dadurch geschehen, dass man das „Neuhergestellte“ iSd § 478 I in einer Wartung und Prüfung der Sache sieht⁶⁷². Damit wird aber wohl kaum jeder Verkauf einer gebrauchten Sache erfasst werden können. Entsprechend wird ein weiter Lieferantenbegriff, der als Hersteller auch denjenigen erfasst, der die Sache iSd Art. 2 lit. d Lemma 1 ProdSRL wiederaufbereitet⁶⁷³, nur in Spezialfällen zur Annahme einer „neu hergestellten“ Sache führen können.

Neben diesen Bedenken an der technischen Umsetzung einer richtlinienkonformen Auslegung, ist deren allgemeine Ausgestaltung im Gegensatz zum Bereich des öffentlichen Rechts im hier relevanten Privatrecht auch umstritten.⁶⁷⁴

In jedem Fall besteht bei einer richtlinienkonformen Auslegung des § 478 I die besondere Herausforderung, einen eindeutig entgegenstehenden Wortlaut („neu hergestellt“ im Gegensatz zu „gebraucht“) überwinden zu müssen.

Verlangt man, dass eine richtlinienkonforme Auslegung nur dann in Frage kommt, wenn

Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 254.

⁶⁶⁶ Thode, ZfBR 1998, 217, 218 Fn. 30 f. m.w.N.; Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 223 f. Art. 4 Rn. 36.

⁶⁶⁷ Vgl. grundsätzlich W.-H. Roth, JZ 2001, 475, 489. Eine richtlinienkonforme Auslegung ist bei den §§ 478, 479 auch dann zu prüfen, wenn man den Spielraum des Art. 4 S. 2 RL als ausreichend weit für einen Ausschluss gebrauchter Sachen verstünde. Denn das nationale Recht unterliegt insgesamt dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung, wenn eine Rechtsfrage anhand einer Richtlinienvorgabe mitbeantwortet werden kann; vgl. Pfeiffer, ZGS 2002, 23, 25.

⁶⁶⁸ Kainer, AnwBl 2001, 380, 382 sowie dort Fn. 30 m.w.N.

⁶⁶⁹ Grundmann, ZEuP 1996, 399, 423 f.

⁶⁷⁰ EuGH, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891 - von Colson und Kamann; Rs. 79/83, Slg. 1984, 1921 - Harz/Deutsche Tradax; vgl. auch BVerfGE 75, 223, 237.

⁶⁷¹ EuGH, 14.7.1994 Rs. C-91/92, Slg. 1994, I-3325, Rn. 26 - Faccini Doris; Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135 Rn. 8 - Marleasing.

⁶⁷² Jud, ZfRV 2001, 201, 206.

⁶⁷³ Klindt, § 3 ProdSG Rn. 7.

⁶⁷⁴ Grundmann, ZEuP 1996, 399, 423 f.

nach den nationalen Auslegungsmethoden Auslegungsalternativen verbleiben, muss sie bei § 478 I jedenfalls gerade am Wortlaut scheitern.

Man könnte daran denken, den Wortlaut des § 478 I dann auszublenden, wenn der deutsche Gesetzgeber die Richtlinie richtig umsetzen wollte „und nicht offen den Konflikt [mit ihr] gesucht hat“.⁶⁷⁵ Dies muss aber jedenfalls dann scheitern, wenn er die fragliche Norm konkret überdacht hat und trotzdem zu einem richtlinienwidrigen Ergebnis gekommen ist⁶⁷⁶. Hier ist von Bedeutung, dass der Gesetzgeber die §§ 478, 479 ausweislich der Gesetzesbegründung ausdrücklich auf „neu hergestellte Sachen“ beschränken wollte⁶⁷⁷. Selbst wenn man daraus kein ausreichend „konkretes Überdenken der konkreten Norm“ gerade in bezug auf die Richtlinienkonformität ableiten möchte⁶⁷⁸, ist zumindest die Vorschrift selbst konkret überdacht worden und dennoch richtlinienwidrig.

Schon wegen des daraus eindeutig erkennbaren Willens des Gesetzgebers muss zumindest eine teleologische Extension⁶⁷⁹ des § 478 I auf gebrauchte Sachen ausscheiden.

Bereits deshalb ist angesichts des deutlichen Wortlauts der §§ 478, 479 aber auch keine Korrektur über eine richtlinienkonforme Auslegung möglich, selbst wenn der nationale Gesetzgeber die Richtlinie korrekt umsetzen wollte.⁶⁸⁰

Der eindeutige Wortlaut des § 478 I muss darüber hinaus wohl spätestens seit der Entscheidung des EuGH vom 10.5.2001 in der Rechtssache Kommission/Niederlande⁶⁸¹ als äußerste Grenze einer richtlinienkonformen Auslegung angesehen werden.

Es reicht danach gerade nicht mehr, dass die RL selbst gemäß Art. 192 II EG, Art. 9 RL veröffentlicht und das eigentliche richtlinienkonforme Auslegungsergebnis daher grundsätzlich zugänglich ist.

Notwendig für eine richtlinienkonforme Auslegung ist nun vielmehr ausdrücklich, dass diese auch dasjenige Maß an „Klarheit und Bestimmtheit“ aufweist, [das] „notwendig [ist], um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen. Dies gilt ganz besonders im Bereich des Verbraucherschutzes.“⁶⁸²

Damit grenzt der EuGH seine Forderung ein, wonach eine richtlinienkonforme Auslegung immer dann zu erfolgen hat, sobald dies nach nationalem Recht möglich ist⁶⁸³.

⁶⁷⁵ Vgl. Grundmann, ZEuP 1996, 399, 422.

⁶⁷⁶ Näher zu dieser Überlegung Grundmann, ZEuP 1996, 399, 417 Fn. 50.

⁶⁷⁷ BT-Drucksache 14/6040, 248; Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 355; Westermann, JZ 2001, 530, 540.

⁶⁷⁸ Vgl. dazu aber Grundmann, JuS 2002, 768, 770, 771; ferner Reich, NJW 1999, 2397, 2400; Canaris, FS Franz Bydlinski (2001), 81, 99; Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 254.

⁶⁷⁹ Canaris, FS Franz Bydlinski (2001), 81, 100; vgl. auch Grundmann, ZEuP 1996, 399, 420 f.

⁶⁸⁰ Canaris, Schuldrechtsreform 2002, XXXII; derselbe, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 13. Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 224 Art. 4 Rn. 36, sieht zudem allgemeine Schwierigkeiten bei einer richtlinienkonformen Auslegung mittels der RL-Vorgaben darin, dass „die Richtlinie das zu erreichende Ziel nicht klar bestimmt“. Dieser Fall dürfte konkret hier indes gerade nicht vorliegen.

⁶⁸¹ EuGH, 10.5.2001, Rs C-144/99 – Kommission/Niederlande; NJW 2001, 2244-2245.

⁶⁸² EuGH, 10.5.2001, Rs C-144/99 – Kommission/Niederlande; NJW 2001, 2244, 2245 Rn. 21.

⁶⁸³ EuGH, 13.11.1990, Rs. C-106/98, Slg. I-4135 – Marleasing; Pfeiffer, ZGS 2002, 23, 25 m.w.N.

Jedenfalls bedarf es insoweit keinesfalls mehr des nachgewiesenen Willens des nationalen Gesetzgebers, eine von der RL abweichende Regelung treffen zu wollen⁶⁸⁴. Genauso ist folglich die These vom generellen Vorrang⁶⁸⁵ der RL zu werfen. Letzteres widerspräche zudem dem grundlegenden Unterschied zwischen der direkt geltenden Verordnung und der umsetzungsbedürftigen Richtlinie.

Zwar ging es in der Rechtssache Kommission/Niederlande⁶⁸⁶ um eine Verbraucherrichtlinie und speziell Art. 4 RL könnte man wegen der Beschränkung auf Unternehmervhältnisse daher möglicherweise an anderen Maßstäben messen wollen.

Unabhängig davon, dass Art. 4 RL gerade Teil einer Verbraucherrichtlinie ist, dient er mittelbar aber auch dem Verbraucherschutz.

Letztlich wegweisend ist jedoch, dass nach dem EuGH grundsätzlich nicht zwischen Verbraucherrichtlinien und sonstigen Richtlinien zu unterscheiden ist. Die in seiner Entscheidung genannten Gesichtspunkte sollen vielmehr nur erst recht im Bereich des Verbraucherschutzes gelten.⁶⁸⁷

Diese nun vom EuGH geforderte Umsetzungstransparenz muss schließlich vor allem dann gelten, wenn „sich offenbar eine von den EG-rechtlichen Vorgaben abweichende Auslegung durchsetzen konnte“⁶⁸⁸. Davon muss man im Fall der Beschränkung des § 478 I auf neu hergestellte Sachen wohl trotz gelegentlich geäußerter Bedenken ausgehen.

Man wird es im Rahmen einer Richtlinienwidrigkeit somit wohl akzeptieren müssen, dass gelegentlich nur ein erneutes Tätigwerden des Gesetzgebers Abhilfe schaffen kann⁶⁸⁹. Immerhin kommt für diese Fälle ein gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen falscher Richtlinienumsetzung in Betracht⁶⁹⁰. Im übrigen wird noch auf die Möglichkeit einer Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 234 EG zu verweisen sein⁶⁹¹, wonach letztinstanzliche Gerichte im Zweifel ein solches Verfahren beim EuGH einleiten müssen und sonstige Gerichte dies können.⁶⁹²

⁶⁸⁴ Vgl. aber Grundmann, JuS 2002, 768, 770, 771, der (speziell mit seinen Hinweisen in Fn. 25, 37 f.) anscheinend noch nicht diese neuere Entscheidung des EuGH berücksichtigt.

⁶⁸⁵ Vgl. Grundmann, ZEuP 1996, 399, 422; Nachweise bei demselben, JuS 2002, 768, 770 Fn. 24.

⁶⁸⁶ EuGH, 10.5.2001, Rs C-144/99 – Kommission/Niederlande; NJW 2001, 2244, 2245 Rn. 21.

⁶⁸⁷ EuGH, 10.5.2001, Rs C-144/99 – Kommission/Niederlande; NJW 2001, 2244, 2245 Rn. 21.

⁶⁸⁸ Pfeiffer, ZGS 2002, 217, 219, mit Hinweis auf das EuGH-Urteil und anscheinend in Abkehr zur bisherigen Meinung in ZGS 2002, 94, 95.

⁶⁸⁹ Canaris FS Franz Bydlinski (2001), 81, 100; aA noch Grundmann, ZEuP 1996, 399, 420 f.

⁶⁹⁰ Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 13; näher derselbe, FS Franz Bydlinski (2001), 100 f.

⁶⁹¹ Dazu etwa Pfeiffer, ZGS 2002, 23, 27, wonach eine Vorabentscheidung selbst dann sinnvoll sein kann, wenn sich das Problem außerhalb der Richtlinienvorgaben bewegen sollte. Der EuGH nimmt diese Vorlagen grundsätzlich an; EuGH 8.11.1990, Rs. C-231/89, Slg. 1990, I-4003 – Gmurzynska-Bscher.

⁶⁹² Der EuGH entscheidet dann zwar über die Auslegung der Richtlinie und nicht über die des nationalen Rechts. Dabei ist aber selbst bei einer „überschießenden“ Umsetzung der RL grundsätzlich an eine richtlinienkonforme Auslegung auch außerhalb des eigentlichen und zwingenden Anwendungsbereichs der RL zu denken; EuGH, 17.7.1997, Rs. C 28/95, Slg. 1997, I-4161, 4201 f. - Leur-Bloem/Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2. Schwartz, ZEuP 2000, 544, 574, erwartet daher, dass der EuGH auch die Auslegungszuständigkeit in bezug auf die auf der RL basierenden allgemeinen Kaufrechte beanspruchen wird.

Da Europäisches Verbraucherschutzrecht andererseits nur Mindeststandards setzen soll, scheint für den

d) Erörterung eines gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs

Lehnt man eine richtlinienkonforme Auslegung des § 478 I ab, fragt sich, ob dem Letztverkäufer ein gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch zustehen kann.

Werden EG-Richtlinien fehlerhaft umgesetzt, kann ein solcher grundsätzlich in Betracht kommen, auch wenn Kritiker hier die Kompetenzen der Mitgliedstaaten berührt sehen. Der EuGH beruft sich dazu jedenfalls auf die effektive Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts.⁶⁹³ Dabei ist unerheblich, ob die Legislative oder Exekutive gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen haben. Ein Verstoß der Judikative ist im Fall des Art. 4 RL erst abzuwarten.

Für einen solchen Staatshaftungsanspruch muss die verletzte Gemeinschaftsrechtsregelung erstens dem Anspruchsteller ein subjektives Recht geben wollen.⁶⁹⁴ Wie erläutert ist zwar umstritten, ob Art. 4 RL eine eigene Regressregel überhaupt erfordert oder ob „irgendein“ Verkäuferrückgriff, also gegebenenfalls auch das bisherige nationale Recht, genügt. Nach überwiegender Ansicht, sollte Art. 4 RL dem Letztverkäufer aber ein eigenes Recht gewähren⁶⁹⁵. Diese Anforderung ist also erfüllt.

Zweitens muss für die Gewährung eines Staatshaftungsanspruchs ein hinreichend qualifizierter, d.h. offenkundiger und erheblicher Verstoß gegen die fragliche Richtlinienvorschrift vorliegen⁶⁹⁶. Vor allem diese Voraussetzung unterscheidet sich bei der inhaltlich fehlerhaften Richtlinienumsetzung einerseits und der nicht fristgesetzten andererseits. Während im letztgenannten Fall allein der Fristablauf für einen hinreichend qualifizierten Verstoß ausreicht, ist bei inhaltlich fehlerhafter Richtlinienumsetzung ein Anspruch sehr zweifelhaft.

Um diese Konstellation handelt es sich bei der Beschränkung des § 478 I auf neu hergestellte Sachen, da Art. 4 RL grundsätzlich durch die §§ 478, 479 fristgesetzt umgesetzt wurde. Der EuGH hat in der Rechtssache Denkavit⁶⁹⁷ für einen hinreichend qualifizierten Verstoß zwei Kriterien entwickelt, die hier einen solchen Anspruch begründen könnten. Es ist erstens die Richtlinienauslegung durch andere Mitgliedstaaten zu berücksichtigen, insbesondere, ob auch diese die Richtlinie wie der fragliche Mitgliedstaat umgesetzt oder ausgelegt haben. Ferner ist von Bedeutung, ob der EuGH schon durch eine diesbezügliche Entscheidung zur Zeit der Umsetzung Hinweise zur Auslegung gegeben hatte.⁶⁹⁸

Demzufolge ist hier von Bedeutung, dass beispielsweise das österreichische Vorbild (§§ 922, 933 b ABGB) für die §§ 478, 479 keine Begrenzung auf „neu hergestellte Sachen“ kennt. Während dies für einen Staatshaftungsanspruch sprechen könnte, lag andererseits noch keine Entscheidung des EuGH zur Zeit der Umsetzung vor.

Es wird ferner der gegenüber einer EG-Verordnung größere Spielraum bei der Umsetzung einer Richtlinie zu berücksichtigen sein. Ebenso ist zu beachten, dass der

Verkäuferregress aber auch eine „gespaltene Begriffsverwendung“ möglich, wenn man nicht aus dem in Art. 4 RL enthaltenen, mittelbaren Verbraucherschutz etwas anderes ableiten möchte; vgl. W.-H. Roth, JZ 2001, 475, 482 f.,

⁶⁹³ Thode, ZfBR 1998, 217, 218.

⁶⁹⁴ Thode, ZfBR 1998, 217, 218 Fn. 30, 31.

⁶⁹⁵ B.II.3.b.bb.

⁶⁹⁶ Thode, ZfBR 1998, 217, 219.

⁶⁹⁷ EuGH, 17.10.1996 Rs. C-283/94, Slg. 1996 I-5063 - Denkavit = NJW 1997, 119 = EuZW 1996, 695.

⁶⁹⁸ Thode, ZfBR 1998, 217, 220.

Vorwurf einer falschen Umsetzung gegenüber dem einer reinen Untätigkeit deutlich milder ist. Der deutsche Gesetzgeber hat sich insgesamt um eine richtlinienkonforme und effektive Umsetzung des Art. 4 RL bemüht. Dies zeigt gerade die Schaffung der speziellen Sondernormen der §§ 478, 479, die einen wirksamen Verkäuferregress zum Ziel hatten.

Auch besteht für den Letztverkäufer durch die §§ 478, 479 grundsätzlich ein deutlich besserer Schutz als nach der früheren bundesdeutschen Rechtslage. Nach allem spricht daher vieles gegen das Vorliegen eines hinreichend qualifizierten, offenkundigen und erheblichen Verstoßes gegen Art. 4 RL.

Nimmt man einen solchen hingegen an, müsste für einen Staatshaftungsanspruch drittens ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen diesem und dem Schaden existieren⁶⁹⁹. Einen solchen unmittelbaren Kausalzusammenhang wird man angesichts der klaren Gründe für das Scheitern eines Regresses dann aber annehmen können. Denn ein Scheitern des Verkäuferrückgriffs ist oftmals eindeutig auf die Beschränkung des § 478 I auf neu hergestellte Sachen zurückzuführen.⁷⁰⁰

4. Obligatorische „Rücknahme“ oder „Minderung“ im Sinne des § 478 I

Nach dem Wortlaut des § 478 I muss der Letztverkäufer die Kaufsache als Folge der Mangelhaftigkeit zurückgenommen oder der Verbraucher den Kaufpreis gemindert haben. Damit sind nach der Begründung zum Regierungsentwurf jedenfalls der Rücktritt nach den §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 V und die Minderung nach den §§ 437 Nr. 2, 441 gemeint.⁷⁰¹

Die Rücknahme der Kaufsache vom Verbraucher beim Rücktritt beurteilt sich nach den §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 V. Zu ihr kommt es zunächst, wenn der Verbraucher nach erfolglosem Verstreichen der gesetzten Nacherfüllungsfrist den Rücktritt erklärt und dabei die Sache gemäß §§ 437 Nr. 2, 323 iVm § 346 I an den Letztverkäufer zurückgewährt.

Ist ihm dies nicht möglich, so schuldet der Verbraucher eigentlich Wertersatz nach den §§ 437 Nr. 2, 323, 346 II. Für ihn als Käufer ist jedoch die Haftungsprivilegierung des § 346 III Nr. 3 zu beachten. In dieser Konstellation findet eine Rückgabe der Kaufsache nicht statt. Trotzdem handelt es sich um einen Fall des Rücktritts iSd § 437 Nr. 2, so dass auch dann § 478 I greifen muss – entweder über eine teleologische Extension oder über eine analoge Anwendung (denn man darf hier insoweit von einer planwidrigen Regelungslücke ausgehen, wenn selbst die Minderung von § 478 I erfasst ist⁷⁰²). Entsprechendes gilt bei Unmöglichkeit der Erfüllung der ursprünglichen Leistungspflicht des Letztverkäufers, § 326 V.

Eine Rücknahme der Kaufsache vom Verbraucher kann auch nach § 440 erfolgen, wonach es beim eben beschriebenen Rücktritt außer im Fall des § 323 II einer Fristsetzung dann nicht bedarf, wenn der Letztverkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 III verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist. Nach § 440 S. 2 gilt dabei eine Nachbesserung

⁶⁹⁹ Thode, ZfBR 1998, 217, 221.

⁷⁰⁰ C.IV.3.a.

⁷⁰¹ BT-Drucksache 14/6040, 247; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 952. Die Beweislast für deren Vorliegen trägt beim Regress der Letztverkäufer; Palandt/Putzo, § 478 Rn. 5.

⁷⁰² Vgl. die Wertung bei BT-Drucksache 14/6040, 247 f.

nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt.

Daneben ist aber zudem an die anderen Gewährleistungsfälle des § 437 zu denken, speziell an die, in denen die Kaufsache aus anderen Gründen als dem Rücktritt „zurückgenommen“ wurde. Denn immerhin beruhen auch diese Gewährleistungsrechte auf dem zwingenden Verbrauchsgüterkaufrecht der RL. Fraglich ist also, ob dort dem Letztverkäufer die Erleichterung des § 478 I verwehrt bleiben soll. Macht der Verbraucher allerdings ganz andere Rechte als die in § 437 genannten geltend, kommt § 478 I aus derselben Erwägung nicht zur Anwendung⁷⁰³.

a) Obligatorische „Rücknahme“ im Rahmen der Nachlieferung

Der Letztverkäufer nimmt die Sache nach dem Wortlaut des § 478 I auch im Rahmen der Nachlieferung gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 IV zurück. Unter § 478 I soll eine solche „Rücknahme“ auch nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers fallen.⁷⁰⁴ Damit ist in § 478 I jedenfalls nicht schon per se nur eine Bezugnahme speziell auf die Minderung und den Rücktritt iSd § 437 Nr. 2 zu sehen⁷⁰⁵.

Nach einer Ansicht ist die Rücknahme iSd § 439 IV jedoch deshalb nicht mit § 478 I erfasst, da sich § 478 I und II gegenseitig ausschließen sollen und für die Ersatzlieferung allein § 478 II Anwendung finden soll. Der Zweck des § 439 IV wird nach dieser Auffassung nur darin gesehen, eine Bereicherung des Verbrauchers zu verhindern. Die Rückgabepflicht wäre danach bloßer Reflex des Nachlieferungsanspruchs, nicht aber ein dem Rücktritt vergleichbares Gewährleistungsrecht.

Außerdem wird für die Notwendigkeit eines Fristsetzungserfordernisses im Rahmen der Ersatzlieferung darauf verwiesen, dass bei dieser (anders als bei Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz) die Vertragswidrigkeit zugunsten des Verbrauchers grundsätzlich noch zu beheben ist und ein Abwarten deshalb auch dem Letztverkäufer zuzumuten sein könnte.⁷⁰⁶

Es ist also zu prüfen, ob sich diese Einwände gegen den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers durchsetzen können, dem Letztverkäufer mit § 478 I gerade ein sofortiges Durchreichen der mangelhaften Kaufsache im Regresswege zu ermöglichen⁷⁰⁷.

Hinzu kommt folgende Überlegung: Erfasste man die Rücknahme bei der Nachlieferung nicht von § 478 I, kehrte man den von § 478 I bezweckten Letztverkäuferschutz durch die Gewährung eines „Rechts zur zweiten Andienung“ in einen Lieferantenschutz um.

⁷⁰³ Oetker/Maultzsch, 189.

⁷⁰⁴ BT-Drucksache 14/6040, 247; dafür auch Luther(-Steimle), 91; Brox, § 7. Besondere Arten des Kaufs, Rn. 14; Dauner-Lieb, Das neue Schuldrecht: Fälle und Lösungen, 150; pauschal für die Anwendbarkeit des § 478 I im Rahmen der Nacherfüllung spricht sich von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 731 Fn. 183 aus; nach Lorenz/Riehm, Rn. 589, fällt unter die „Rücknahme“ iSd § 478 I jede Art der Rücknahme des Letztverkäufers im Rahmen des Gewährleistungsrechts und daher auch die Rücknahme als Folge des Nachlieferungsanspruchs nach den §§ 437 Nr. 1, 439 IV.

⁷⁰⁵ Vgl. aber auch Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 4.

⁷⁰⁶ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 87; derselbe, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 23-27.

⁷⁰⁷ BT-Drucksache 14/6040, 247 f.; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 952.

Dies ist ersichtlich aber weder das Bestreben von § 478 I noch von Art. 4 RL. Der Letztverkäufer befindet sich zudem in einer anderen Situation als der Verbraucher. Diesem droht nämlich keine Gewährleistungshaftung von „unten“. Selbst wenn man den Unterschied des Rücktritts zur Rückgabe iSd § 439 IV darin sehen wollte, dass diese ein bloßer Reflex der Nachlieferung ist, ist die Interessenlage in beiden Fällen nicht wesentlich verschieden. Dies zeigt schon die Verweisung des § 439 IV auf die Vorschriften für den Rücktritt. Ein Ausschluss der Nachlieferung von § 478 I könnte auch zu deren verbraucherschädlichen Verweigerung durch den Letztverkäufer führen⁷⁰⁸. Eine Gleichbehandlung mit dem Rücktritt stellt den Letztverkäufer schließlich auch nicht unangemessen besser. Denn bei der Nachlieferung kann er primär nach § 478 II vorgehen und damit neben dem Ersatz der Nacherfüllungsaufwendungen auch noch seine Handelsspanne aus dem Verbrauchergeschäft behalten. Gewährt man dem Letztverkäufer bei der Ersatzlieferung die Möglichkeit, nach § 478 I vorzugehen, kann er seine Handelsspanne nur im Rahmen des von einem Verschulden abhängigen Schadensersatzanspruchs erhalten. Geht man dann noch davon aus, dass § 478 I und II grundsätzlich in einem Exklusivitätsverhältnis stehen⁷⁰⁹, wäre der Letztverkäufer durch einen Rückgriff nach § 478 I also regelmäßig benachteiligt. Dies gilt wegen des Verlustes der Handelsspanne selbst dann, wenn der Aufwendungsersatz gemäß § 478 II gegebenenfalls hinter dem nach § 478 I erzielbaren Betrag einer Preisminderung zurückbleiben sollte⁷¹⁰. Aber auch ein gegebenenfalls umfassenderer Schadensersatzanspruch⁷¹¹ des Letztverkäufers wird durch das im Gegensatz zu § 478 II erforderliche Verschuldenserfordernis ausgeglichen. Folglich ist bei der Rücknahme im Rahmen der Nachlieferung ebenfalls von einer „Rücknahme“ iSd § 478 I auszugehen.

b) „Rücknahme“ beim „großen“ Schadensersatz

Während es für den nichtmangelbedingten Schadensersatzanspruch des Letztverkäufers ohnehin keiner Fristsetzung bedarf⁷¹², könnte die Erfassung des „großen“ Schadensersatzanspruchs durch § 478 I zweifelhaft sein. Bei diesem geht es um den Schadensersatz statt der Leistung iSd § 437 Nr. 3 iVm den jeweils einschlägigen Normen (§ 311 a II, § 283 oder vor allem §§ 280 III, 281 I 2) unter Rückgabe der Kaufsache.

Zwar ist die Frage des Schadensersatzes nicht von der RL geregelt und ein entsprechender Ausschluss vom Verkäuferregress daher jedenfalls nach deren Wertung prinzipiell zulässig⁷¹³.

Schon der Wortlaut des § 478 I spricht aber dafür, dass der Letztverkäufer die Sache im Rahmen des „großen“ Schadensersatzanspruchs ebenfalls „zurücknimmt“.⁷¹⁴ Wie bereits bei der Rücknahme iSd § 439 IV festgestellt wurde, ist § 478 I auch keine

⁷⁰⁸ Oechsler, C § 2 Rn. 323.

⁷⁰⁹ C.VI.

⁷¹⁰ Jud, ZfRV 2001, 201, 214.

⁷¹¹ Vgl. Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1398.

⁷¹² Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 4.

⁷¹³ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1398.

⁷¹⁴ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 9; dafür: Luther(-Steimle), 91. Nach Lorenz/Riehm, Rn. 589, fällt unter die „Rücknahme“ iSd § 478 I jede Art der Rücknahme des Letztverkäufers im Rahmen des Gewährleistungsrechts und daher auch die Rücknahme im Rahmen des „großen“ Schadensersatzes.

Bezugnahme speziell nur auf die Minderung und den Rücktritt iSd § 437 Nr. 2⁷¹⁵.

Hinzu kommt, dass selbst die Argumente, die möglicherweise gegen die Einbeziehung der Nachlieferung in den Anwendungsbereich des § 478 I hätten sprechen können, hier nicht greifen.

Denn zunächst ist die Rücknahme beim „großen“ Schadensersatzanspruch kein bloßer Reflex, wie möglicherweise im Rahmen der Ersatzlieferung. Dies folgt daraus, dass sich der Verbraucher hier durch die Abwahl des „kleinen“ bewusst für die Rückgabe der Sache im Rahmen des „großen“ Schadensersatzes entschieden hat.

Anders als bei der Ersatzlieferung, ist die Leistungsstörung beim „großen“ Schadensersatzanspruch gerade auch nicht mehr behebbar und eine weitere Fristsetzung gegenüber dem Lieferanten schon deshalb nicht sinnvoll⁷¹⁶.

Außerdem hätte der Letztverkäufer ohne die Gewährung des § 478 I für den „großen“ Schadensersatz noch nicht einmal die Regressmöglichkeit des § 478 II. Im Gegensatz zur Rücknahme bei der Nachlieferung, hätte der Letztverkäufer hier also überhaupt keine besondere Rückgriffserleichterung.

Vor allem aber ist die Anwendbarkeit des § 478 I auf den „großen“ Schadensersatz aus der Entstehungsgeschichte des deutschen Rückgriffs und dem subjektiven Willen des Gesetzgebers abzuleiten. Zum „möglichst problemlos[en]“ Durchreichen der Sache soll der Letztverkäufer nämlich auch hier von § 478 I profitieren.⁷¹⁷

Die Anwendbarkeit des § 478 I erfährt im Rahmen des „großen“ Schadensersatzanspruchs ohnehin dadurch eine wesentliche, praktische Einschränkung, dass der Schadensersatzanspruch gegen den Letztverkäufer nur auf der Vermutung des § 280 I 2, nicht aber auf einem tatsächlichen Verschulden des Letztverkäufers beruhen darf⁷¹⁸. Denn im letztgenannten Fall lag der Mangel dann nicht schon, wie von § 478 I gefordert, bei Gefahrübergang auf ihn vor⁷¹⁹. Der Lieferant darf also nicht die Vermutung des § 280 I 2 entkräften können⁷²⁰.

c) Der mangelbedingte „kleine“ Schadensersatz

Während für den nicht-mangelbedingten „kleinen“ Schadensersatzanspruch § 280 I direkt greift und insofern ohnehin kein Fristsetzungserfordernis besteht⁷²¹, ist unklar, ob § 478 I beim mangelbedingten „kleinen“ Schadensersatzanspruch ohne Rückgabe der Sache Anwendung finden soll. Hier liegt weder eine „Rücknahme“ der Sache noch eine „Minderung“ im eigentlichen Sinne des § 441 vor.⁷²² Wie beim „großen“ Schadensersatz bereits erwähnt, regelt die RL generell auch keine

⁷¹⁵ C.IV.4.a; vgl. aber Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 4.

⁷¹⁶ Zu diesem Argument im Rahmen der Nachlieferung: Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 87; derselbe, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 23-27.

⁷¹⁷ BT-Drucksache 14/6040, 247; so auch Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 22; derselbe, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 87; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 952; Brox, § 7. Besondere Arten des Kaufs, Rn. 14; von Gessaphe, RIW 2001, 721, 731.

⁷¹⁸ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 9.

⁷¹⁹ C.IV.6.

⁷²⁰ Vgl. Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 9.

⁷²¹ C.II.

⁷²² Luther(-Steimle), 91.

Schadensersatzansprüche. Den Mitgliedstaaten stand es somit hier ebenfalls grundsätzlich frei, diesen Bereich selbst zu gestalten.

Hinzu kommt, dass für die „Minderung“ iSd § 478 I im Gegensatz zur „Rücknahme“ mit § 441 grundsätzlich ein klar definiertes Rechtsinstitut bereitsteht, das den mangelbedingten „kleinen“ Schadensersatz nicht erfasst.

Auch die Gesetzessystematik spricht somit gegen die Anwendbarkeit des § 478 I auf den mangelbedingten „kleinen“ Schadensersatzanspruch. Es fehlt zudem ein anderslautender, klarstellender Hinweis des Gesetzgebers⁷²³.

Eine teleologische Auslegung der Worte „gemindert hat“, die im Rahmen des § 478 I auch den mangelbedingten „kleinen“ Schadensersatz“ erfasste, begegnet folglich Bedenken.

Gleichwohl könnte eine planwidrige Regelungslücke vorliegen, die durch eine analoge Anwendung des § 478 I zu überwinden wäre⁷²⁴. An einer solchen könnte man deshalb zweifeln, weil der Gesetzgeber mit § 478 I vor allem das erleichterte Durchreichen der vom Verbraucher zurückgenommenen Kaufsache bezweckte⁷²⁵. Andererseits fällt unter dieses Ziel eigentlich schon nicht die von § 478 I jedenfalls erfasste Minderung iSd § 441⁷²⁶.

Zu Lasten einer analogen Anwendung könnte aber einzuwenden sein, dass in der Begründung zum RE ausdrücklich nur der „große“ Schadensersatz als möglicher Auslöser von § 478 I genannt wurde, nicht jedoch der mangelbedingte „kleine“ Schadensersatz⁷²⁷. Gleichwohl wird man daraus einen eindeutigen Willen zum Ausschluss des mangelbedingten „kleinen“ Schadensersatzes von § 478 I nicht herleiten können⁷²⁸. Es liegt vielmehr nahe, dass der Gesetzgeber unter dem oftmals kritisierten Zeitdruck gar nicht an den mangelbedingten „kleinen“ Schadensersatzanspruch gedacht hat. Ein Indiz dafür ist die an anderer Stelle des § 478 I zu findende, mangelhafte Auseinandersetzung mit den Regressvoraussetzungen und -folgen, wie etwa bei der richtlinienwidrigen Beschränkung auf „neu hergestellte Sachen“.

Außerdem soll § 478 I ganz allgemein die erleichterte Geltendmachung der §§ 437 ff. ermöglichen⁷²⁹, worunter gerade auch der mangelbedingte „kleine“ Schadensersatz fällt. Insgesamt wird somit nicht von einer vom Gesetzgeber bewusst offengelassenen Regelungslücke auszugehen sein.

Es fragt sich sodann, ob tatsächlich eine analoge Anwendung des § 478 I zu erfolgen hat⁷³⁰. Anforderungen des EuGH an die Umsetzungstransparenz oder ein sonst wie

⁷²³ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 247 f.; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 4.

⁷²⁴ Dafür Lorenz/Riehm, Rn. 589; Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 11; Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 87; derselbe; in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 30; im Ergebnis auch Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1398.

⁷²⁵ BT-Drucksache 14/6040, 247.

⁷²⁶ Dazu Brox, § 7. Besondere Arten des Kaufs, Rn. 14; dies ist auch mit den generellen Erwägungen des Gesetzgebers zu vereinbaren; dazu C.III.

⁷²⁷ BT-Drucksache 14/6040, 247.

⁷²⁸ Vgl. Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 4.

⁷²⁹ BT-Drucksache 14/6040, 247.

⁷³⁰ Schon hier sei erwähnt, dass eine richtlinienkonforme Auslegung grundsätzlich nicht in Betracht kommt, da die RL die Schadensersatzhaftung gerade nicht regelt. Insoweit können prinzipiell auch weder der Verantwortungsgrundsatz des Art. 4 RL noch der gemeinschaftsrechtliche Effektivitätsgrundsatz zur Anwendung kommen. Denn da durch die §§ 478, 479 ein besonderer Regress vorgesehen wurde, kann die

eindeutiger Wortlaut stehen dem jedenfalls nicht entgegen, wie etwa bei der Beschränkung auf „neu hergestellte Sachen“⁷³¹.

Gegen eine analoge Anwendung des § 478 I könnte jedoch sodann sprechen, dass der von § 478 I erfasste „große“ Schadensersatzanspruch regelmäßig eine weitgehendere Belastung für den Letztverkäufer darstellen und daher gegenüber dem mangelbedingten „kleinen“ zu privilegieren wäre.

Diesem Einwand ist entgegenzuhalten, dass beim mangelbedingten „kleinen“ Schadensersatz anderenfalls überhaupt kein erleichterter Regress nach den §§ 478, 479 möglich wäre. Diese Erwägung war wohl auch überhaupt schon der Grund dafür, die Minderung bei § 478 I in gleicher Weise wie die zurückgenommene Sache „problemlos weitergeben“ zu können⁷³². Dass dieser Gedanke verallgemeinerungsfähig ist, legt zudem der offene Begriff der „Rücknahme“ iSd § 478 I nahe.

Wäre der mangelbedingte „kleine“ Schadensersatz also nicht von § 478 I erfasst, drohte die vom Gesetzgeber grundsätzlich abgelehnte Möglichkeit, dass der Lieferant dem Letztverkäufer eine neue Sache aufdrängt, für die er dann einen weiteren Käufer finden müsste⁷³³.

Geht man ferner davon aus, dass das beim mangelbedingten „kleinen“ Schadensersatz nach den §§ 437 Nr. 3, 280 I 1, 281 I 1 erforderliche Verschulden des Letztverkäufers regelmäßig auch bei der Minderung vorliegt, lässt sich daraus außerdem eine grundsätzliche Verwandtschaft des mangelbedingten „kleinen“ Schadensersatzes mit der Minderung ableiten.

Sie wird auch daran deutlich, dass der Verbraucher die mangelhafte Sache in beiden Fällen behält und eine Nachbesserung des Lieferanten iSd § 439 I ausscheidet. An der erwähnten Verwandtschaft ändert grundsätzlich nichts, dass die Minderung die Wertdifferenz nach § 441 III, der mangelbedingte „kleine“ Schadensersatz aber die adäquat kausalen Schäden zum Haftungsmaßstab nimmt. Häufig wird der mangelbedingte „kleine“ Schadensersatz nämlich dem Minderungsbetrag entsprechen.⁷³⁴

Es besteht folglich jedenfalls dann das Bedürfnis, von einem Fristerfordernis abzusehen, wenn der Letztverkäufer den „kleinen“ Schadensersatz für den mangelbedingten Minderwert der Sache geleistet hat. Zumindest insoweit ist eine „funktionelle Äquivalenz“ zur Minderung gegeben.⁷³⁵ Man könnte allerdings an einer analogen Anwendung des § 478 I zweifeln, wenn es um die Mängelbeseitigungskosten, den mangelbedingten Nutzungsausfall bzw. den entgangenen Gewinn geht⁷³⁶.

Auch insoweit wird man eine analoge Anwendung jedoch auf die weite und allgemeine Gleichbehandlung der Minderung mit dem mangelbedingten „kleinen Schadensersatz“ durch den Gesetzgeber stützen können. Danach deckt sich der mangelbedingte „kleine Schadensersatz“ weitgehend mit dem Minderungsbetrag, weil die Kosten zur

Schadensersatzhaftung im Rahmen des Art. 4 RL allenfalls dann notwendigerweise berücksichtigt werden, wenn sich ein Letztverkäuferregress im wesentlichen auf diese beschränkte.

⁷³¹ C.IV.3.c.

⁷³² Brox, § 7. Besondere Arten des Kaufs, Rn. 14; C.III.

⁷³³ Canaris, Schuldrechtsreform 2002, XXXI.

⁷³⁴ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 30.

⁷³⁵ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 87; Oetker/Maultzsch, 189; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1398; vgl. auch Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 11.

⁷³⁶ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 30.

Mängelbeseitigung „zumindest Anhaltspunkte für die Wertberechnung der Minderung“⁷³⁷ sein können.

Vor allem wird aber aus dem systematischen Kontext zu § 479 II deutlich, dass alle in § 437 genannten Regressrechte (und damit auch der mangelbedingte „kleine“ Schadensersatz insgesamt) entweder von § 478 I oder von § 478 II erfasst werden sollen. Denn die Ablaufhemmung des § 479 II 1 findet auf „die Verjährung der in den §§ 437 und 478 Abs. 2 bestimmten Ansprüche des Unternehmers gegen seinen Lieferanten wegen des Mangels einer an einen Verbraucher verkauften neu hergestellten Sache“ und damit auf jedes Gewährleistungsrecht nach § 437 bzw. § 478 II Anwendung. Da § 478 II den (mangelbedingten) „kleinen“ Schadensersatzanspruch nicht erfasst, muss dies somit umfassend von § 478 I geschehen.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass dem Letztverkäufer anderenfalls beispielsweise auch die weiteren Regresserleichterungen nach § 478 III und § 479 nicht zugute kämen.⁷³⁸

Zusammenfassend muss § 478 I daher allgemein analog auf den mangelbedingten „kleinen“ Schadensersatz angewandt werden.

d) Der Aufwendungsersatz

Gewährt man die Fristerleichterung des § 478 I direkt beim „großen“ und analog beim „kleinen“ Schadensersatz, so fragt sich weiter, ob dies entsprechend auch für den Aufwendungsersatz nach §§ 437 Nr. 3, 284 gilt.

Denn der Aufwendungsersatzanspruch ist ebenfalls nicht vom Wortlaut des § 478 I erfasst. Nach der Ansicht, die sich generell für die Beibehaltung des Fristsetzungserfordernisses beim Schadensersatz statt der Leistung ausspricht⁷³⁹, kann auch der Aufwendungsersatzanspruch nach § 284 nicht unter § 478 I fallen. Dies folgt daraus, dass dieser nur „statt“ des § 281 (also des Schadensersatzes statt der Leistung) greift und mithin an dessen Voraussetzungen gebunden ist.

Gegen eine Anwendung des § 478 I auf den Aufwendungsersatzanspruch sprechen im übrigen die gleichen Gründe wie ihm Rahmen der Schadensersatzhaftung, wie etwa der unter Umständen darauf basierende und vom Lieferanten gegenüber den anderen Gewährleistungsrechten deutlich höher zu leistende Ersatz sowie die Außerachtlassung des Schadensersatzes durch die RL.⁷⁴⁰

Gleichwohl ist der Sache nach kaum begründbar, warum dem Letztverkäufer die Fristerleichterung zwar beim „großen“ und „kleinen“ Schadensersatzanspruch, ausgerechnet beim Aufwendungsersatzanspruch aber nicht gewährt werden soll. Denn wenn der Aufwendungsersatzanspruch nur „statt“ des Schadensersatzanspruchs nach § 281 greift, also als „Annex“, ist hier eine analoge Anwendung des § 478 I als „Reflex“ zur Kopplung an die Schadensersatzhaftung nur konsequent. Ein anderes Ergebnis wäre unbillig und führte zu einem lückenhaften Regress.

Dem Verbraucher wird zudem die Regressproblematik des Letztverkäufers gar nicht bewusst sein, wenn er sich „zufällig“ für den Schadensersatzanspruch und gegen den Aufwendungsersatz entscheidet und umgekehrt.

⁷³⁷ BT-Drucksache 14/6040, 226.

⁷³⁸ Westermann, NJW 2002, 241, 253.

⁷³⁹ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 4.

⁷⁴⁰ Vgl. Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1397 f.

Davon kann vernünftigerweise aber der Verkäuferrückgriff mit seinen Erleichterungen nicht abhängen. Folglich ist aus den entsprechenden Erwägungen zum „kleinen“ Schadensersatz (insbesondere der systematischen Auslegung von § 479 II 1 iVm § 478 I und II)⁷⁴¹ auch im Falle des Aufwendungsersatzes eine analoge Anwendung des § 478 I vorzunehmen.

e) Die Nachbesserung

Es ist schließlich noch zu prüfen, ob der Letztverkäufer nach erfolgter Nachbesserung iSd § 439 I gemäß § 478 I Regress nehmen kann⁷⁴². Praktisch relevant wird die Frage nach der Fristerleichterung beispielsweise dann, wenn der Aufwendungsersatz nach § 478 II hinter dem erzielbaren Betrag einer Preisminderung im Verhältnis zum Lieferanten zurückbleibt⁷⁴³.

Der Wortlaut des § 478 I ist jedenfalls hier eigentlich eindeutig. Der Letztverkäufer hat im Rahmen der Nachbesserung die Sache weder „zurückgenommen“ noch hat der Verbraucher den Kaufpreis „gemindert“⁷⁴⁴. Es bleibt die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 478 I⁷⁴⁵.

Dagegen könnte zunächst sprechen, dass bei der Nachbesserung (wie bei der Nachlieferung) eine Leistungsstörung zugunsten des Verbrauchers gerade noch zu beheben ist. Im Gegensatz zu Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz könnte daher auch eine Fristsetzung gegenüber dem Lieferanten sinnvoll sein.⁷⁴⁶ Gegen eine Ausdehnung des § 478 I könnte ferner anzuführen sein, dass der Letztverkäufer bei der Nachbesserung nach § 478 II vorgehen kann. Anders als in den Fällen des Schadens- oder Aufwendungsersatzes, kommt er damit zumindest in den Genuss einer der Rückgriffshilfen des § 478.⁷⁴⁷ Hier könnte man es folglich bei einem grundsätzlichen Ausschließlichkeitsverhältnis von § 478 I zu § 478 II zu belassen haben⁷⁴⁸. Der Gesetzgeber selbst⁷⁴⁹ sieht aber die „Rücknahme“ bei der Ersatzlieferung als „Rücknahme“ iSd § 478 I an und relativiert ein solches „Ausschlussverhältnis“ damit wieder⁷⁵⁰. Zugunsten des Verzichts auf das Fristsetzungserfordernis ist weiter

⁷⁴¹ C.IV.4.c.

⁷⁴² Jud, ZfRV 2001, 201, 214; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1399; Westermann, NJW 2002, 241, 253.

Die Fristerleichterung wird man für den Letztverkäufer hier jedenfalls nicht schon aus § 439 I selbst ableiten können. Denn dieser hat danach nur das Recht, sofort die Nachbesserung zu verlangen, nicht aber bei Nachbesserung gegenüber dem Verbraucher generell selbst sogleich nach allen Gewährleistungsrechten der §§ 437 ff. vorzugehen; so aber missverständlich Jud, ZfRV 2001, 201, 214, für den Fall einer unmöglichen Nacherfüllung, die dies daraus folgert, dass der Letztverkäufer ohnehin die Rechte aus §§ 437 ff. hat.

⁷⁴³ Jud, ZfRV 2001, 201, 214.

⁷⁴⁴ Jud, ZfRV 2001, 201, 214; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1398 f.; Westermann, NJW 2002, 241, 253.

⁷⁴⁵ Dazu grundsätzlich schon C.IV.4.c.

⁷⁴⁶ Vgl. zur Nachlieferung: Büdenbender, in: Dauner-Lieb, Das neue Schuldrecht: Fälle und Lösungen, § 8 Rn. 87; derselbe, in: Dauner-Lieb, AnwK, § 478 Rn. 23-27; ferner Jud, ZfRV 2001, 201, 214; kritisch jedoch Westermann, NJW 2002, 241, 253.

⁷⁴⁷ Vgl. Oetker/Maultzsch, 189 Fn. 861.

⁷⁴⁸ Für den Fall der Ersatzlieferung Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 87; derselbe, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 23.

⁷⁴⁹ So BT-Drucksache 14/6040, 247; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 952.

⁷⁵⁰ Vgl. auch Oetker/Maultzsch, 192 Fn. 873, wonach im Fall der Nachlieferung nach § 439 I Var. 2 § 478 I und II parallel greifen.

anzumerken, dass den Letztverkäufer gerade eine eigene Nachbesserungspflicht trifft, der er rechtzeitig nachkommen muss⁷⁵¹. Für eine Analogie spricht jedoch vor allem der Leitgedanke des Gesetzgebers zu § 478, wonach dem Letztverkäufer durch den Lieferanten keine Sache aufgedrängt werden soll, für die er dann einen weiteren Käufer finden müsste⁷⁵². Diese Sache wäre aufgrund der Nachbesserung noch nicht einmal mehr als „neu hergestellte“ zu verkaufen⁷⁵³. Eine analoge Anwendung des § 478 I ist auch deshalb naheliegend, da alle anderen Gewährleistungsrechte des § 437 von § 478 I erfasst sind. Hinzu kommt, dass es der Verbraucher durch die Wahl der Nachlieferung einerseits oder der Nachbesserung andererseits in der Hand hätte, ob dem Letztverkäufer die Erleichterung des § 478 I zustünde oder nicht.⁷⁵⁴ Dies könnte wiederum dazu führen, dass sich der Letztverkäufer bei der Wahl der Nachbesserung voreilig und verbraucherschädlich auf § 439 III berufen könnte, um so in den Genuss des bei der Nachlieferung gegebenen § 478 I zu kommen⁷⁵⁵. Wie schon im Rahmen der Ersatzlieferung erwähnt, wird der Letztverkäufer durch eine Analogie im Regelfall nicht besser gestellt, da er bei dem alternativen Rückgriff nach § 478 II stets seine Handelsspanne behält⁷⁵⁶. Mithin ist daher auch bei der Nachbesserung ein Regress nach § 478 I zu gewähren⁷⁵⁷ und eine entsprechende analoge Anwendung vorzunehmen⁷⁵⁸.

5. „Rücknahme“ oder „Minderung“ als Folge der Mangelhaftigkeit im Sinne der §§ 434 f., 437

§ 478 I greift nur, wenn der Letztverkäufer die Sache „als Folge ihrer Mangelhaftigkeit zurücknehmen musste oder der Verbraucher den Kaufpreis gemindert hat“⁷⁵⁹. Entsprechendes gilt für alle anderen von § 478 I durch direkte oder analoge Anwendung erfassten Gewährleistungsrechte⁷⁶⁰.

a) Durchsetzbares Gewährleistungsrecht des Verbrauchers

Damit § 478 I Anwendung findet, muss also zunächst ein Mangel der Sache vorliegen. Dies kann entweder ein Sachmangel nach § 434 oder ein Rechtsmangel nach § 435 sein.

aa) Gewährleistungsgrund: Die einheitlichen Mängelbegriffe der §§ 434, 435

aaa) Der Sachmangel und die Grundregel des § 434 I

Grundlage des Sachmangelbegriffs ist nach § 434 I 1⁷⁶¹ der subjektive Fehlerbegriff. Danach wird primär die vereinbarte Beschaffenheit der Sache, die

⁷⁵¹ Jud, ZfRV 2001, 201, 214 Fn. 135.

⁷⁵² Canaris, Schuldrechtsreform 2002, XXXI.

⁷⁵³ C.III.

⁷⁵⁴ Jud, ZfRV 2001, 201, 214.

⁷⁵⁵ Jud, ZfRV 2001, 201, 214 Fn. 137.

⁷⁵⁶ Vgl. C.IV.4.

⁷⁵⁷ Jud, ZfRV 2001, 201, 214.

⁷⁵⁸ Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 11; vgl. auch Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1398; aA, allerdings ohne nähere Begründung, etwa Maultzsch, JuS 2002, 1171, 1172; Hassemer, JURA 2002, 841, 848.

⁷⁵⁹ BT-Drucksache 14/6040, 247, 248; Welsch/Jud, 14. ÖJT, 156; auch das Vorbild des § 933 b ABGB geht davon aus, dass der Letztverkäufer tatsächlich in Anspruch genommen wurde; GewRAG-E, 39.

⁷⁶⁰ Vgl. die Untersuchung bei C.IV.4.

⁷⁶¹ Dieser basiert auf Art. 2 I RL, Art. 35 CISG; Magnus, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 79, 87; Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 209.

Parteivereinbarung⁷⁶², zum Maßstab der vertragsgemäßen Lieferung genommen.⁷⁶³ Dabei werden neben den Fällen des Qualitätsmangels auch so genannte Qualifikationsmängel erfasst, bei denen im Vertrag bestimmte Qualifikationsmerkmale⁷⁶⁴ fehlen.

Ogleich dies angesichts des Art. 2 II RL zweifelhaft ist⁷⁶⁵, kommt es für einen Sachmangel erst bei Nichtvorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung weiter darauf an, ob sich die Kaufsache nach § 434 I 2 Nr. 1 für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet⁷⁶⁶.

Greift auch dieser Fall nicht, kann ein Sachmangel nach § 434 I 2 Nr. 2 noch darin bestehen, dass die Sache nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Verbraucher nach der Art der Sache erwarten kann⁷⁶⁷. Da es bei § 434 I 2 Nr. 2 um ein objektives Mangelkriterium geht, kommt gerade in diesem Bereich eine Mangelverursachung durch ein anderes Kettenglied als den Letztverkäufer in Betracht. Speziell hier besteht also die Notwendigkeit eines durchsetzbaren Verkäuferregresses⁷⁶⁸.

Dieses Bedürfnis wird dadurch verschärft, dass zu der Beschaffenheit iSd § 434 I 2 Nr. 2 nach § 434 I 3 auch die Eigenschaften gehören, die der Verbraucher nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers (§ 4 I und II ProdHaftG) oder seines Gehilfen insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann⁷⁶⁹.

Allerdings kommen dem Letztverkäufer in diesem Kontext auch gewisse Haftungseinschränkungen zugute. Zunächst betrifft dies die Qualität der fraglichen Haftungsverursacher, also die „Werbenden“ iSd § 434 I 3. Denn es ist jedenfalls nach Auffassung des deutschen Gesetzgebers erforderlich, dass der dort genannte Herstellergehilfe mit Wissen und Wollen des Herstellers oder des Verkäufers tätig geworden, also eingeschaltet, worden ist⁷⁷⁰.

⁷⁶² Vgl. C.IV.6.b zu der Wichtigkeit von „besonderen Beschaffenheitsvereinbarungen“ beim Regress.

⁷⁶³ BT-Drucksache 14/6040, 212, 247, 248; Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 214.

⁷⁶⁴ Bei den „Individualabweichungen“ stammt etwa die Kaufsache nicht vom vereinbarten Künstler, bei den „Artabweichungen“ stimmt die gelieferte Art nicht mit der vereinbarten überein; vgl. etwa RGZ 99, 147; 135, 340.

⁷⁶⁵ Denn die in Art. 2 II RL genannten und in § 434 I übernommenen Vermutungen sehen zumindest ausdrücklich kein Hierarchieverhältnis vor. Deshalb könnte auch zu fordern sein, dass sie insgesamt, also kumulativ, vorliegen müssen; vgl. Faber, JBl 1999, 413, 418; Jorden/Lehmann, JZ 2001, 952, 956; Pfeiffer, ZGS 2002, 94, 95; Hassemer, ZGS 2002, 95, 96.

⁷⁶⁶ BT-Drucksache 14/6040, 213.

⁷⁶⁷ Keine „Sachen der gleichen Art“ sind etwa Neu- im Vergleich zu Gebrauchtwagen; BT-Drucksache 14/6040, 214.

⁷⁶⁸ Welser/Jud, 14. ÖJT, 157.

⁷⁶⁹ Bei § 434 I 3 handelt es sich ebenfalls um ein objektives Mangelkriterium, bei dem es weder auf die Erwähnung im Verbrauchsgüterkaufvertrag noch auf die im Vorfeld geführten Vertragsverhandlungen ankommt; BT-Drucksache 14/6040, 248; BT-Drucksache 14/6857, 25; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 725; Augenhöfer, JBl 2001, 82, 85 f.; Westermann, NJW 2002, 241, 245, 252; Weiler, WM 2002, 1784, 1794; Knoche, DB 2002, 1699, 1700. Kritisch zur Einführung des § 434 I 3 und der damit denkbaren Verdrängung von unmittelbaren, den Letztverkäufer möglicherweise überspringenden Herstellergarantien Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 278.

⁷⁷⁰ BT-Drucksache 14/6040, 214 („eingeschaltet werden“); so auch nach dem österreichischen § 922 II ABGB; Darunter kann etwa auch ein Gutachter, Sachverständiger oder eine selbständige Werbeagentur fallen; GewRÄG-E, 25 („bedienen“).

Zweitens hat diese Tätigkeit auch im Zusammenhang mit der Werbung oder Kennzeichnung zu stehen und sich auf bestimmte Eigenschaften der Sache zu beziehen⁷⁷¹.

Einen weiteren Ausgleich für die umfangreiche Haftung nach § 434 I 3 bieten die dort vorgesehenen Haftungsentlastungen⁷⁷² für den Letztverkäufer⁷⁷³. Danach haftet er nicht, wenn er die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste, sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war oder wenn sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte. Außerdem ist zu bedenken, dass von öffentlichen Äußerungen auch der Letztverkäufer durch einen höheren Absatz profitieren dürfte⁷⁷⁴.

Da der letztlich für die Vertragswidrigkeit Verantwortliche regelmäßig über den Rückgriff durch die Lieferkette nach den §§ 478 V, 479 III haften wird⁷⁷⁵, wird dem Letztverkäufer zudem die zu erwartende, bessere Zusammenarbeit der Kettenglieder zugute kommen, die sich dadurch jeweils selbst werden schützen wollen⁷⁷⁶.

Aus diesen Gründen ist jedenfalls aus Sicht des maßgebenden Art. 4 RL eine mitunter geforderte Direkthaftung⁷⁷⁷ nicht erforderlich.

bbb) Die Erweiterungen nach § 434 II und III sowie der Rechtsmangel

§ 434 II (Art. 2 V RL) erweitert den Sachmangelbegriff um zwei Fälle⁷⁷⁸. § 434 II 1 betrifft den Mangel, der erst durch unsachgemäße Montage⁷⁷⁹ des Letztverkäufers oder durch seinen Erfüllungsgehilfen entstanden ist⁷⁸⁰. Zweitens geht es nach der so

⁷⁷¹ BT-Drucksache 14/6040, 214; Nach der Gegenauffassung ist eine „Einschaltung“ durch den Hersteller ebenso wenig erforderlich wie die Einbindung in die Vertriebskette; vgl. Lehmann, JZ 2000, 280, 288, 290 Fn. 106; in diese Richtung etwa auch Westermann, NJW 2002, 241, 245. Nach einem weiteren Verständnis ist der Herstellervertreter iSd RL „jede rechtsfähige Person oder Einheit, die als vom Hersteller autorisierter Vertriebshändler oder autorisierte Kundendienststelle auftritt, mit Ausnahme unabhängiger Verkäufer, die ausschließlich als Einzelhändler tätig sind“; ausführlich Jorden/Lehmann, JZ 2001, 952, 954, 956, 964.

⁷⁷² Zur Frage nach weiteren Haftungsentlastungen etwa Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 671.

⁷⁷³ BT-Drucksache 14/6040, 214.

⁷⁷⁴ Lehmann, JZ 2000, 280, 290.

⁷⁷⁵ Westermann, NJW 2002, 241, 250.

⁷⁷⁶ „Formblatt zu den Auswirkungen“, KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 26; so argumentiert auch Weiler, WM 2002, 1784, 1794.

⁷⁷⁷ Lehmann, JZ 2000, 280, 290, 292, 293; Westermann JZ 2001, 530, 541; kritischer derselbe, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 109, 117; Boerner, ZIP 2001, 2264, 2267 Fn. 33 m.w.N.

Immerhin besteht aber regelmäßig kein Schadensersatzanspruch gegen den Letztverkäufer, da der Hersteller nicht sein Erfüllungsgehilfe ist; BT-Drucksache 14/6040, 210; Boerner, ZIP 2001, 2264, 2266 Fn. 29.

⁷⁷⁸ Nach Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 5 „dürfte [§ 434 II] nicht wesentlich über die bisherige Rechtslage hinausgehen“; so auch Schurr, ZfRV 1999, 222, 225.

Honsell, JZ 2001, 278, 279, kritisiert aber, dass nicht auch die über eine bloße Nebenpflicht hinausgehenden Ausstattungen der Ware geregelt wurden, wie unter Umständen etwa die Verpackung der Kaufware.

⁷⁷⁹ Faber, JBl 1999, 413, 416 Fn. 21, sieht auch die fehlerhafte Inbetriebnahme der Sache vom Normzweck des Art. 2 V RL erfasst.

⁷⁸⁰ Ist also eine Montage Bestandteil des Kaufvertrages, liegt bei deren Fehlerhaftigkeit ein Mangel iSd § 434 vor. Zweck des § 434 II 1 ist es, Abgrenzungsschwierigkeiten zum Werkvertragsrecht zu vermeiden. Neu ist, dass auch bei Fehlerhaftigkeit nur der Montage ein Sachmangel vorliegen kann, ohne

genannten „IKEA“-Klausel des § 434 II 2 um die fehlerhafte Montageanleitung bei einer zur Montage bestimmten Kaufsache. Erfasst ist davon vor allem die Selbstmontage von Möbeln. § 434 II 2 erfordert allerdings nicht, dass gerade der jeweilige Käufer die Sache zusammenbaut. Denn nicht der Letztverkäufer-Käufer, sondern erst der Verbraucher-Käufer fügt die Sache regelmäßig zusammen und auch in diesem Fall soll § 478 I anwendbar sein.⁷⁸¹ Dies ist sachgerecht, da die untaugliche Montageanleitung typischerweise vom Hersteller entworfen und hergestellt wurde, der Letztverkäufer also im Regelfall für die Verursachung eines anderen haftet⁷⁸². Unter anderem auch deshalb entschied sich der Gesetzgeber für eine Übernahme des Art. 2 V RL in den allgemeinen Sachmangelbegriff des § 434⁷⁸³.

Durch § 434 III werden die Falsch- und die Zuweniglieferung dem Sachmangel gleichgestellt⁷⁸⁴. Unter den Begriff „Falschlieferung“ fällt sowohl das so genannte Identitätsaliud beim Spezieskauf (es wird nicht die konkret vereinbarte Einzelsache geliefert) als auch die Artabweichung beim Gattungskauf (etwa verschieden lange bzw. dicke Rohre)⁷⁸⁵. Problematisch ist jedoch, dass § 434 III zumindest vom Wortlaut nicht die Zuviellieferung erfasst⁷⁸⁶.

§ 478 I greift auch bei einem Rechtsmangel nach § 435 S. 1. Was darunter zu verstehen ist, folgt aus dem Umkehrschluss zur Legaldefinition des § 435 S. 1, wonach die Sache

das die Sachbeschaffenheit beeinträchtigt sein muss. Dies ist etwa bei schief eingebauten Teilen der Fall, die nicht zu einem Qualitätsmangel führen; BT-Drucksache 14/6040, 215.

⁷⁸¹ BT-Drucksache 14/6040, 216.

⁷⁸² Welser/Jud, 14. ÖJT, 157; Jud, ÖJZ 2000, 661, 663.

⁷⁸³ Hat sich die fehlerhafte Anleitung jedoch gar nicht ausgewirkt, weil die Sache dennoch richtig zusammengesetzt wurde, führt selbst ein weites Verständnis von § 434 II 2 in diesem Fall nicht zur Annahme eines Sachmangels. Dabei kommt es auch hier nicht darauf an, ob der Verbraucher oder der Letztverkäufer die Sache fehlerfrei zusammengesetzt hat. Durch § 434 II 2 wird andererseits auch das vergleichbare Problem gelöst, bei dem zwar ein ordnungsgemäßer Aufbau beim Letztverkäufer, nicht aber beim Verbraucher vorliegt; BT-Drucksache 14/6040, 215 f.; BT-Drucksache 14/7052, 39, 196.

⁷⁸⁴ Dazu näher BT-Drucksache 14/6040, 216 f.

⁷⁸⁵ Vgl. BGH, NJW 1975, 2011. Mit dieser Gleichstellung hat § 434 III mühsame Abgrenzungsprobleme beseitigt. Zweifelhaft ist indessen das Ausmaß der durch § 434 III bewirkten Gleichstellung von Nichterfüllung und der Lieferung einer mangelhaften Sache; Westermann, NJW 2002, 241, 246, mit Verweis in Fn. 53 auf BT-Drucksache 14/6040, 216.

⁷⁸⁶ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1400 Fn. 52, sehen jedoch generell „Mengenabweichungen“ mit Verweis auf BT-Drucksache 14/6040, 281 erfasst. Dort wird aber ebenfalls nur die Zuweniglieferung erwähnt. Die Zuweniglieferung wird in der Begründung zum Regierungsentwurf auch sonst weder bei § 434 III noch bei § 378 HGB-RE erörtert; vgl. BT-Drucksache 14/6040, 216 f., 281. Allerdings stimmte die Bundesregierung dem Bundesrat zu, über § 434 III hinaus keine besondere handelsrechtliche Vorschrift für die Gewährleistungshaftung bei einer Falsch- oder Zuviellieferung zu entwerfen. Ausdrücklich soll der Handelsverkehr die Erfassung der Zuviellieferung von (dem nicht Gesetz gewordenen) § 378 HGB-RE nicht rechtfertigen; BR-Drucksache 338/01 (Beschluss), 86; BT-Drucksache 14/6857, 72.

Für die Einbeziehung der Zuviellieferung spricht hingegen vor allem, dass Art. 2 I RL dem Art. 35 I CISG nachgebildet ist und dieser eine Vertragswidrigkeit generell bei Mengenabweichungen bejaht; Pfeiffer, ZGS 2002, 138, 140; vgl. auch Welser/Jud, 14. ÖJT, 52 f.; in diese Richtung wohl auch Lehr/Wendel, EWS 1999, 321, 323, die kritisch auf Tenreiro, REDC 1996, 187, 197, Bezug nehmen.

Für eine richtlinienkonforme Ausdehnung des § 434 III auf die Zuviellieferung daher Pfeiffer, ZGS 2002, 138, 140. Allerdings bestehen bei einer solchen wegen des eindeutigen Wortlauts des § 434 III Zweifel an der vom EuGH (EuGH, 10.5.2001, Rs C-144/99 Rn. 21 – Kommission/Niederlande; NJW 2001, 2244-2245) geforderten Umsetzungstransparenz.

nur dann rechtmangelfrei ist, wenn ein Dritter an der Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Verbraucher hat⁷⁸⁷.

bb) Gewährleistungspflicht des Letztverkäufers nach den §§ 434, 435, 437 ff.

aaa) Die Ableitung dieser Voraussetzung aus § 478 I

Für einen Regress nach § 478 I muss eine tatsächliche Gewährleistungspflicht des Letztverkäufers bestehen⁷⁸⁸. Dies ergibt sich daraus, dass er nur dann nach § 478 I vorgehen kann, wenn er die Kaufsache zurücknehmen „musste“. Etwas anderes folgt nicht etwa daraus, dass § 478 I ebenso greift, wenn der Verbraucher den Kaufpreis iSd § 478 I „gemindert hat“. Zwar ist nach diesem Wortlaut auch eine Minderung ohne Gewährleistungspflicht denkbar. Eine Ungleichbehandlung gegenüber der „Rücknahme“ iSd § 478 I kann aber nicht gewollt sein. Denn sowohl nach Sinn und Zweck des § 478 I als auch nach der Gesetzesbegründung soll der Letztverkäufer ausschließlich bei berechtigter Inanspruchnahme durch den Verbraucher in den Genuss der Fristerleichterung kommen.⁷⁸⁹ Für diese Überlegung spricht ferner, dass den Letztverkäufer beim Rückgriff selbst nach der Ansicht, die grundsätzlich eine volle Schadensliquidierung verlangt, eine „Schadensminderungsobliegenheit“ treffen kann⁷⁹⁰. Hinzu kommt, dass der Letztverkäufer nicht zu Lasten Dritter, also vor allem des Lieferanten, auf eigene „Rechtspositionen“ (das Bestehen auf der Erfüllung der Gewährleistungsvoraussetzungen durch den Verbraucher) verzichten darf, wenn er Regress nehmen will⁷⁹¹. Denn dann handelt es sich nicht mehr um eine zwingende Haftung aufgrund der RL, sondern um eine freiwillige Haftungserweiterung des Letztverkäufers⁷⁹². Dieser soll aber nur im ersten Fall durch eine spezielle Rückgriffsmöglichkeit geschützt werden⁷⁹³.

Folglich liegt in § 478 I hinsichtlich der Minderung nur eine unglückliche Formulierung vor⁷⁹⁴. Deswegen bedarf es hier einer vorsorglichen Fristsetzung auch nicht „zur Sicherheit“⁷⁹⁵.

⁷⁸⁷ Ob etwa öffentlich-rechtliche Beschränkungen einen Rechtsmangel darstellen, wollte der Gesetzgeber nicht regeln; BT-Drucksache 14/6040, 217; so aber wohl Haas, BB 2001, 1313, 1315, unter Verweis in Fn. 18 auf BGHZ 67, 134, 137 = BB 1976, 1294.

Da es für das Vorliegen eines Rechtsmangels nur auf eine rein objektive Beurteilung ankommt, liegt ein solcher nicht schon bei bloßer Geltendmachung eines Rechts vor. Ebenso wenig kommt es auf Vereinbarungen über den Verwendungszweck an, da ohnehin eine umfassende Eigentumsverschaffung zu gewähren ist; BT-Drucksache 14/6040, 218; kritisch zum Regelungswillen der RL in bezug auf Rechtsmängel etwa Bydliński, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 381, 395.

⁷⁸⁸ Vgl. auch Bereska, ZGS 2002, 59, 60; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 7 f.

Die Beweislast für das Vorliegen dieser Voraussetzung trägt nach Maßgabe von § 478 III iVm § 476 der Letztverkäufer; Palandt/Putzo, § 478 Rn. 5.

⁷⁸⁹ Bereska, ZGS 2002, 59, 60; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 7, 14.

⁷⁹⁰ Lehmann, JZ 2000, 280, 289; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 671 und dort speziell Fn. 28; Jud, ZfRV 2001, 201, 213.

⁷⁹¹ Lorenz/Riehm, Rn. 589; im Rahmen des § 479 II Mansel, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 1 Rn. 162.

⁷⁹² Vgl. Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 7, 14 sowie Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 221 Art. 4 Rn. 32.

⁷⁹³ B.II.1.b-d.

⁷⁹⁴ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 32.

⁷⁹⁵ So aber Bereska, ZGS 2002, 59, 60.

bbb) Unanwendbarkeit des § 478 I bei anderen Gewährleistungsgründen

(1) Andere Haftungsgründe, Kulanz und Garantien

Das Erfordernis des § 478 I nach einer tatsächlichen Gewährleistungspflicht des Letztverkäufers beschränkt sich nicht darauf, dass tatsächlich ein Mangel vorliegt. § 478 I greift vielmehr nur, wenn der Letztverkäufer die Sache gerade „als Folge ihrer Mangelhaftigkeit“ zurücknehmen oder deswegen eine Kaufpreisminderung erdulden musste⁷⁹⁶.

Ausgeschlossen ist ein Regress daher beispielsweise bei einem Rücktritt des Verbrauchers, der nicht auf einen Mangel der Sache zurückzuführen ist, sondern auf einen Lieferverzug⁷⁹⁷. Es darf sich bei der Inanspruchnahme durch den Verbraucher zudem nicht um einen Widerruf iSd § 355, eine Anfechtung oder einen vertraglich vereinbarten Rücktritt handeln. Auch eine „Rücknahme“ oder „Minderung“ aus Kulanz, etwa im Wege des „Umtausches“, führt nicht zur Anwendung des § 478 I.⁷⁹⁸ Kulanz liegt auch vor, wenn der Letztverkäufer dem Verbraucher die unangenehme Prüfung auf bzw. die Darlegung der Mängel ersparen will und die Sache unbesehen zurücknimmt. Gleiches gilt selbst dann, wenn der Letztverkäufer bei einer längeren Kundenbeziehung gerade wegen dieses Verhaltens auf weitere Folgegeschäfte hoffen darf. Denn diese bleiben sowohl für den Regressgläubiger als auch für den -schuldner bloße Hoffnungen und Chancen. Im übrigen ist Kulanz jedes Entgegenkommen des Letztverkäufers, das nicht voll nach den §§ 434 ff., 474 ff. gefordert wird.

Der Kulanz ist es gleichzustellen, wenn der Letztverkäufer die geltend gemachten Verbraucherrechte erfüllt, obwohl nicht alle Voraussetzungen für das jeweilige Recht aus §§ 437 ff. erfüllt sind⁷⁹⁹. Denn auch dann „musste“ der Letztverkäufer nicht Gewähr leisten. Ein Rückgriff nach § 478 scheidet also ebenfalls aus, wenn schon kein wirksamer Verbrauchsgüterkaufvertrag vorliegt oder der Mangel der Sache nicht auch bei Gefahrübergang auf den Verbraucher bestanden hat⁸⁰⁰. Ebenso wenig darf demzufolge ein wirksamer gesetzlicher Gewährleistungsausschluss bestehen. § 478 I greift bei Unmöglichkeit nach § 275 I oder bei Kenntnis vom Mangel nach § 442 I ebenfalls nicht. Der Regress ist zudem bei einem zulässigen vertraglichen Haftungsausschluss gegenüber dem Verbraucher verwehrt. Dieser ist aufgrund des § 475 I 1 allerdings selbst bei Individualvereinbarungen nur sehr bedingt möglich.

⁷⁹⁶ BT-Drucksache 14/6040, 247, 248; Welser/Jud, 14. ÖJT, 156; das Vorbild des österreichischen § 933 b ABGB geht zumindest davon aus, dass der Letztverkäufer tatsächlich in Anspruch genommen wurde; GewRÄG-E, 39. Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 10, nennt dies das Erfordernis der „unmittelbaren Kausalität“.

⁷⁹⁷ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 248; Lorenz/Riehm, Rn. 589; Luther(-Steimle), 91; Hk-BGB/Saenger §§ 478, 479 Rn. 5; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 953; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 485.

⁷⁹⁸ BT-Drucksache 14/6040, 248; Lorenz/Riehm, Rn. 589; Luther(-Steimle), 91; Hk-BGB/Saenger §§ 478, 479 Rn. 5; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 953; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 485; Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 6; Jauernig/Chr. Berger, § 478 Rn. 5.

⁷⁹⁹ Schubel, ZIP 2002, 2061, 2062, 2063, nennt dies die „Anerkennungs-Problematik“.

⁸⁰⁰ Für letzteren ist gemäß § 474 II iVm § 447 I beim Verbrauchsgüterkauf allerdings auch im Rahmen eines Versandkaufs nur die Ablieferung an den Verbraucher oder gemäß § 446 der Annahmeverzug maßgeblich; BT-Drucksache 14/6040, 213, 248.

Eine dies klarstellende Klausel des Lieferanten ist deshalb nicht nur angesichts des § 478 IV 1 zulässig, sondern kann auch ein erhöhtes Bewusstsein des Letztverkäufers zur Verweigerungsberechtigung gegenüber dem Verbraucher hervorrufen und damit Streitigkeiten vermeiden⁸⁰¹.

Fraglich ist, wie Haltbarkeits- oder Beschaffenheitsgarantien iSd § 443 im Rahmen des § 478 I zu behandeln sind. Diese sind grundsätzlich nämlich von der eigentlichen Mängelgewährleistung abzugrenzen, da sie freiwillig gewährt werden und zwingend neben die §§ 437 ff. treten⁸⁰². Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass ein Mangel iSd § 434 I 1 stets bei Gefahrübergang vorliegen muss, während sich die Garantie auch auf einen Zustand danach beziehen kann.⁸⁰³ Man könnte das Handeln des Letztverkäufers aufgrund von Garantiezusagen daher grundsätzlich der Kulanz gleichzusetzen⁸⁰⁴ und damit generell als einen Ausschlussgrund für den Regress zu betrachten haben⁸⁰⁵.

Andererseits ist auch eine Anspruchskonkurrenz zwischen Gewährleistungsrechten und Rechten aus der Garantie denkbar. Dies ist dann der Fall, wenn ein unter § 434 oder § 435 fallender Mangel schon bei Gefahrübergang bestand und die Rechte aus der Garantie nicht über die aus §§ 437 ff. hinausgehen. Denn dann liegt eine „volle Parallellität der Pflichtverletzungen“ vor und eine Anwendung des § 478 I nahe⁸⁰⁶. Auch die Wertung des § 478 IV 2 muss in diesem Fall gebieten, dass der Verkäuferrückgriff nicht durch die Abwicklung über eine solche Garantie umgangen werden darf. Dabei kann es dann ebenfalls nicht darauf ankommen, ob Garantiegeber und Letztverkäufer möglicherweise personenverschieden sind.

Nach einer Ansicht könnte § 478 I aber selbst bei über die §§ 437 ff. hinausgehenden Garantien des Letztverkäufers deshalb greifen müssen, weil dieser sich auf die Mangelfreiheit der Sache verlässt und die Garantie nur deshalb gibt. Die Garantie fördert zudem auch den Absatz des entsprechenden Vordermannes.⁸⁰⁷ Dem ist freilich das ausdrückliche Erfordernis des § 478 I nach einer tatsächlichen Gewährleistungspflicht entgegenzuhalten. Außerdem wäre anderenfalls jegliche Kalkulationsbasis des Lieferanten zerstört.

Daher wird die Garantie nur (aber immerhin) dann als Gewährleistungsfall iSd § 478 I zu werten sein, wenn der fragliche Mangel bei Gefahrübergang schon bestand, der Mangelbegriff den §§ 434, 435 entspricht und wenn und soweit die Garantierechte deckungsgleich mit den Rechten aus den §§ 437 ff. sind. Beruht die Gewährleistung des Letztverkäufers hingegen auf einer darüberhinausgehenden, freiwilligen Garantie,

⁸⁰¹ Vgl. Scherer, ZGS 2002, 362, 366.

⁸⁰² Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 443 Rn. 2.

⁸⁰³ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 443 Rn. 1.

⁸⁰⁴ Vgl. Lorenz/Riehm, Rn. 589.

⁸⁰⁵ So offenbar Frankfurter Handbuch/Winkelmann, E.I. Rn. 249.

⁸⁰⁶ Vgl. Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 11; im Umkehrschluss wohl auch Wenzel/Hütte/Helbron(-Wenzel), 113; Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 220 Art. 4 Rn. 31.

⁸⁰⁷ Vgl. Schulte-Nölke/Behren, ZGS 2002, 33, 39, speziell für den Fall des Schadensersatzes und die adäquate Kausalität der Pflichtverletzung für den Schaden; zum erstgenannten Punkt prinzipiell auch Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 208 f. Art. 4 Rn. 14, wonach sich in anderen europäischen Staaten der Vorlieferant auf solche Zusagen aber gegebenenfalls einstellen muss.

handelt es sich nicht um eine zwingende Haftung aufgrund der RL. Daher ist diese auch nicht notwendig vom Letztverkäuferregress des Art. 4 RL erfasst.⁸⁰⁸

Insgesamt könnte die detaillierte Regelung der Garantie in den §§ 443, 447 diese für die früheren Garantiegeber aber ohnehin unattraktiver gemacht haben. Dies könnte wiederum dazu führen, dass dem Letztverkäufer, jedenfalls eine über die §§ 437 ff., 478 hinausgehende Entlastung genommen wird.⁸⁰⁹

(2) Haftungsabwendung als Obliegenheit des Letztverkäufers

(a) Allgemeines Prinzip und Folgen bei Obliegenheitsverstößen

Das Erfordernis des § 478 I nach einer tatsächlich bestehenden Gewährleistungspflicht besagt zunächst nur, dass der Verbraucher ein tatsächliches Gewährleistungsrecht haben muss. Blicke es allerdings dabei, könnte der Letztverkäufer etwa auch dann gemäß § 478 I vorgehen, wenn er seiner gegenüber dem Verbraucher bestehenden und vorrangigen Nacherfüllungspflicht ohne gerechtfertigten Grund nicht nachgekommen ist⁸¹⁰ und gerade deshalb nach den anderen Gewährleistungsrechten haftet.

Dem Letztverkäufer könnte daher ein Rückgriff nach § 478 I zu versagen sein, wenn er nicht alles Zumutbare unternommen hat, um den Gewährleistungsschaden möglichst gering zu halten⁸¹¹.

Grundsätzlich dagegen könnte allerdings die Wertung des § 323 VI sprechen. Danach gilt im Rahmen des Rücktritts des Letztverkäufers, dass dieser erst bei überwiegender Verantwortlichkeit des Letztverkäufers für den Rücktrittsgrund ausgeschlossen ist. Daraus könnte abzuleiten sein, dass ein Regress nach § 478 I nur dann scheitern soll, wenn der Letztverkäufer wesentliche Obliegenheiten verletzt hat. Für den Lieferanten könnte dies bedeuten, dass er dem Letztverkäufer gegebenenfalls sogar Gewährleistungshilfen anbieten muss, um einen Rückgriff nach § 478 I vermeiden zu können.⁸¹² Letzteres kann zusätzlich mit der oft höheren Sachkunde gerade eines Hersteller-Lieferanten begründet werden⁸¹³.

Für eine generelle Obliegenheit des Letztverkäufers zur Haftungsvermeidung bzw. -reduzierung spricht aber schon das Verantwortungsprinzip des Art. 4 RL⁸¹⁴. Danach soll der Letztverkäufer nur dann Regress nehmen können, wenn er „infolge des Handelns oder Unterlassens“ eines Kettengliedes haftet⁸¹⁵. Der Lieferant soll im

⁸⁰⁸ Köhler/Fritzsche, 154 Rn. 25.

⁸⁰⁹ Kretschmer/Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 17. Januar 2000, 5.

⁸¹⁰ Linnertz, AnwBl 2001, 400, 402; Ehmann/Sutschet, 233 und dort speziell auch Fn. 15, wonach der Lieferanten dem Schadensersatzanspruch des Letztverkäufers § 254 entgegenhalten können soll; in diese Richtung auch Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 484 und auf europäischer Ebene schon Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 210 Art. 4 Rn. 16; aA ohne nähere Begründung Wenzel/Hütte/Helbron, 115.

⁸¹¹ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 33; derselbe, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 90; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 9, 12.

⁸¹² Dazu wird der Lieferant auch in die Lage sein, wenn der Letztverkäufer nach Inanspruchnahme durch den Verbraucher seiner dann greifenden Rügeobliegenheit gemäß § 377 HGB nachkommt; Schulte-Nölke/Behner, ZGS 2002, 33, 38.

⁸¹³ Oechsler, C § 2 Rn. 327.

⁸¹⁴ B.II.2.d.

⁸¹⁵ Vgl. auch BT-Drucksache 14/6040, 247; Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 33.

Regresswege also nicht für ein Vertretenmüssen des Letztverkäufers eintreten müssen⁸¹⁶. § 478 I könnte somit entsprechend teleologisch zu reduzieren sein⁸¹⁷ bzw. seine Anwendung gegen Treu und Glauben verstoßen⁸¹⁸.

Andererseits hat der Letztverkäufer durch sein Verhalten den eigentlichen Mangel bzw. Grund für die durchgeführte Gewährleistung regelmäßig nur durch eine Nachlässigkeit „vertieft“⁸¹⁹.

Mangels „Teilbarkeit“ des Fristsetzungserfordernisses könnte man daher auch erwägen, die Fristerleichterung bei derart geteilter Verantwortung für die Gewährleistungshaftung zu erhalten und eine Obliegenheitsverletzung erst im Rahmen der Rechtsfolge, also beim Anspruchsumfang des jeweiligen Gewährleistungsrechts, zu berücksichtigen. Dazu könnte man sich des Rechtsgedankens des § 254 bedienen⁸²⁰. Da § 478 I die Letztverkäuferrechte aber lediglich verbessern wollte⁸²¹ und eine Kürzung des Anspruchsumfangs die gewährte Fristerleichterung kaum aufwiegen könnte, muss diese Variante ausscheiden.

Es kommt also nur der völlige Verlust der Fristerleichterung als Sanktion für eine Obliegenheitsverletzung in Betracht.

Nach einer Ansicht soll der Letztverkäufer zum Ausgleich dafür bei einem erfolglosen Fristablauf die Möglichkeit erhalten, sich eine Ersatzsache bei einem Dritten zu beschaffen und die Aufwendungen dafür nach § 478 II ersetzt zu verlangen⁸²². Da es sich dabei aber nicht um Aufwendungen iSd § 439 II gegenüber dem Verbraucher handelte, muss eine solcher Weg über § 478 II scheitern.

Eine grundsätzliche Versagung des § 478 I scheint jedoch deshalb angemessen, da dem Letztverkäufer dann immerhin noch die Rechte aus §§ 437 ff. bleiben, die ihm einen „normalen“ Regress sichern.

Als ein dem Letztverkäufer vorteilhafter Umstand, muss er grundsätzlich die Einhaltung der Obliegenheitsvoraussetzungen darlegen⁸²³, etwa, dass der Verbraucher tatsächlich eine Rücktritts- oder Minderungserklärung abgegeben hat⁸²⁴.

⁸¹⁶ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 9, 12.

⁸¹⁷ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 33; derselbe, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 90.

⁸¹⁸ Zur Rücknahme beim „großen“ Schadensersatzanspruch Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 10.

⁸¹⁹ Schulte-Nölke/Behren, ZGS 2002, 33, 38.

⁸²⁰ Lehmann, JZ 2000, 280, 291; Linnertz, AnwBl 2001, 400, 402; Köhler/Fritzsche, 155 Rn. 26; vgl. ferner Oechsler, C § 2 Rn. 329; in diese Richtung schon auf europäischer Ebene auch Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 210 Art. 4 Rn. 16.

⁸²¹ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 39.

⁸²² Aus systematischen Gründen soll die Fälligkeit dieses Anspruchs nach einer Meinung aber erst mit Fristablauf eintreten. Gleichwohl läge darin gegenüber § 280 I deshalb eine Erleichterung, weil bei § 478 II kein Verschulden erforderlich ist; Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 90.

⁸²³ Beurskens, Rn. 406; Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 7; in diese Richtung auch Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 4; vgl. auch die Wertung zur Obliegenheit nach § 377 HGB; Röhrich/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 60; kritisch Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 11, wonach der Letztverkäufer nicht rechtsmissbräuchlich Gewähr geleistet haben darf. Zu dieser Frage näher bei C.IV.5.a.bb.bbb.(4).

⁸²⁴ Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 14.

(b) Geltendmachung der Entlastungsmöglichkeiten des § 434 I 3 letzter Halbsatz und der Ausnahmen des § 476 Hs. 2

Teil der soeben hergeleiteten Obliegenheiten des Letztverkäufers zur Haftungsvermeidung könnte sein, ihm im Falle einer Haftung nach § 434 I 3 für öffentliche Äußerungen Dritter aufzuerlegen, dass die dortigen Entlastungsmöglichkeiten jeweils nicht vorlagen.

Gegen eine solche Obliegenheit spricht aber zunächst, dass der Letztverkäufer dadurch möglicherweise zu einer unnötigen, unbegründeten und verbraucherschädlichen Geltendmachung dieser Entlastungsmöglichkeiten provoziert wird. Dies belastet nicht nur das Verhältnis des Letztverkäufers zum Verbraucher, sondern darüber hinaus allgemein den Warenabsatz und damit zudem den Lieferanten⁸²⁵.

Vor allem wird der Letztverkäufer in den meisten Fällen auch nicht imstande sein, sich auf diese Entlastungsmöglichkeiten berufen zu können. Zwar dürfte er die zweite Entlastungsmöglichkeit des § 434 I 3 letzter Halbsatz - die nachgewiesene Berichtigung der öffentlichen Äußerung vor Vertragsschluss⁸²⁶ - gegebenenfalls unproblematisch darlegen können. Diese Entlastungsmöglichkeit kommt jedoch regelmäßig erst gar nicht in Betracht, da die öffentliche Äußerung dafür in gleichwertiger, ähnlich effizienter Weise korrigiert worden sein muss, wie etwa durch großangelegte Bekanntmachungsaktionen.⁸²⁷

Bei den anderen Entlastungsmöglichkeiten muss der Letztverkäufer den schwer zu erbringenden Nachweis des Vorliegens negativer Tatsachen erbringen⁸²⁸: So muss er für die erste Haftungsentlastung des § 434 I 3 in Unkenntnis der öffentlichen Äußerung gewesen sein und diese auch nicht gekannt haben dürfen⁸²⁹, und für die zweite Entlastungsmöglichkeit muss er darlegen, dass die öffentliche Äußerung keinen Einfluss auf die Kaufentscheidung des Verbrauchers haben konnte⁸³⁰.

In beiden Fällen wird dies dem Letztverkäufer aufgrund der typischerweise starken Werbeverbreitung in der Regel kaum gelingen⁸³¹.

⁸²⁵ C.IV.5.a.bb.bbb.(4).

⁸²⁶ Beim Regress nach §§ 478, 479 kommt es bei der Berichtigung nur auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen dem Verbraucher und dem Letztverkäufer an, da nur ein aus diesem Verhältnis resultierender Rückgriff gewährleistet werden soll; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 6. Nicht entscheidend ist die mangelnde Einflussnahme der öffentlichen Äußerung auf die Kaufentscheidung; Augenhöfer, JBl 2001, 82, 87.

⁸²⁷ Dazu muss die Berichtigung ähnlich öffentlichkeitswirksam erfolgen wie die öffentliche Äußerung selbst. Hier soll ein vergleichbarer Maßstab gelten wie bei der Berichtigung von fehlerhaften Pressemeldungen oder bei öffentlichen Rückrufaktionen; BT-Drucksache 14/7052, 196; BT-Drucksache 14/6857, 25, 59; vgl. aber auch BT-Drucksache 14/6040, 215; Westermann, NJW 2002, 241, 245.

⁸²⁸ Vgl. nur Zerres, VuR 2002, 3, 6.

⁸²⁹ Dies sollte schon nach der Begründung zum RE so sein; BT-Drucksache 14/6040, 215. Der Rechtsausschuss hielt es aber dennoch für nötig, in § 434 I 3 aE RE das Wort „oder“ durch „und“ zu ersetzen; BT-Drucksache 14/7052, 196. Fahrlässigkeitsmaßstab für die zweite Variante ist § 122 II; näher BT-Drucksache 14/6040, 215.

⁸³⁰ BT-Drucksache 14/7052, 196; BT-Drucksache 14/6040, 215.

⁸³¹ Westermann, NJW 2002, 241, 245. Er wird sich über die Werbeaussagen des Herstellers „auf dem Laufenden“ halten müssen, mittels Fernsehen, Radio und auch einschlägiger Fachpublikation; Kainer, AnwBl 2001, 380, 383; Zerres, VuR 2002, 3, 6; „keine übertriebenen Erkundigungspflichten“ sieht Augenhöfer, JBl 2001, 82, 87, unter Verweis darauf, dass der Letztverkäufer nach Art. 2 lit. d Lemma 1 RL nur „vernünftigerweise nicht“ von der Äußerung Kenntnis haben durfte; im übrigen sieht sie jedoch im Einzelnen Klärungsbedarf durch den EuGH.

Entsprechende Erwägungen müssen prinzipiell auch für die Ausnahmen des § 476 Hs. 2 gelten.

(c) Durchsetzbarkeit des Gewährleistungsrechts

Dem Letztverkäufer ist es zur Erlangung der Regresshilfe des § 478 I aber zuzumuten, den Verbraucher auf eine mangelnde Durchsetzbarkeit des Gewährleistungsrechts hinzuweisen⁸³². An dieser fehlt es etwa, wenn der Letztverkäufer dem Verbraucher die Einrede der Verjährung entgegenhalten kann⁸³³.

Von Bedeutung ist hier auch, dass dem Verbraucher zunächst grundsätzlich nur Nachlieferung oder Nachbesserung nach § 439 I zustehen. Erst wenn diese innerhalb einer angemessenen und vom Verbraucher gesetzten Frist iSd § 440 gescheitert sind, muss der Letztverkäufer also die Sache iSd § 478 I zurücknehmen oder die Minderung akzeptieren. Daraus könnte man ableiten, dass der Letztverkäufer den Verbraucher somit stets auf die vorrangige Nacherfüllung iSd § 439 zu verweisen hat, bevor er die anderen Rechte aus §§ 437 ff. erfüllt.

Nach einer Ansicht soll ein effektiver Rückgriff gemäß § 478 I hier verlangen, dass der Letztverkäufer das Verstreichenlassen einer vom Verbraucher gesetzten Frist weder begründen noch entsprechend beweisen muss. Ebenso wenig müsste danach im Falle einer überhaupt schon unterbliebenen Fristsetzung dargelegt werden, warum diese nicht notwendig war.⁸³⁴

Entscheidend für einen Regress nach § 478 I ist aber, dass eine tatsächliche Gewährleistungspflicht des Letztverkäufers bestanden haben muss. Es wird daher andererseits gefolgert, dass schon bei unangemessen kurzer Fristsetzung keine Gewährleistungspflicht des Letztverkäufers und somit auch keine Rückgriffsmöglichkeit nach § 478 I besteht⁸³⁵. Erst recht dürfte der Letztverkäufer demzufolge die Nacherfüllung innerhalb der ihm gesetzten Frist nicht „grundlos“ unterlassen haben⁸³⁶.

Vermittelnd könnte angesichts des generellen Streits⁸³⁷ um ein Fristsetzungserfordernis bei den Gewährleistungsrechten (vgl. Art. 3 III 1, 2 RL, die ein solches zumindest dem Wortlaut nach nicht vorsehen) die Erfüllung der Verbraucherrechte innerhalb einer angemessenen Frist als solcher (also ohne Fristsetzung) ausreichen⁸³⁸. Dafür spräche grundsätzlich auch das beim Letztverkäuferrückgriff zu beachtende Effektivitätsprinzip. Dessen ungeachtet wird der Letztverkäufer regelmäßig ohnehin kein Interesse an einem erfolglosen Fristablauf zur Nacherfüllung haben, da ihm dann ein Regress nach § 478 II hinsichtlich der Nacherfüllungsaufwendungen versperrt bliebe. Umgekehrt könnte eine sofortige Minderung des Verbrauchers etwa auch günstiger und daher lieferantenfreundlicher sein als eine Nacherfüllung⁸³⁹.

⁸³² Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 4.

⁸³³ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 8, 32.

⁸³⁴ Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 484.

⁸³⁵ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 7 f.

⁸³⁶ Oetker/Maultzsch, 190 mit Verweis in Fn. 864 auf Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 33 sowie auf Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1398.

⁸³⁷ Vgl. dazu etwa Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1393, Fn. 37; Knütel, NJW 2001, 2519; Hoffmann, ZRP 2001, 347, 349.

⁸³⁸ Vgl. aber BT-Drucksache 14/6040, 222; Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 220; Tonner, VuR 2001, S. 87, 90.

⁸³⁹ Schubel, ZIP 2002, 2061, 2069, mit Beispielen und zum Beurteilungsspielraum des Letztverkäufers

Angesichts dieser Überlegungen wird es dem Letztverkäufer zumindest nicht zuzumuten sein, den letzten Tag einer ordnungsgemäß gesetzten Nacherfüllungsfrist abzuwarten.

Unabhängig von der Fristenproblematik ist zu prüfen, inwieweit sich der Letztverkäufer dem begehrten Gewährleistungsrecht als solchem widersetzen muss. Es kommen hier etwa das Leistungsverweigerungsrecht der faktischen bzw. praktischen Unmöglichkeit gemäß § 275 II 1 oder § 275 III in Betracht.

Der Letztverkäufer könnte sich aber auch auf § 439 III berufen, bei der Ersatzlieferung die Sache nach §§ 439 IV, 346 I zurückverlangen oder die Nutzungen und Gebrauchsvorteile nach § 439 IV herausverlangen müssen. Diese Fragen können bei § 478 I dann Bedeutung erlangen, wenn man dessen Fristerleichterung auch bei der Rücknahme iSd § 439 IV oder bei der Nachbesserung gewährt⁸⁴⁰. Da diese Probleme aber vor allem im Rahmen des § 478 II aktuell werden, ist hier insoweit auf die dortigen Grundsätze zu verweisen⁸⁴¹.

Diese sind auf § 478 I prinzipiell auch übertragbar, da es für die Frage der Obliegenheiten des Letztverkäufers nicht darauf ankommen kann, ob der Letztverkäufer nach § 478 I oder § 478 II vorgeht.

(3) Teleologische Reduktion bei Kenntnis des Mangels vor dem Weiterverkauf

Ein weiteres Problem ergibt sich dann, wenn der Letztverkäufer den Mangel der Sache vor dem Weiterverkauf an den Verbraucher erkennt. Die Gewährung der Fristerleichterung des § 478 I ist hier speziell dann zweifelhaft, wenn der Letztverkäufer die Sache nur deshalb weiterverkauft, weil er gerade in deren Genuss kommen möchte.⁸⁴²

Nach der Wertung des deutschen Gesetzgebers muss die Fristerleichterung hier versagt werden. Dies klingt etwa im Fall des § 434 II 2 an. Denn danach soll der Letztverkäufer zwar auch dann nach den §§ 437 ff. vorgehen können, wenn die mangelhafte Montageanleitung allgemein bekannt und die Sache noch nicht weiterverkauft ist. „Umgekehrte“ Besonderheiten für den bewussten Weiterverkauf einer mangelhaften Sache lassen sich allerdings weder dort, bei der Begründung zu § 434 II 2, noch bei der sonstigen zu § 434 finden.⁸⁴³

Da sich der Letztverkäufer im Falle des hier vorliegenden Weiterverkaufs der Sache sehenden Auges, also freiwillig, in die „zwingende Haftung“ beim Verbrauchsgüterkauf begibt, provoziert er nicht nur einen Rückgriffsfall. Vielmehr verhält er sich entgegen der Intention der RL verbraucherschädigend. In diesem Fall ist § 478 I daher teleologisch zu reduzieren oder ein fristloses Vorgehen des Letztverkäufers als rechtsmissbräuchlich iSd § 242 anzusehen.⁸⁴⁴

(4) Bedenken an der Voraussetzung einer tatsächlichen Gewährleistungspflicht und Schutzmaßnahmen des Letztverkäufers

Das Erfordernis des § 478 I nach einer tatsächlichen Gewährleistungspflicht bereitet

bei der Erfüllung der Verbraucherrechte; zu letzterem allgemein C.IV.5.a.bb.bbb.(4).

⁸⁴⁰ Dazu C.IV.4.a und e.

⁸⁴¹ Dazu D.I.3.b hinsichtlich des „eigentlich“ einschlägigen § 478 II.

⁸⁴² Jud, ZfRV 2001, 201, 211.

⁸⁴³ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 216.

⁸⁴⁴ In diese Richtung auch Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 88-96.

neben der eingangs aufgeworfenen Frage, ob dem Letztverkäufer bei deren Nichtbeachtung der Regress stets zu versagen ist, einige allgemeine Schwierigkeiten.

In bezug auf den eigentlichen Regelungszweck der RL ist zunächst der Regressausschluss bei Kulanz nicht unproblematisch. Denn zum einen verlangt Art. 4 RL effektive Rückgriffsmöglichkeiten. Zum anderen soll er nach einer Auffassung auch zu einer Begünstigung des Verbrauchers dadurch führen, dass ihn der Letztverkäufer in dem Bewusstsein der Regressmöglichkeit (und damit wohl kulanter) bedient.⁸⁴⁵

Außerdem kann für den Letztverkäufer ein Handeln aus Kulanz, zur Kundenpflege bzw. -bindung, durchaus sinnvoll sein⁸⁴⁶. Mit einem solchen Verhalten verbindet der Verbraucher in der Regel auch ein positives Urteil über das Produkt, was dem Absatz förderlich und daher auch den Gliedern der Absatzkette dienlich sein kann.

Gleichwohl können diese Bedenken nicht darüber hinweg täuschen, dass die Regressschuldner der Willkür des Letztverkäufers ausgesetzt wären, wenn dieser im Rahmen einer beliebig ausgestalteten Kulanz nach § 478 I vorgehen könnte. Im Extremfall wäre dadurch sogar ein Regress bei einer völlig mangelfreien Sache denkbar. Dies kann weder von der RL, dem deutschen Gesetzgeber noch aufgrund von Gerechtigkeitserwägungen befürwortet werden. So verbraucherfreundlich auch zusätzliche Serviceleistungen oder Zubehörteile des Letztverkäufers sein mögen, so wenig kann sich darauf ein Regress nach § 478 I beziehen dürfen⁸⁴⁷.

Von dieser Frage ist der Fall zu unterscheiden, bei dem sich der Letztverkäufer mit dem Verbraucher (ernsthaft) über die Mangelhaftigkeit der Kaufsache streitet. Es genügt hier zwar, dass das Gewährleistungsverlangen des Verbrauchers objektiv begründet ist - eine Verurteilung ist also nicht erforderlich. Erhebliche Abgrenzungsproblemen verbleiben jedoch.

Diese bleiben allerdings dann aus, wenn sich der Letztverkäufer mit dem Lieferanten über eine Rückgriffsmöglichkeit einigen kann. Dies ist bei geringwertigen Sachen sehr viel eher denkbar als bei hochwertigen Produkten, bei denen sich ein Rechtsstreit „lohnt“⁸⁴⁸. Liegt eine solche einvernehmliche Lösung vor, ist es also möglich, dass ein „Regress aus Kulanz bei Kulanz“ gewährt wird⁸⁴⁹. Letzteres wird der Lieferant seinem Vorlieferanten bei seinem Rückgriff dann aber ohne eine entsprechende Vereinbarung wiederum nicht entgegenhalten können.

Die von § 478 I geforderte, tatsächlich bestehende Gewährleistungspflicht kann ferner zu Unstimmigkeiten mit Art. 4 RL führen, wenn es sich der Lieferant zum Prinzip macht, sich generell auf das Nichtbestehen einer Gewährleistungspflicht zu berufen⁸⁵⁰. Er wäre davon nicht durch eine sofort spürbare Sanktion abgehalten, obgleich ihn hier später gegebenenfalls entsprechende Prozesszinsen treffen können – immerhin acht Punkte über dem jeweiligen Basiszinssatz, vgl. §§ 247, 288 II, 291.

Häufig dürfte es, bliebe es dabei, demzufolge an einer Einigung zwischen dem Letztverkäufer und dem Lieferanten über die Regressvoraussetzungen fehlen und nur

⁸⁴⁵ GewRÄG-E, 38.

⁸⁴⁶ Weber, 148.

⁸⁴⁷ Insoweit bewahrheiten sich also in der Bundesrepublik Deutschland entsprechende Befürchtungen nicht; vgl. aber Voith, 14. ÖJT Bd. II/2, 92.

⁸⁴⁸ Ott § 478 Rn. 510.

⁸⁴⁹ Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 483.

⁸⁵⁰ Matthes, NJW 2002, 2505, 2507.

ein rechtskräftiges Urteil im Verhältnis des Letztverkäufers zum Verbraucher ausreichen⁸⁵¹. Der Letztverkäufer hätte hierbei auch zu berücksichtigen, dass ihm die Kosten einer notwendigen Rechtsverfolgung durch den Verbraucher bei seinem Rückgriff nach § 478 nicht ersetzt werden. Dies zwänge ihn also zu einer sorgfältigen Prüfung seiner Gewährleistungspflichten, bevor er vor Gericht geht⁸⁵². Der Letztverkäufer ist aber zu einer schnellen Erfüllung der Verbraucherrechte verpflichtet⁸⁵³.

Entschiede er sich trotz dieser Umstände für einen Rechtsstreit mit dem Verbraucher, wäre ihm wegen der Rechtskrafterstreckung nach den §§ 74, 68 ZPO zumindest anzuraten, dem Lieferanten den Streit zu verkünden⁸⁵⁴. Diesem wäre ebenfalls eine Streitverkündung gegenüber seinem Vormann zu empfehlen⁸⁵⁵.

Den aufgezeigten Bedenken an einer allzu strengen Prüfungsobliegenheit des Letztverkäufers hinsichtlich seiner exakten Gewährleistungspflicht und den dadurch drohenden „Rückgriffsfallen“⁸⁵⁶ kann, außer durch eine vertragliche Ausdehnung des § 478 I auf die Fälle der Kulanz⁸⁵⁷, mittels Einräumung eines angemessenen Beurteilungsspielraumes begegnet werden⁸⁵⁸.

Dabei wird man aus Rücksicht gegenüber den berechtigten Interessen der Rückgriffsschuldner nicht erst eine Grenze beim Rechtsmissbrauch setzen dürfen⁸⁵⁹. Ausreichen dürfte zur Annahme einer „tatsächlichen Gewährleistungspflicht“ des Letztverkäufers aber, dass der Letztverkäufer diese annimmt und auch für beweisbar hält⁸⁶⁰. Dazu hat er im eigenen Interesse die Reklamationen der Verbraucher sorgsam zu dokumentieren und etwa auch Beginn und Ende der Verjährung festzuhalten.

In diesem Zusammenhang ist auch die erste Rechtsprechung⁸⁶¹ zur Frage interessant, wann die andere Nacherfüllungsalternative des § 439 I iSd § 439 III „unverhältnismäßig“ ist und daher vom Letztverkäufer verweigert werden kann und zur uneingeschränkten Erhaltung des Regresses somit praktisch erhoben werden muss⁸⁶². Als „Faustformel“ soll etwa gelten, dass eine Nachlieferung im internen Vergleich zur Nachbesserung nicht mehr als 20 % teurer sein darf. Diese Orientierungsmarke gibt dem Letztverkäufer zumindest einen gewissen Frei- und Argumentationsraum gegenüber dem Verbraucher und dem Lieferanten.⁸⁶³

Den Letztverkäufer trifft ferner die Obliegenheit, sich die Geltendmachung und gegebenenfalls die Erfüllung der Gewährleistungsrechte durch den Verbraucher

⁸⁵¹ Bereska, ZGS 2002, 59, 60; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 7, 17; vgl. auch Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 440 f.

⁸⁵² Matthes, NJW 2002, 2505, 2509; kritisch Marx, BB 2002, 2566, 2570.

⁸⁵³ Schubel, ZIP 2002, 2061, 2064.

⁸⁵⁴ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 17.

⁸⁵⁵ Bereska, ZGS 2002, 59, 60.

⁸⁵⁶ Vgl. Marx, BB 2002, 2566, 2570.

⁸⁵⁷ Mankowski am 10.06.2003 in Hamburg; insgesamt näher zur vertraglichen Ausdehnbarkeit der §§ 478, 479 unter H.V.4.

⁸⁵⁸ Ausführlich Schubel, ZIP 2002, 2061, 2064, 2069; im Grundsatz auch Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 215 Art. 4 Rn. 24.

⁸⁵⁹ So aber Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 11.

⁸⁶⁰ Palandt/Putzo, § 478 Rn. 6.

⁸⁶¹ LG Ellwangen, NJW 2003, 517.

⁸⁶² Zu diesem Punkt C.IV.5.a.bb.bbb.(4).

⁸⁶³ Mankowski, zu LG Ellwangen EWIR § 439 BGB 1/03, 315, 316.

bestätigen zu lassen und dies an seinen Lieferanten weiterzuleiten.⁸⁶⁴ Unter Umständen kann dann aber auch bei einem Fall von „unfreiwilliger Kulanz“, bei dem der Letztverkäufer „irrig“ eine Gewährleistungspflicht annimmt, seine Rückgriffsmöglichkeit bestehen bleiben⁸⁶⁵. Entsprechendes gilt, wenn er die Erfolgswahrscheinlichkeiten seiner Gewährleistungsaktivitäten falsch einschätzt⁸⁶⁶. Dies können die Rückgriffsschuldner wiederum durch Beratung und Servicehilfen verhindern⁸⁶⁷.

b) Tatsächliche Erfüllung durch den Letztverkäufer

Wie festgestellt, ist der Regress nach § 478 I nur dann gegeben, wenn eine tatsächliche Pflicht zur Erfüllung des vom Verbraucher geltend gemachten Rechts besteht. Liegt diese Voraussetzung vor, könnte man es für § 478 I genügen lassen, dass der Letztverkäufer dem Verbraucher abstrakt „haftet“. Dies könnte aus einer systematischen Betrachtung der Ablaufhemmung des § 479 II 1 folgen. Vom Wortlaut entfaltet diese ihre Wirkung nämlich auch dann, wenn der Letztverkäufer die Verbraucheransprüche noch nicht „erfüllt hat“ - der Zeitpunkt der Erfüllung ist danach nur für den Ablauf der Frist maßgeblich.⁸⁶⁸

Dieser Erwägung ist jedoch der eindeutige Wortlaut des § 478 I entgegenzuhalten, der eine tatsächliche Gewährleistungsdurchführung (zurücknehmen „musste“ bzw. gemindert „hat“) verlangt⁸⁶⁹. Die Verwendung des Imperfekts und des Perfekts legen dies fest.

Dieses Verständnis könnte aber wiederum Art. 4 S. 1 RL widersprechen. Denn nach dessen Wortlaut muss der Letztverkäufer dem Verbraucher schlicht „haften“. Demzufolge könnte also möglicherweise eine „abstrakte“ Haftung des Letztverkäufers auch im Rahmen des § 478 I genügen und dieser entsprechend richtlinienkonform ausgelegt werden müssen.

Dazu könnte es dann beispielsweise ausreichen, wenn eine (vollstreckbare) Verurteilung des Letztverkäufers vorliegt⁸⁷⁰. Auch dann hätte man vorzeitige Streitigkeiten zwischen den Gliedern der Lieferkette über den für die Vertragswidrigkeit Verantwortlichen vermieden. Eine vorzeitige Gewährleistungszusage des Letztverkäufers wäre dadurch ebenfalls verhindert. Frühere Zeitpunkte, wie etwa das Abstellen auf den Beginn von Verhandlungen oder einen Rechtsstreit mit dem Verbraucher, gewährleisteten diese Vorteile indes nicht.

Aber selbst, wenn man nicht schon dem Wortlaut des Art. 4 S. 1 RL („haftet“) das Erfordernis einer Inanspruchnahme oder einer Erfüllung der Gewährleistungsrechte entnehmen möchte⁸⁷¹, ist dies wenigstens aus dem Ziel des Art. 4 RL abzuleiten. Denn danach sollte der Letztverkäufer zwar entlastet, nicht jedoch unnötig privilegiert werden. Eine Entlastung von den Verbraucherrechten ist aber schon begrifflich nur denkbar, wenn der Letztverkäufer durch eine tatsächlich erfolgte Gewährleistung zuvor

⁸⁶⁴ Vgl. Heussen, MDR 2002, 12, 16.

⁸⁶⁵ Aa Marx, BB 2002, 2566, 2570, der dem Letztverkäufer ohne weiteres die Prüfungslast auferlegt.

⁸⁶⁶ Schubel, ZIP 2002, 2061, 2066 sowie Oechsler, C § 2 Rn. 327.

⁸⁶⁷ Schubel, ZIP 2002, 2061, 2064 f., 2066.

⁸⁶⁸ Vgl. Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1399 f.; aA Jud, ZfRV 2001, 201, 208 Fn. 85, die entscheidend auf das Kriterium der Erfüllung abstellt.

⁸⁶⁹ Jud, ZfRV 2001, 201, 208.

⁸⁷⁰ So der Vorschlag von Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1422.

⁸⁷¹ So etwa Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 438 f.

belastet wurde⁸⁷². Zwar könnte man dem Letztverkäufer auch schon die Last der Vorleistung nehmen und daher auf die „Inanspruchnahme“ (im Sinne einer Geltendmachung von Rechten) abstellen wollen.

Aus Gründen der Rechtssicherheit und Systematik des stufenweisen Regresses ist allerdings der Zeitpunkt der tatsächlichen Befriedigung vorzuziehen und § 478 I damit richtlinienkonform⁸⁷³.

6. Seitengleichheit bzw. Identität des Mangels

a) Ableitung aus der geforderten Mangelexistenz bei Gefahrübergang

§ 478 I soll dem Verantwortungsprinzip des Art. 4 RL⁸⁷⁴ Rechnung tragen. Dem Letztverkäufer soll danach nur dann die Haftungsweitergabe vereinfacht werden, wenn ein Vormann für den Mangel verantwortlich ist. Umgekehrt formuliert, kann der Letztverkäufer also nicht nach § 478 I Regress nehmen, wenn nur er den Mangel zu verantworten hat⁸⁷⁵. Dies ist dann der Fall, wenn es sich um verschiedene Mängel im Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten einerseits und des Letztverkäufers zum Verbraucher andererseits handelt.

Der vom Verbraucher geltend gemachte Mangel muss also mit dem identisch oder seitengleich sein, den der Letztverkäufer gegenüber seinem Vormann rügt⁸⁷⁶ und darf nicht etwa erst durch eine Beschädigung der Sache während der Zwischenlagerung entstanden sein.⁸⁷⁷

Konkret folgt dies nach Ansicht des Gesetzgebers aus der allgemeinen Voraussetzung der kaufrechtlichen Sachmangelhaftung, dass ein Mangel nach den §§ 446, 447 bei Gefahrübergang (regelmäßig bei der Übergabe⁸⁷⁸) auf den Letztverkäufer vorgelegen haben muss⁸⁷⁹.

⁸⁷² Vgl. Welser/Jud, 14. ÖJT, 160.

⁸⁷³ Jud, ÖJZ 2000, 661, 667.

⁸⁷⁴ Näher B.II.2.d.

⁸⁷⁵ Vgl. Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 671.

⁸⁷⁶ BT-Drucksache 14/6040, 248; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 5 f.; so schon Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1421; Jud, 14. ÖJT Bd. II/2, 93. Die Beweislast für das Vorliegen dieser Voraussetzung trägt nach Maßgabe von § 478 III iVm § 476 der Letztverkäufer; Palandt/Putzo, § 478 Rn. 5. Das Erfordernis der Seitengleichheit ist aber nicht schon aus der „Einheitlichkeit des Mangelbegriffs“ abzuleiten; so wohl Matthes, NJW 2002, 2505, 2506. Vielmehr führt der einheitliche Mangelbegriff nur regelmäßig dazu, dass der Mangel mit dem im Verbrauchergeschäft identisch ist; BT-Drucksache 14/6040, 248.

⁸⁷⁷ Jud, ÖJZ 2000, 661, 663.

⁸⁷⁸ Der Gefahrübergang selbst beurteilt sich grundsätzlich ebenfalls nach einem einheitlichen Begriff für alle Kaufverträge. Er ist nach der Grundregel des § 446 S. 1 der Zeitpunkt, in dem die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der Sache auf den Letztverkäufer übergeht und liegt regelmäßig in der Übergabe der Sache an den Letztverkäufer. § 446 S. 1 entspricht Art. 3 I RL, der auf den Zeitpunkt der Lieferung abstellt, also die körperliche Entgegennahme der Kaufsache; Micklitz, EuZW 1999, 485, 486; Kainer, AnwBl 2001, 380, 384. Erwägungsgrund 14 RL ermöglichte es den Mitgliedstaaten, ihre Vorschriften über den Gefahrübergang beizubehalten. Daher liegt dieser auch vor, wenn sich der Letztverkäufer gemäß § 446 S. 3 in Annahmeverzug befindet oder wenn die Sache beim Versandkauf an die Transportperson übergeben wurde (vgl. § 447); BT-Drucksache 14/6040, 245; vgl. im übrigen auch D.I.2.

⁸⁷⁹ BT-Drucksache 14/6040, 248.

Daneben ergibt sich diese Anforderung auch aus dem systematischen Zusammenhang mit § 478 II⁸⁸⁰. Dort – bei § 478 II – sollte die ausdrückliche Forderung nach der Mangelexistenz bei Gefahrübergang nämlich ebenfalls die Voraussetzung der Seitengleichheit ausdrücken⁸⁸¹. Letztlich folgt dieses Erfordernis zudem aus der „Funktion des § 478 II als Regressnorm“⁸⁸².

Nach einer Ansicht erfordert das Kriterium der Seitengleichheit weitergehend, dass der Mangel bereits bei Übergabe der Sache „an den ersten unternehmerischen Käufer“ vorhanden gewesen sein muss⁸⁸³. Dies hätte aber zur Folge, dass der Mangel stets durch den Hersteller des Endprodukts oder durch dessen Zulieferer verursacht worden sein müsste. Damit wäre ein Verkäuferrückgriff nach § 478 I wegen einer während des Absatzweges begründeten Vertragswidrigkeit (etwa wegen einer falschen Lagerung) von vornherein ausgeschlossen. Dies widerspricht sowohl dem Verantwortungsprinzip des Art. 4 RL, dem Sinn und Zweck der §§ 478, 479 als auch dem Willen des deutschen Gesetzgebers. Denn die Einführung eines Stufenregresses über die einzelnen Kettenglieder (§§ 478 V, 479 III) soll einen solchen Rückgriff vielmehr gerade ermöglichen.

b) Bedeutung der einheitlichen Mängelbegriffe

aa) Notwendigkeit für einen effektiven Regress

Im Rahmen der geforderten Seitengleichheit des Mangels sind die einheitlichen Mängelbegriffe der §§ 434, 435 von herausragender Bedeutung⁸⁸⁴. Denn danach gilt für alle Käufer und Verkäufer ein identischer Mangelbegriff. Damit ist ein Mangel im Verhältnis des Verbrauchers zum Letztverkäufer grundsätzlich auch ein Mangel gegenüber dem Lieferanten.

Nur dieser Ansatz ermöglicht, dass der Letztverkäufer seine Haftung aufgrund des gleichen Mangels durchreichen kann. Bestünde nämlich unter Unternehmern der alte, engere Begriff der Mängel fort, scheiterte ein Regress nach § 478 I regelmäßig etwa bei der Haftung für öffentliche Äußerungen Dritter (§ 434 I 3) oder bei fehlerhaften Montageanleitungen (§ 434 II).⁸⁸⁵ Es bestünde insoweit also eine „Begriffsfalle“ für den Letztverkäuferrückgriff.

bb) Relativität der Vertragsverhältnisse

Trotz der einheitlichen Mängelbegriffe kann die Relativität der Vertragsverhältnisse dazu führen, dass es an der Seitengleichheit des Mangels fehlt.

Zunächst ist der Fall denkbar, dass zwischen dem Lieferanten und dem Letztverkäufer eine Beschaffenheitsvereinbarung iSd § 434 I 1 vorliegt, die strenger ist als die, die zwischen dem Letztverkäufer und dem Verbraucher besteht. Hier ist es möglich, dass zwar ein Mangel im Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten, nicht aber im

⁸⁸⁰ Matthes, NJW 2002, 2505, 2506.

⁸⁸¹ BT-Drucksache 14/6040, 249.

⁸⁸² Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 9.

⁸⁸³ Ohne nähere Ausführungen Laws, MDR 2002, 320, 322; dieselbe, Neue Zivilrechtspraxis, Rn. 143, die dort darauf verweist, dass dies zur Belangung des Herstellers erforderlich sei.

⁸⁸⁴ BT-Drucksache 14/6040, 211, 248.

⁸⁸⁵ BT-Drucksache 14/6040, 248; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 955; Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 436 f.

Verhältnis des Verbrauchers zum Letztverkäufer gegeben ist. In diesem Fall scheidet ein Rückgriff nach § 478 I schon mangels einer Haftung des Letztverkäufers aus einem Verbrauchsgüterkauf.

Für den Verkäuferregress bedeutender ist aber die Konstellation, in der umgekehrt erst der Letztverkäufer eine „besondere“, strengere Beschaffenheitsvereinbarung mit dem Verbraucher trifft. Denn in diesem Fall liegt eine von § 478 I geforderte Letztverkäuferhaftung aufgrund eines Verbrauchsgüterkaufs vor. Der dort erhebliche Mangel ist jedoch aufgrund der verschiedenen Beschaffenheitsvereinbarung in den unterschiedlichen Vertragsbeziehungen nicht „seitengleich“. Die sich daraus ergebenden Haftungsbelastungen können also nicht weitergegeben werden.⁸⁸⁶ Dies ist neben dem Verantwortungsprinzip auch deshalb gerechtfertigt, weil der Letztverkäufer hier freiwillig eine abweichende Vereinbarung mit dem Verbraucher getroffen hat⁸⁸⁷, für die er dann auch einen höheren Verkaufspreis erzielt haben dürfte.

Eine besondere Beschaffenheitsvereinbarung kann hier konkret darin liegen, dass eine beschädigte Sache gerade wegen ihrer Beschädigung verbilligt an den Letztverkäufer verkauft wird. Veräußert dieser die Sache dann als einwandfrei weiter, liegt nur in diesem Vertragsverhältnis ein Sachmangel vor⁸⁸⁸. Der Letztverkäufer scheidet mit seinem Regress wegen der besonderen Vereinbarung an der ihm bekannten, fehlenden Seitengleichheit des Mangels. Dies folgt auch schon aus § 442 I, wonach die Gewährleistungsrechte bei Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Letztverkäufers vom Mangel ausgeschlossen sind.⁸⁸⁹

Dies ist also ein Fall, in dem die Indizwirkung für die Verantwortlichkeit der vorderen Kettenglieder für den Sachmangel im Verhältnis zum Verbraucher entfällt⁸⁹⁰.

Problematisch könnten im Rahmen der Relativität der Schuldverhältnisse auch die Fälle werden, in denen der Mangel der Sache zwar schon beim Lieferanten angelegt war, aber erst eine falsche Lagerung des Letztverkäufers den Mangel offenbart oder vertieft hat. In diesen Fällen könnte man von einem „zusammengesetzten Schaden“ sprechen, der nach dem Verantwortungsprinzip des Art. 4 RL eigentlich eine „zweigeteilte“ Anwendung des § 478 I erforderte⁸⁹¹. Gerade nach diesem Verantwortungsprinzip wird

⁸⁸⁶ BT-Drucksache 14/6040, 248; Schubel, JZ 2001, 1113, 1118 ff.; Westermann, NJW 2002, 241, 253; Welser/Jud, 14. ÖJT, 157; so schon zu Art. 4 RL selbst Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 207 f. Art. 4 Rn. 13 f., wonach sich in anderen europäischen Staaten der Vorlieferant auf solche Zusagen aber gegebenenfalls einstellen muss. Huber/Faust(-Huber), Verbrauchsgüterkauf, Rn. 28, sieht hierin eine „Haftungslücke“ zu Lasten des Letztverkäufers. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass mit den durch § 434 I 1 deutlich aufgewerteten Beschaffenheitsvereinbarungen wohl häufig durch den Lieferanten versucht werden wird, eine Pflichtverletzung durch geschickte Definitionen zu vermeiden. D.h., es besteht hier die Gefahr von versteckten Haftungsausschlüssen, die durch das Umgehungsverbot des § 478 IV 3 gerade verhindert werden sollen. Vgl. Schulte-Nölke, ZGS 2002, 72, 76, allgemein zum Problem der versuchten und zulässigen „Haftungsentlastung“ durch Beschaffenheitsvereinbarungen.

⁸⁸⁷ Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 213.

⁸⁸⁸ Weitere Beispiele nicht seitengleicher Mängel finden sich bei Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 434 Rn. 22.

⁸⁸⁹ BT-Drucksache 14/6040, 248; Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 87.

Wusste der Letztverkäufer beim Weiterverkauf allerdings nicht um die Beschädigung der Sache, wird sein Rückgriff nach der Wertung des § 444 zu ermöglichen sein; Jud, ZfRV 2001, 201, 207.

⁸⁹⁰ Vgl. Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 671, nutzt dies als Argument gegen die geforderte Garantiehaftung von Ehmman/Rust, JZ 1999, 853, 863.

⁸⁹¹ In diese Richtung auch Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 210 Art. 4 Rn. 16.

hier aber darauf abzustellen sein, ob der Letztverkäufer speziell „infolge“ der Lieferantenlieferung oder wegen eines in seiner Verantwortungssphäre liegenden Umstandes haftet: War der Letztverkäufer durch sein zusätzliches Verhalten erst ursächlich für den Mangel, ist die Seitengleichheit zu verneinen. Hätte er sich ohnehin in den nächsten zwei Jahren bemerkbar gemacht hat, kann der Lieferant seiner Verantwortung nicht entfliehen dürfen.

cc) Sonderfall der nachträglichen öffentlichen Äußerungen Dritter

Im Rahmen der von § 478 I geforderten Seitengleichheit des Mangels erlangt die Letztverkäuferhaftung nach § 434 I 2 Nr. 2 iVm S. 3 besondere Bedeutung.

Denn es kann in diesem Zusammenhang der problematische Fall eintreten, dass der Letztverkäufer dem Verbraucher einerseits nach § 434 I 2 Nr. 2 iVm S. 3 für öffentliche Äußerungen eines Dritten haftet⁸⁹², die Kaufsache zu diesem Zeitpunkt aber andererseits schon an den Letztverkäufer abgeliefert und ihm gegenüber daher zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelfrei war.

In dieser Situation ist der vom Verbraucher geltend gemachte Mangel also nicht zugleich ein Mangel gegenüber dem Lieferanten. Es liegt also erst recht keine Seitengleichheit des Mangels vor.

Um dem Letztverkäufer hier zu helfen, haftet ein werbender Lieferant dem Letztverkäufer nach § 280 I.

Kam die öffentliche Äußerung hingegen von einem weiter oben in der Lieferkette stehenden Kettenglied, kann der Letztverkäufer nach der Auffassung des Gesetzgebers vom Institut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (VSD) profitieren. Danach fällt der Letztverkäufer gegebenenfalls in den Schutzbereich des Vertrages mit dem Abnehmer des Werbenden und kommt damit in den Genuss des § 280 I.⁸⁹³

Nach einer anderen Ansicht handelt es sich im letztgenannten Beispiel nicht um einen Fall des VSD, sondern um eine Drittschadensliquidation, wobei § 434 I 3 die für den Werbenden notwendige zufällige Schadensverlagerung darstellen soll. Schon gegenüber dem ersten Abnehmer wäre danach eine Pflichtverletzung und beim Letztverkäufer der eigentliche Schaden in Form der Gewährleistungshaftung anzunehmen. Der Letztverkäufer hätte danach über § 285 die Abtretung von Schadensersatzansprüchen zu verlangen.⁸⁹⁴

In jedem Fall stünde dem Letztverkäufer dann aber im Ergebnis ein Schadensersatzanspruch gegen den Werbenden zu.

Dem Letztverkäufer wird daher auch hier regelmäßig aus der „Regressfalle“ geholfen. Er unterliegt dabei auch keinem Fristsetzungserfordernis, da es nicht um den Schadensersatz statt der Leistung geht, vgl. § 281 I 1. Insofern entspricht dieser Spezialrückgriff der Sache nach dem nach § 478 I.

Das für § 280 I dann jeweils noch erforderliche Verschulden verstößt schon deshalb nicht gegen Art. 4 RL, weil dem Letztverkäufer die Verschuldensvermutung des § 280 I 2 zugute kommt und ein Verschulden regelmäßig ohnehin anzunehmen sein wird. Darüber hinaus liegt aber auch deswegen kein Verstoß gegen Art. 4 RL und den Effektivitätsgrundsatz vor, da es sich bei dem hier diskutierten Rückgriffsfall nur um

⁸⁹² Schulte-Nölke/Behren, ZGS 2002, 33, 38.

⁸⁹³ BT-Drucksache 14/6040, 248; Huber/Faust(-Huber), Verbrauchsgüterkauf, Rn. 30; vgl. Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 277.

⁸⁹⁴ Oechsler, C § 2 Rn. 325.

einen eng begrenzten Sonderfall handelt und gerade kein lückenloser Verkäuferschutz gewährleistet werden muss.⁸⁹⁵

Außer diesen Ansprüchen können dem Letztverkäufer schließlich noch Sanktionen nach dem UWG zugute kommen⁸⁹⁶.

Eine andere Frage ist es hingegen, ob der Letztverkäufer auch dann auf diese Weise Regress nehmen können soll, wenn er die Sache in Kenntnis der öffentlichen Äußerung an den Verbraucher veräußert hat⁸⁹⁷.

Gegen eine solche Möglichkeit könnte man die dann mangelnde Schutzbedürftigkeit des Letztverkäufers anführen⁸⁹⁸. Dieser Einwand kann billigerweise aber nur insoweit gelten, als der Lieferant nicht von einem geplanten Weiterverkauf durch den Letztverkäufer wusste.

7. Vorliegen der allgemeinen Gewährleistungsvoraussetzungen mit Ausnahme der Fristeinhaltung und -setzung

Da § 478 I lediglich die allgemeinen Gewährleistungsrechte modifiziert, müssen für die Fristerleichterung auch im Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten alle anderen Voraussetzungen des jeweiligen Gewährleistungsrechts nach §§ 437 ff. erfüllt sein⁸⁹⁹. Neben einem wirksamen Kaufvertrag⁹⁰⁰ mit dem Lieferanten, darf zudem kein gesetzlicher (vgl. etwa §§ 275 I, 442 I) oder vertraglicher Gewährleistungsausschluss bestehen. Letzterer ist allerdings wegen § 478 IV auch bei Individualvereinbarungen nur sehr beschränkt möglich.

Ferner muss der Letztverkäufer sein gewähltes Gewährleistungsrecht konkret durchsetzen können. Der Lieferanten darf sich somit weder auf die Verjährung oder § 275 II 1, III noch auf die besonderen Verkäufereinreden nach § 439 III, IV berufen können.⁹⁰¹

Tauchen bei diesen Anforderungen Probleme auf, sind Streitige Gesetzesauslegungen im Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten grundsätzlich genauso zu beurteilen, wie in dem zum Verbraucher. Dies folgt schon daraus, dass § 478 I an das allgemeine Gewährleistungsrecht, insbesondere den dortigen Mangelbegriff, anknüpft⁹⁰². Nur auf diese Weise kann aber ferner erst der vom deutschen Gesetzgeber grundsätzlich erstrebte Gleichlauf⁹⁰³ des Letztverkäuferregresses mit den Verbraucherrechten umgesetzt werden.

Bei bisher gänzlich ungeklärten Rechtsfragen, die erstmals im Rahmen des Verkäuferregresses auftauchen, ist aus diesen Gründen auch auf das wahrscheinliche Auslegungsergebnis für den Verbrauchsgüterkauf abzustellen und nicht schlicht auf das

⁸⁹⁵ Jud, ZfRV 2001, 201, 207.

⁸⁹⁶ Matthes, NJW 2002, 2505, 2506.

⁸⁹⁷ Dafür offenbar Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 671, 673 Fn. 59,

⁸⁹⁸ So Jud, ZfRV 2001, 201, 207.

⁸⁹⁹ BT-Drucksache 14/6040, 247, 248; Lorenz/Riehm, Rn. 588; Die Beweislast für das Vorliegen dieser Voraussetzung trägt nach Maßgabe von § 478 III iVm § 476 der Letztverkäufer; Palandt/Putzo, § 478 Rn. 5. Zu den Voraussetzungen der §§ 437 ff. im Einzelnen sogleich unter C.IV.1.

⁹⁰⁰ Sofern man im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs Verweisungen auf die Regeln des Kaufvertragsrechts zulässt, muss dies entsprechend auch im Verhältnis zum Letztverkäufer gelten. Relevant ist hier insbesondere die Verweisung des § 651; C.IV.1.c.aa.

⁹⁰¹ Vgl. auch C.IV.5.a.bb.bbb.(2).(c).

⁹⁰² BT-Drucksache 14/6040, 248.

⁹⁰³ BT-Drucksache 14/6040, 247; Schimmel/Buhlmann, 159.

letzverkäuferfreundlichere. Dieser Punkt kann dann akut werden, wenn zwar der Letztverkäufer an den Verbraucher, nicht aber der Lieferant an den Letztverkäufer geleistet hat und sich dazu auch weigert.

V. Rechte der §§ 437 ff. - ohne Fristsetzungserfordernis - als Rechtsfolge des § 478 I
Sind alle Voraussetzungen für den Regress nach § 478 I erfüllt, sind dem Letztverkäufer die Rechte aus §§ 437 ff. ohne das Erfordernis der Fristsetzung eröffnet.

1. Überblick über die Rechte nach §§ 437 ff.

Die Rechtsfolge des § 478 I (Gewährung der Fristerleichterung) bewirkt, dass alle Gewährleistungsrechte der §§ 437 ff.⁹⁰⁴ gleichzeitig in Frage kommen.

Der verschuldensunabhängige Nacherfüllungsanspruch nach den §§ 437 Nr. 1, 439 I ist hier also gerade nicht als primärer Rechtsbehelf⁹⁰⁵ vorgesehen. Wählt der Letztverkäufer ihn dennoch, hat er auch bei nur unerheblichem Mangel die Wahl zwischen den beiden Nacherfüllungsalternativen des § 439 I. Der Letztverkäufer kann, also anders als im Werkvertragsrecht (vgl. § 635), zwischen der nach § 439 II unentgeltlichen Nachbesserung oder -lieferung wählen⁹⁰⁶. Er kann folglich einerseits die Beseitigung des Mangels oder andererseits die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Der Lieferant hat jedoch zum Ausgleich die Verweigerungsmöglichkeiten des § 439 III.⁹⁰⁷

Nach den gemäß § 478 I modifiziert zu lesenden §§ 437 Nr. 2, 323, 326 V kann der Letztverkäufer auch sofort vom Kaufvertrag zurücktreten. Allerdings muss er dann noch den Rücktritt nach § 349 erklären⁹⁰⁸. Der Rücktritt darf auch nicht ausgeschlossen sein. Dies ist nach § 323 V 2 bei einem unerheblichen Mangel oder nach § 323 VI Hs. 1 dann der Fall, wenn der Letztverkäufer für den Mangel allein oder weit überwiegend verantwortlich ist⁹⁰⁹. Im letztgenannten Fall dürfte man im Rahmen des § 478 I aber schon die Seitengleichheit des Mangels zum Verbraucher und damit die Regressmöglichkeit zu verneinen haben⁹¹⁰. Hinsichtlich der Verjährung sind beim Rücktritt § 218 und § 438 IV zu beachten. Nach § 325 ist es gegebenenfalls möglich,

⁹⁰⁴ Die Sach- und Rechtsmängelhaftung richtet sich durch die Verweise des § 437 nach den Regeln des allgemeinen Leistungsstörungenrechts und erfährt durch die §§ 439 bis 441 nur kaufrechtsbezogene Modifizierungen; BT-Drucksache 14/6040, 220.

⁹⁰⁵ Haas, BB 2001, 1313, 1315.

⁹⁰⁶ Nach Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 439 Rn. 5, erlischt mit der Wahl die andere Variante nach § 263 II.

⁹⁰⁷ BT-Drucksache 14/6040, 232; Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 325; Haas, BB 2001, 1313, 1315.

⁹⁰⁸ Es bestehen jedenfalls in bezug auf den Verbrauchsgüterkauf Bedenken, ob die Ausformung als Gestaltungsrecht mit Art. 3 V RL vereinbar ist. Denn der Käufer verliert durch die Unwiderruflichkeit des ausgeübten Rücktritts somit sein Wahlrecht in bezug auf die anderen Gewährleistungsrechte; Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 221.

⁹⁰⁹ § 323 VI Hs. 1 verstößt wohl gegen Art. 2 III aE RL, da hiernach nur ein Ausschluss erfolgt, wenn der vom Käufer gelieferte Stoff die Vertragswidrigkeit verursacht hat; Gsell, JZ 2001, 65, 70 f.; Hoffmann, ZRP 2001, 347, 350.

⁹¹⁰ Zur Seitengleichheit C.IV.6.

neben dem Rücktritt auch den durch einen erforderlichen Deckungskauf entstandenen Schaden über einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen.⁹¹¹

Anstelle des Rücktritts kann der Letztverkäufer ferner den Kaufpreis (auch bei Rechtsmängeln) nach den §§ 437 Nr. 2 Var. 2, 441 mindern. Da die Minderung nach § 441 I 1 nur „statt“ des Rücktritts möglich ist, müssen stets die Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen, insbesondere auch eine entsprechende Erklärung⁹¹². Ein Unterschied zum Rücktritt besteht allerdings insoweit, als der Letztverkäufer nach § 441 I 2 iVm § 323 V 2 auch bei einem nur unerheblichen Mangel mindern kann. Bei mehreren Beteiligten auf der jeweiligen Vertragsseite gilt § 441 II. Auch bei der Minderung greifen in bezug auf die Verjährung die §§ 438 V, 218. Als Rechtsfolge sieht § 441 III 1 eine Herabsetzung des Kaufpreises in dem Verhältnis vor, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Soweit notwendig, ist dies gemäß § 441 III 2 durch Schätzung zu ermitteln. Nach § 441 IV iVm den §§ 346 I, 347 I besteht ein Anspruch auf Rückerstattung eines gegebenenfalls zu viel gezahlten Betrages. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll zudem auch hier ein paralleler Schadensersatzanspruch möglich sein⁹¹³.

Der Letztverkäufer kann gemäß § 437 Nr. 3 Var. 1 und den dortigen Verweisungen gegebenenfalls ferner Schadensersatz verlangen⁹¹⁴. Dabei kann es sich zunächst um den Schadensersatz wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung handeln. Im Falle der anfänglichen Unmöglichkeit greift nach den §§ 437 Nr. 3, 311a II ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Lieferant das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und diese Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. Ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung ist nach den §§ 437 Nr. 3, 283 auch bei nachträglicher Unmöglichkeit gegeben, wenn der Lieferant sich nicht nach den §§ 283, 280 I 2 exkulpieren kann. Diese Verschuldensvermutung erlangt im Rahmen der Schadensersatzhaftung durch die Verweise in § 437 Nr. 3 auf § 280 ebenso allgemeine Bedeutung wie der Grundsatz, dass für das Verschulden nun generell einfache Fahrlässigkeit ausreichend ist⁹¹⁵.

Während sich die verzögerte Inbetriebnahme der Kaufsache bei der ursprünglichen Lieferung nach § 280 I beurteilt, ist nach den §§ 437 Nr. 3, 280, 286 Schadensersatz auch wegen Verzögerung gerade der Nacherfüllung möglich⁹¹⁶. Nach § 437 Nr. 3 iVm den §§ 280, 281, 478 I kommt ferner Schadensersatz wegen des Mangels im übrigen in Betracht. Dabei ist zwischen dem Mangelschaden und dem Mangelfolgeschaden zu

⁹¹¹ Westermann, NJW 2002, 241, 249; vgl. auch Pick, ZIP 2001, 1173, 1176: Anders als noch nach dem Diskussionsentwurf muss der Rücktritt dem Schadensersatz (statt eines Teils oder auch statt der ganzen Leistung) nicht vorgeschaltet sein.

⁹¹² Es gelten die gleichen Bedenken wie beim Rücktritt; Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 7.

⁹¹³ („und [§ 437 Nr.] 3.Schadensersatz auch neben dem Rücktritt oder der Minderung verlangt werden kann, vgl. auch § 325“); vgl. BT-Drucksache 14/6040, 226.

⁹¹⁴ Die österreichische Regressregel des § 933 b ABGB erfasst den Schadensersatzanspruch wegen der Relativität der Verjährung nach § 1489 ABGB hingegen nicht; GewRÄG-E, 39.

⁹¹⁵ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 166. Da aber am Fahrlässigkeitsbegriff selbst keine Änderungen vorgenommen wurden, ist eine allgemeine Untersuchungspflicht des Verkäufers etwa, nicht anzunehmen. Die Lieferung einer mangelhaften Sache als solche führt somit noch nicht zum Vertretenmüssen des Verkäufers; Zerres, VuR 2002, 3, 10; Dauner-Lieb/Dötsch, DB 2001, 2535, 2536, 2538.

⁹¹⁶ Näher zu den damit verbundenen Problemen Stefan Ernst, MDR 2003, 4.

unterscheiden. Eine Abgrenzung erfolgt nach herrschender Ansicht durch das verletzte Rechtsgut. Demgemäss liegt der „Mangelschaden“ in dem Minderwert der Kaufsache sowie in dem durch die verminderte Gebrauchstauglichkeit verursachten Vermögensverlust⁹¹⁷. Dieser eigentliche Mangelschaden beurteilt sich nach den §§ 437 Nr. 3, 280 III, 281 I 1⁹¹⁸. Grundsätzlich ist hier nur der so genannte „kleine“ Schadensersatz möglich, bei dem der Letztverkäufer die Sache behält und so gestellt wird, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung gestanden hätte. Zu ersetzen sind danach die durch den Mangel verursachten Nachteile (Minderwert, Mängelbeseitigungskosten, mangelbedingter Nutzungsausfall bzw. entgangener Gewinn). Der „große“ Schadensersatzanspruch, bei dem der Kaufvertrag rückabgewickelt und die Sache zurückgegeben wird, ist nach § 281 I 2 nur möglich, wenn das Interesse des Letztverkäufers an der geschuldeten Leistung dies erfordert⁹¹⁹.

Mangelfolgeschäden betreffen hingegen die aus der Schlechtlieferung an anderen Rechtsgütern als der eigentlichen Kaufsache (Gesundheit, sonstiges Eigentum oder Vermögen) des Letztverkäufers entstandene Schäden⁹²⁰. Für Mangelfolgeschäden richtet sich ein Schadensersatzanspruch nach den §§ 437 Nr. 3, 280 I⁹²¹. Mit diesem Anspruch ist man faktisch der Forderung nachgekommen, einen „Regressanspruch“ auch für die Fälle zu gewähren, in denen der Lieferant dem Verbraucher direkt aus Produkthaftung einzustehen hat⁹²².

Schließlich ist nach den §§ 437 Nr. 3 Var. 2, 284 anstelle des Schadensersatz- auch ein Aufwendungsersatzanspruch denkbar. § 284 erfasst insbesondere die Vertragskosten, die der Verbraucher wegen des Zustandekommens und im Zuge der Vertragserfüllung hatte. Außerdem zählen zu § 284 die Aufwendungen, die für den nach dem Vertrag vorausgesetzten, bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache erforderlich und dem Verkäufer bekannt waren (etwa für Transport, Montage und Untersuchung). Schon aus dem Wort „oder“ in § 437 Nr. 3 Var. 2 folgt, dass für den Aufwendungsersatzanspruch die gleichen Voraussetzungen wie für einen Schadensersatzanspruch vorliegen müssen, insbesondere also ein Verschulden.⁹²³

Festzuhalten bleibt noch, dass § 437 nicht greift, soweit es um den bei mangelfreier Sache in Betracht kommenden Schadensersatz wegen der Verletzung von nicht leistungsbezogenen (Neben-)Pflichten iSd § 241 II geht⁹²⁴.

⁹¹⁷ Hierunter fallen z.B. die zur Mangelbeseitigung notwendigen Reparaturkosten, der verbleibende Minderwert oder der Nutzungs- und Gewinnausfall.

⁹¹⁸ Hassemer, JURA 2002, 841, 847 Fn. 34 m.w.N.

⁹¹⁹ Kann der Letztverkäufer nach § 323 VI zurücktreten, liegt auf seiner Seite also keine „überwiegende Verantwortung“ vor, soll nach einer Ansicht für diesen Teil dann aber auch keine Anrechnung nach § 254 erfolgen können; Schulte-Nölke/Behren, ZGS 2002, 33, 40.

⁹²⁰ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 224.

⁹²¹ Die von § 437 Nr. 3 erwähnten Schadensersatzansprüche können jedoch auch nebeneinander bestehen. Damit kann gegebenenfalls Ersatz des Mangelschadens neben dem für den Mangelfolgeschaden verlangt werden, solange dadurch nicht das dasselbe Interesse doppelt geltend gemacht wird; vgl. Zerres, VuR 2002, 3, 7.

⁹²² Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 673 und dort Fn. 59.

⁹²³ BT-Drucksache 14/6040, 225.

⁹²⁴ Dies ergibt sich etwa aus der Begründung zum Regierungsentwurf; BT-Drucksache 14/6040, 225. Die Aufzählung in § 437 ist darüber hinaus allgemein abschließend, so dass eine Analogie, insbesondere bezüglich des Selbstvornahmerechts nach § 637, ausscheidet; Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 437 Rn. 14.

2. Abhängigkeit der Regressrechte vom ausgeübten Verbraucherrecht

Die nach den §§ 437 ff., 478 I eigentlich bestehenden Rückgriffsrechte des Letztverkäufers erfahren eine erste Einschränkung durch das vom Verbraucher ausgeübte Recht. Bei einer Minderung oder Nachbesserung im Verhältnis zum Verbraucher etwa, scheidet eine Nachbesserung durch den Lieferanten nämlich schon wegen Unmöglichkeit aus.⁹²⁵

Ein Schadensersatzanspruch des Letztverkäufers kommt nur dann in Betracht, wenn entweder auch der Lieferant den Mangel verschuldet hat oder ihm dies zugerechnet werden kann⁹²⁶.

Auf der anderen Seite kann der Letztverkäufer stets vom Vertrag zurücktreten. Denn § 346 verlangt dafür nicht zwingend die Rückgewähr der Kaufsache an den Lieferanten. Vielmehr kann bei deren Verbleib beim Verbraucher vom Letztverkäufer gemäß § 346 II Nr. 2 stattdessen Wertersatz geleistet werden, der nach Maßgabe des § 346 III Nr. 3 beim Kauf zudem entfallen kann⁹²⁷. Gleiches gilt gemäß § 439 IV für die Ersatzlieferung, da dort auf § 346 verwiesen wird.⁹²⁸

3. Denkbare Beschränkung auf das vom Verbraucher ausgeübte Recht

Die Rechte des Letztverkäufers könnten im Rahmen des § 478 I auf das vom Verbraucher ausgeübte Gewährleistungsrecht zu beschränken sein. Dies könnte man mit dem allgemeinen Zweck des Verkäuferregresses begründen, nur die unabdingbare Letztverkäuferhaftung an den dafür letztlich Verantwortlichen weiterzuleiten. Der Lieferant dürfte danach im Rahmen des § 478 I nicht weitergehend belastet werden können als der Letztverkäufer. Dieser wäre nicht umfassender zu schützen als der Verbraucher. Es könnte demgemäß dem Sinn und Zweck des § 478 I widersprechen, wenn der Letztverkäufer beispielsweise auch dann nach Maßgabe des § 478 I vom Kaufvertrag mit seinem Lieferanten zurücktreten oder sogar Schadensersatz verlangen könnte, wenn der Verbraucher nur gemindert hat.⁹²⁹ Für eine solche Einschränkung könnte auch sprechen, dass dem Letztverkäufer hier immerhin die allgemeinen Gewährleistungsrechte ohne die Erleichterung des § 478 I verblieben⁹³⁰. Man verstieße somit auch nicht gegen das grundsätzliche Wahlrecht des Käufers hinsichtlich der Nacherfüllungsvarianten. Denn dieses bliebe dem Letztverkäufer erhalten – nur ohne die spezielle Erleichterung des § 478 I.

Zunächst sieht aber schon der Wortlaut der §§ 478, 479 eine Beschränkung auf das vom Verbraucher ausgeübte Gewährleistungsrecht nicht vor⁹³¹. Aus systematischer Sicht könnte man zwar argumentieren, dass auch nach § 478 II nur der Ersatz für Nacherfüllungsaufwendungen (also das „reine Regressinteresse“) verlangt werden kann

⁹²⁵ Jud, ZfRV 2001, 201, 210; dieselbe zum österreichischen Recht, ZfRV 2001, 201, 209.

⁹²⁶ Beurskens, Rn. 405; vgl. auch Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 13.

⁹²⁷ Hk-BGB/Schulze § 346 Rn. 6.

⁹²⁸ Jud, ZfRV 2001, 201, 210; dieselbe zum österreichischen Recht, ZfRV 2001, 201, 209.

⁹²⁹ Oetker/Maultzsch, 191, die dazu in Fn. 868 auch auf BT-Drucksache 14/6040, 247 f. und für Teilbereiche auf Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 23 ff., verweisen. BT-Drucksache 14/6040, 247, ist dies allerdings nicht eindeutig zu entnehmen, wie Oetker/Maultzsch, 191 Fn. 868, indirekt selbst zu bedenken geben. Kritisch allgemein auch Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1397 f.

⁹³⁰ Oetker/Maultzsch, 191.

⁹³¹ Kritisch Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1397 f.; Oetker/Maultzsch, 191.

und nicht etwa alle Rechte aus den §§ 437 ff.⁹³². Daraus wird man aber allenfalls eine allgemeine Beschränkung des § 478 auf das „reine Regressinteresse“ ableiten können⁹³³, nicht jedoch auch eine Beschränkung auf das vom Verbraucher ausgeübte Gewährleistungsrecht. Dies zeigt sich beispielsweise dann, wenn der Verbraucher den „großen“ Schadensersatz verlangt hat: Beschränkte man den Lieferanten hier nämlich (bei unterstelltem Verschulden des Lieferanten) ebenfalls auf den „großen“ Schadensersatzanspruch, verhinderte man die lieferantenfreundliche Wahl der Minderung oder des Rücktritts durch den Letztverkäufer. Schwerwiegender ist aber, dass der Letztverkäufer gemäß dieser Beschränkung hier ganz ohne erleichterten Rückgriff bleiben könnte, wenn auf Seiten des Lieferanten überhaupt kein für den Schadensersatz erforderliches Verschulden vorliegt.

Schon aus diesem Grund, kann eine Beschränkung des § 478 I auf das vom Verbraucher ausgeübte Recht auch nicht hinreichend damit begründet werden, dass der in Regress genommene Lieferant bei erstmals vom Letztverkäufer verlangter Nacherfüllung anschließend möglicherweise gegen seinen Rückgriffsschuldner sehr umfassend nach den §§ 478 II, V vorgehen könnte. Hinzu kommt, dass der Letztverkäufer bei § 478 II stets seine Handelsspanne behält und sich dieser Regress damit grundlegend von § 478 I unterscheidet. Schließlich spricht gegen eine solche Beschränkung das Verantwortungsprinzip des Art. 4 RL, wonach nicht das für die Vertragswidrigkeit nicht verantwortliche Glied unter der Last der fremdverursachten Gewährleistungshaftung leiden darf.⁹³⁴

4. Erörterung eines Wahlrechts des Lieferanten hinsichtlich der möglichen Gewährleistungsrechte

Im Rahmen des § 478 I könnte man aber dem Lieferanten als Regresspflichtigen die Wahl zugestehen, welcher Gewährleistungspflicht er nachkommen möchte⁹³⁵. Dagegen sprechen allerdings schon praktische Gründe: Häufig dürfte eine solche Wahl nämlich ohnehin ausscheiden oder zumindest beschränkt sein. Denn gerade die für den Lieferanten interessante Nacherfüllungschance könnte zuvor durch eine eigene Nachbesserung durch den Letztverkäufer vereitelt werden.

Außerdem hätte es der Lieferant bei einer solchen Wahlmöglichkeit in der Hand, seine Regressverpflichtung willkürlich zu beeinflussen. Dies wird etwa im Fall des Schadensersatzes deutlich, bei dem auch die Handelsspanne des Letztverkäufers zu ersetzen ist. Wenn der Lieferant den Letztverkäufer hier auf die Minderung oder den Rücktritt verweisen könnte, könnte er den „Ersatz“ der Handelsspanne ohne sachlichen Grund umgehen.⁹³⁶

5. Denkbare Begrenzung durch das tatsächlich gegenüber dem Verbraucher Geleistete

Denkbar ist es jedoch, den Letztverkäufer bei seinem erleichterten Rückgriff auf das „reine Regressinteresse“ zu beschränken⁹³⁷.

⁹³² Maultzsch, JuS 2002, 1171, 1173.

⁹³³ So auch Oetker/Maultzsch, 191 und dort speziell Fn. 868.

⁹³⁴ Vgl. insgesamt Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1395.

⁹³⁵ Jud, ÖJZ 2000, 661, 667.

⁹³⁶ Vgl. zu dem dann verschiedenen Regressumfang Bädenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 36.

⁹³⁷ Oetker/Maultzsch, 191, die dazu in Fn. 868 auch auf BT-Drucksache 14/6040, 247 f. und für

Diese Überlegung wird beispielsweise dann aktuell, wenn sich der Verbraucher im Rahmen der Minderung mit einem Minderungsbetrag begnügt, der unterhalb des nach § 441 zu berechnenden Betrages bleibt. Wenn dann der Letztverkäufer gegenüber seinem Vordermann in voller Höhe mindert, kann der Fall eintreten, dass der Letztverkäufer durch seine Minderung mehr erhält, als er dem Verbraucher aufgrund dessen Minderung zurückgewährt hat. Hier hätte der Letztverkäufer durch den Regress einen Gewinn erzielt. Eine vergleichbare Situation ergibt sich, wenn die Nachbesserungskosten unterhalb des durch den Letztverkäufer im Verhältnis zum Lieferanten erzielbaren Minderungsbetrages bleiben.⁹³⁸

Es könnte unangemessen sein, wenn der Letztverkäufer durch die Rückgriffsmöglichkeit des § 478 I derart aus einem Nachteil des Verbrauchers „Profit schlagen“ könnte. Nach einer Ansicht soll eine solche „Bereicherungsmöglichkeit“ schon deshalb angesichts der anderen Regressvorteile nach den §§ 478, 479 vermieden werden. Man könnte also eine Obergrenze für den Rückgriff durch das vom Letztverkäufer gegenüber dem Verbraucher Geleistete befürworten.⁹³⁹

Der Wortlaut der §§ 478, 479 sieht eine solche Einschränkung jedoch nicht vor⁹⁴⁰.

Aus systematischer Sicht baut der Regress des § 478 I auf der jeweiligen Vertragsbeziehung auf⁹⁴¹. Ein „Gewinn“ des Letztverkäufers aus dem Verhältnis zum Verbraucher ist danach im Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten grundsätzlich unerheblich. Eine allgemeine Beschränkung des § 478 auf das „reine Regressinteresse“ wird somit auch nicht aus dem Zusammenhang mit § 478 II abzuleiten sein, der „nur“ die Nacherfüllungsaufwendungen, nicht aber alle Rechte aus den §§ 437 ff. gewährt⁹⁴². Außerdem verbleibt dem Letztverkäufer bei § 478 II gerade die Handelsspanne, während dies bei § 478 I nur beim verschuldensabhängigen Schadensersatz der Fall ist⁹⁴³. Gerade diese Erfassung des Schadensersatzanspruchs zeigt, dass auch die innere Systematik des § 478 I eine Beschränkung auf das tatsächlich Geleistete nicht vorsieht.

Man könnte angesichts des von Art. 4 RL geforderten effektiven Rückgriffs folglich umgekehrt eher zu fragen haben, ob dem Letztverkäufer aus systematischer Perspektive nicht auch im Rahmen des § 478 I generell die Handelsspanne zu ersetzen ist⁹⁴⁴.

Ferner kann die vorgeschlagene Einschränkung auf das „reine Regressinteresse“ jedenfalls dann keinen Sinn machen, wenn der Einkaufspreis des Letztverkäufers höher ist als der Verkaufspreis.

Teilbereiche auf Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 23 ff., verweisen. BT-Drucksache 14/6040, 247, ist dies allerdings nicht eindeutig zu entnehmen, wie Oetker/Maultzsch, 191 Fn. 868 indirekt selbst zu bedenken geben. Kritisch allgemein auch Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1397 f. Für eine solche Begrenzung jedenfalls nach Ablauf der regelmäßigen Gewährleistungsfrist schon Jud, 14. ÖJT Bd. II/2, 24.

⁹³⁸ Jud, ZfRV 2001, 201, 210 und dort mit Beispielen in Fn. 99.

⁹³⁹ Jud, ÖJZ 2000, 661, 667; vorsichtiger dieselbe, ZfRV 2001, 201, 211; Wenzel/Hütte/Helbron, 115; kritisch Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1400.

⁹⁴⁰ Dies erkennen auch Oetker/Maultzsch, 191; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1397 f. an.

⁹⁴¹ BT-Drucksache 14/6040, 247.

⁹⁴² AA zu dieser Argumentation Oetker/Maultzsch, 191; vgl. dazu schon C.V.3.

⁹⁴³ Vgl. C.V.6.

⁹⁴⁴ C.V.6.

Allerdings könnte aus rechtsvergleichender Sicht, im Vergleich zu Österreich beispielsweise, etwas Anderes herzuleiten sein. Dort ist in der besonderen Rückgriffsregel des § 933 b I 3 ABGB der Regress nämlich mit der Höhe des eigenen Aufwandes beschränkt. Hat der Letztverkäufer also eine ihm günstige Preisminderung ausgehandelt hat, kann er danach nur diesen niedrigeren Betrag ersetzt bekommen.⁹⁴⁵ § 933 b I 3 ABGB kann jedoch nicht ohne weiteres mit § 478 verglichen werden, da er nur den Rückgriff nach bereits eingetretener Verjährung vorsieht. Vor diesem Zeitpunkt greift das allgemeine Kaufrecht, das eine solche Einschränkung nicht kennt. Dies hat auch für § 478 I Bedeutung, da dieser nur eine Erleichterung und keine Erschwerung der allgemeinen Gewährleistungsrechte nach §§ 437 ff. darstellen soll⁹⁴⁶. Da die österreichische Regelung Vorbild für die deutschen Regressvorschriften war⁹⁴⁷, der Gesetzgeber diese ausdrückliche Beschränkung aber weder in § 478 I noch II aufgenommen noch in der Gesetzesbegründung erwähnt hat, spricht auch die Entstehungsgeschichte der §§ 478, 479 eher gegen sie.

6. Entgangene Handelsspanne des Letztverkäufers als „Gewährleistungsschaden“

Der Verkäuferrückgriff nach § 478 I unterscheidet sich hinsichtlich des Regressumfangs erheblich vom dem nach § 478 II⁹⁴⁸.

Denn über § 478 II kann der Letztverkäufer einerseits die Nacherfüllungsaufwendungen weiterreichen. Andererseits wird der Kaufvertrag des Letztverkäufers mit dem Verbraucher grundsätzlich nicht berührt. Damit bleibt dort auch die aus dem Verbrauchergeschäft regelmäßig erzielte Handelsspanne erhalten.

Anders liegt der Fall beim Regress nach § 478 I. Dabei werden die allgemeinen Gewährleistungsrechte nach den §§ 437 ff. durch § 478 I lediglich modifiziert. Diese bestimmen sich grundsätzlich nach dem Vertragsverhältnis der jeweiligen Käufer- und Verkäuferpartei. Dies führt dazu, dass der Letztverkäufer je nach Wahl des Gewährleistungsrechts in unterschiedlicher Höhe Rückgriff nehmen kann.

Im Fall der Minderung etwa, kann der Letztverkäufer nach § 478 I demgemäss nur den von ihm an den Lieferanten gezahlten Einkaufspreis mindern. Er kann jedoch nicht den höheren Minderungsbetrag des Verbrauchers durchreichen, der auch die Handelsspanne des Letztverkäufers „enthält“⁹⁴⁹. Bei der Minderung verliert der Letztverkäufer somit den Teil seiner Handelsspanne, der dem Mangel entspricht. Konkret bedeutet dies bei einem hälftigen Minderwert der Kaufsache und dem Fall, dass der objektive Wert der mangelfreien Sache jedes Mal dem gezahlten Preis entspricht: Der Letztverkäufer bekommt bei einem Einkaufspreis von 100 € nach § 441 III den Betrag von 50 € ersetzt. Hat er die Sache für 200 € weiterverkauft, muss er selbst aber 100 € erstatten, wenn der Verbraucher gemindert hat. Damit behielte der Letztverkäufer nur 50 € seiner eigentlich 100 € betragenden Handelsspanne.

Bei einem Rücktritt des Verbrauchers, könnte er noch nicht einmal diesen Anteil sichern. Gleiches gilt, wenn nur der Letztverkäufer vom Kaufvertrag zurücktritt. Dann kann er nach dem Konzept des § 478 I ebenfalls nur den von ihm bezahlten Einkaufspreis vom Lieferanten zurückerhalten. Denn auch hier ist grundsätzlich nur das

⁹⁴⁵ GewRÄG-E, 39; Jud, ZfRV 2001, 201, 210 und speziell auch Fn. 99; Reischauer, JBl 2002, 137, 159.

⁹⁴⁶ Budenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 39.

⁹⁴⁷ Pick, ZIP 2001, 1173, 1176.

⁹⁴⁸ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1395.

⁹⁴⁹ Budenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 36.

Vertragsverhältnis zwischen dem Letztverkäufer und dem Lieferanten erheblich. Er kann somit insbesondere nicht den Kaufpreis des Verbrauchers vom Lieferanten „zurück-“verlangen, der auch seine Handelsspanne umfasst.⁹⁵⁰

Ein Schadensersatzanspruch nach den §§ 437 Nr. 3, 280 bzw. auch § 281 kann die Handelsspanne theoretisch erhalten⁹⁵¹. Hier ist allerdings zu bedenken, dass den Lieferanten, der die Ware als Nicht-Hersteller nur als Handelsposten durchreicht, prinzipiell keine Untersuchungspflicht trifft⁹⁵². Trotz der Pflicht des § 433 I 2 zur mangelfreien Lieferung kann daher ein Verschulden des Lieferanten grundsätzlich nicht angenommen werden⁹⁵³. Letzteres ist aber für einen Schadens- oder einen Aufwendungsersatzanspruch erforderlich. Insoweit dürfte hier auch die Verschuldensvermutung des § 280 I 2 leicht zu widerlegen sein.

Hat der Letztverkäufer eine Nachbesserung bzw. –lieferung vorgenommen, kann er nach der hier vertretenen Ansicht zwar nach § 478 I vorgehen⁹⁵⁴. Gleichwohl bestehen dabei dann die gleichen, eben beschriebenen Regressprobleme. Verlangt er nach § 478 I selbst Nachlieferung oder Nachbesserung (soweit diese nicht ohnehin unmöglich geworden ist), kommt er nicht in den Genuss des Aufwendungsersatzanspruchs des § 478 II hinsichtlich der Nacherfüllungskosten. Der Letztverkäufer wird hier also regelmäßig nach dem alternativ möglichen § 478 II Rückgriff nehmen wollen, da ihm danach, wie soeben erwähnt, zudem sein Gewinn aus dem Verbrauchergeschäft bewahrt wird.⁹⁵⁵

Diese Diskrepanz - regelmäßiger Verlust der Handelsspanne beim Regress nach § 478 I⁹⁵⁶ und deren Erhalt bei § 478 II - hat herausragende Bedeutung.

Denn zum einen kann der wirtschaftliche Schaden des Letztverkäufers bei der Rückerstattung des Kaufpreises an den Verbraucher im Rahmen des Rücktritts etwa dem entsprechenden Nacherfüllungsaufwand durchaus gleichkommen. Dies ist dann der Fall, wenn die zurückgewährte Sache wertlos ist.⁹⁵⁷

Entscheidend ist aber zum anderen, dass die erhoffte und bei § 478 I regelmäßig verlorene Handelsspanne die entscheidende Motivation des Letztverkäufers ist, überhaupt Handel zu treiben. Im Regelfall, wenn kein Rückgriff erforderlich ist, wird diese Hoffnung auch belohnt, da der Einkaufspreis für den Letztverkäufer typischerweise niedriger ist als der Verkaufspreis.

Der unterschiedliche Regress nach § 478 I auf der einen Seite und nach § 478 II auf der anderen Seite könnte aber sowohl nach dem Willen des Gesetzgebers als auch nach der Systematik des § 478 gerechtfertigt sein. Dies könnte vor allem aus der Ratio des § 478 I folgen, wonach der Letztverkäufer „nur“ die gewöhnlichen, allgemeinen Käuferrechte nach den §§ 437 ff. erleichtert durchsetzen können soll. Danach wird eine Handelsspanne grundsätzlich gerade nicht ersetzt. Stellt man darauf ab, dass der

⁹⁵⁰ Jud, ZfRV 2001, 201, 212 mit Beispielen in Fn. 125; so schon dieselbe, ÖJZ 2000, 661, 663 f., 666 f.

⁹⁵¹ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 36; Jud, ÖJZ 2000, 661, 666.

⁹⁵² BGH, NJW 1981, 1269; VersR 1981, 779.

⁹⁵³ Freilich ist von davon die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit nach § 377 HGB zu unterscheiden.

⁹⁵⁴ C.IV.4.a und e.

⁹⁵⁵ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1395 f.

⁹⁵⁶ Näher Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1395 f.; Frankfurter Handbuch/Winkelmann, E.I. Rn. 250 f.; Jud, ÖJZ 2000, 662, 663 f, 666 f.; so im Ergebnis auch beim österreichischen Regress nach § 933 b ABGB.

⁹⁵⁷ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1396 und dort speziell Fn. 46.

Letztverkäufer die gleichen Rechte wie der Verbraucher haben soll⁹⁵⁸, bleibt festzuhalten, dass ein etwaiger Verbraucher-Verkäufer auch nicht nach § 478 I Rückgriff nehmen kann.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob dieser mangelnde Ersatz der Handelsspanne im Rahmen des § 478 I mit Art. 4 RL vereinbar ist⁹⁵⁹. Jedenfalls der Wortlaut des Art. 4 RL schränkt den Verkäuferregress nicht derart ein. Man könnte deshalb der Ansicht sein, dass der Letztverkäufer danach die gesamte wirtschaftliche Last, die im durch das verkaufte mangelhafte Verbrauchsgut entstanden ist und damit gerade auch die Handelsspanne, generell weiterreichen können muss. Nur auf diese Weise könnte man eine „effektive Schadensliquidierung“ als gewährleistet betrachten. Dies könnte ferner aus dem Effektivitätsgrundsatz und des damit geförderten, mittelbaren Verbraucherschutzes zu folgern sein.⁹⁶⁰ Grundsätzlich gebietet auch das Verantwortungsprinzip, dass der tatsächlich Verantwortliche den Schaden aus der Gewährleistungshaftung gegenüber dem Verbraucher zu tragen hat. Demgemäß steht schon hinter Art. 3 V des Richtlinienvorschlages von 1996 die Erwägung, dass der Letztverkäufer die durch die Vertragswidrigkeit „verursachten Kosten abwälzen“ können soll⁹⁶¹. Dagegen könnte § 478 I vor allem dann verstoßen, wenn der Mangel so schwerwiegend ist, dass von vornherein eine Nacherfüllung und damit ein Regress nach § 478 II ausscheidet.

Der Lieferant müsste nach diesem Verständnis von Art. 4 RL also die Handelsspanne bei § 478 I *neben* den danach geltend gemachten Rückgriffsrechten ersetzen. Dies könnte bei der Minderung des Verbrauchers dadurch geschehen, dass man den Minderungsbetrag des Verbrauchers – und nicht des Letztverkäufers – an den Lieferanten durchreichte. Beim Rücktritt etwa, wäre dem Letztverkäufer der vom Verbraucher – und nicht der vom Letztverkäufer – bezahlte Kaufpreis vom Lieferanten zurückzugewähren.⁹⁶²

Nach der Gegenauffassung hingegen gebietet Art. 4 RL nicht, dass der gesamte, wirtschaftliche Haftungsschaden über einen Regressanspruch liquidiert werden können muss⁹⁶³.

Zwar wird man aus Art. 4 S. 2 RL nicht ableiten können, dass dem Mitgliedstaat weitgehend die Bestimmung des Regressinhalts und -umfangs überlassen wurde⁹⁶⁴. Allerdings wurden die „Regressfallen“ vom Richtliniengeber primär in

⁹⁵⁸ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 247.

⁹⁵⁹ B.II.3.c.

⁹⁶⁰ Grundsätzlich schon Lehmann, JZ 2000, 280, 289 f.; Gsell, JZ 2001, 65, 73 und dort speziell Fn. 98; W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 254 und dort auch Fn. 90, 256; Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 357 f., die in ihrem Vorschlag den „Ersatz seiner Aufwendungen“ samt „Erstattungen des Kaufpreises, die der Unternehmer dem Verbraucher wegen eines Rücktritts oder einer Minderung geleistet hat“, gewähren möchten; aA aber noch etwa Jud, ÖJZ 2000, 661, 663 f.

Vgl. sonst noch zur effektiven Schadensliquidierung - allerdings zum Aufwandsersatzersatz - Jud, ZfRV 2001, 201, 211 f; befürwortend wohl Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 671, 673, wenn er der Sache nach auf einen Anspruch aus § 670 abstellen möchte; so grundsätzlich auch Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1421; dieselben, ZIP 2000, 1462, 1463; dieselben, ZIP 2000, 1812, 1815; dieselben, ZIP 2001, 1389, 1396.

⁹⁶¹ KOM (95) 520 endg., 15 = BR-Drucksache 696/96, worauf Lehmann, JZ 2000, 280, 290, hinweist.

⁹⁶² Vgl. C.V.6; Jud, ÖJZ 2000, 661, 663 f.

⁹⁶³ Jud, ZfRV 2001, 201, 211 Fn. 111 mit Verweis auf dieselbe, ÖJZ 2000, 661, 663 Fn. 17.

⁹⁶⁴ So aber Jud, ÖJZ 2000, 661, 663 und dort speziell Fn. 17; dazu schon B.II.3.a.cc.

„Verjährungsfallen“ und „Freizeichnungsfallen“ gesehen. Die Schaffung des Art. 4 RL ist in erster Linie also nicht darauf zurückzuführen, dass vertragliche Ansprüche des Letztverkäufers als unzureichend empfunden wurden.⁹⁶⁵ Man wird folglich davon ausgehen müssen, dass die RL den Letztverkäufer nicht vom gesamten wirtschaftlichen Nachteil der Gewährleistungshaftung befreien wollte⁹⁶⁶.

Für diese Lösung spricht auch, dass der Letztverkäufer durch den Vorteil des § 478 II gegenüber dem Rückgriff nach § 478 I angehalten wird, sich verstärkt um die vorrangige Nacherfüllung gegenüber dem Verbraucher zu bemühen. Damit führte § 478 I gerade doch zu einem verbraucherfreundlichen Verhalten. Insofern ist auch zu bedenken, dass der Letztverkäufer bei der Nacherfüllung aktive, eigene Aufwendungen erbringen muss, wohingegen er bei Rücktritt oder Minderung des Verbrauchers diese nur „passiv erdulden“ muss.⁹⁶⁷

Vor allem aber wäre die Haftung der Vordermänner nicht mehr kalkulierbar, führte man im Rahmen des § 478 I eine allgemeine Ersatzpflicht für die entgangene Handelsspanne ein. Denn hier wirkt sich im Gegensatz zu § 478 II gerade aus, dass die verschiedenen Letztverkäufer regelmäßig unterschiedliche Verkaufspreise erzielen und weitere Unsicherheiten durch im Einzelfall gewährte Rabatte oder sonstige Preisminderungen drohen. Diese Gefahren bestehen bei § 478 II nicht, weil hier unabhängig von der Handelsspanne „nur“ die Nacherfüllungsaufwendungen ersetzt werden und der Kaufvertrag somit samt des erzielten Verkaufspreises als „Reflex“ bestehen bleibt. Die Handelsspanne verbleibt dem Letztverkäufer bei § 478 II also automatisch, so dass den Lieferanten eine diesbezügliche Ersatzpflicht gar nicht treffen kann.

Zudem handelt es sich beim Regress nach § 478 I typischerweise um die Geltendmachung eines verschuldensunabhängigen Gewährleistungsbehelfs. Eine weitere „Kontrollschranke“ für den Ersatz der Handelsspanne wäre folglich nicht vorgesehen. Diese wäre für einen Anspruch, der die Handelsspanne umfasste, aber wohl selbst nach der Wertung des § 478 I zu fordern. Denn die nach § 478 I diesbezüglich einzig denkbare Ersatzmöglichkeit ist der Schadensersatzanspruch und dieser stellt gerade auf ein Verschulden ab.⁹⁶⁸

Schließlich ist der Rückgriff nach § 478 I auch dann effektiv, wenn er die Handelsspanne nicht erfasst. Denn Sinn und Zweck des Art. 4 RL ist es nur, dass der Letztverkäufer nicht in einer „Regressfalle“ stecken bleibt. Erleichterten Regress kann er nach § 478 I aber gerade nehmen. Es wird nach § 478 I nur nicht zusätzlich der entgangene Gewinn ersetzt.

Weder nach § 478 I noch nach Art. 4 RL ist also zu fordern, dass der Letztverkäufer bei einem Rückgriff nach § 478 I allgemein seine Handelsspanne ersetzt bekommt.⁹⁶⁹ Damit kann er im Rahmen des § 478 I zwar etwa auch keine sonstigen „Servicekosten“ für Regressfälle in Rechnung stellen⁹⁷⁰.

⁹⁶⁵ Jud, ÖJZ 2000, 661, 663; dieselbe, ZfRV 2001, 201, 212; näher B.II.1.b-d.

⁹⁶⁶ Jud, ÖJZ 2000, 661, 664.

⁹⁶⁷ Jud, ZfRV 2001, 201, 213, die letztlich aber kritisch bleibt. Dieser Einwand gilt zudem nur bedingt, wenn man von § 478 I auch die Nacherfüllungsvarianten als erfasst ansieht; C.IV.4.a und e.

⁹⁶⁸ Jud, ÖJZ 2000, 661, 663 f.; dieselbe, ZfRV 2001, 201, 212.

⁹⁶⁹ KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 13.

⁹⁷⁰ Insofern sind entsprechende Muster oder Checklisten, vgl. etwa Marx/Wenglorz, 221, problematisch.

Der regelmäßige Verlust der Handelsspanne stellt sich beim Rückgriff nach § 478 I aber dadurch weniger dramatisch dar, dass der typische Gewährleistungsaufwand im Rahmen der Preisbildung zwischen den Kettengliedern offenbar allgemein Berücksichtigung findet oder ein freiwilliges, umfassenderes Regressmodell aufgestellt wird⁹⁷¹.

VI. Konkurrenz zwischen § 478 I und II und die Versagung einer „auffüllenden“ Parallelität

Der Letztverkäufer bekommt, wie soeben dargelegt⁹⁷², über § 478 I seine Handelsspanne regelmäßig nicht ersetzt. Dennoch könnte dem Letztverkäufer möglicherweise dadurch geholfen werden, dass man ihm bei durchgeführter Nacherfüllung neben § 478 I auch einen Rückgriff nach § 478 II gewährt. Offensichtlich ist dies bei der Ersatzlieferung im Rahmen der Nachlieferung iSd § 439 I denkbar. Denn hier liegen sowohl Nacherfüllungsaufwendungen iSd § 478 II als auch eine Rücknahme iSd § 478 I vor.⁹⁷³ Entsprechendes gilt aber ebenso für die Nachbesserung, wenn man sie als von § 478 I erfasst ansieht⁹⁷⁴.

Es stellt sich mithin die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis von § 478 I und II. Ausdrücklich ist eine Konkurrenzregelung in den §§ 478, 479 nicht enthalten. Der Gesetzgeber stellt zur Abgrenzung der Rechte aus § 478 I und II nur auf die bei § 478 I erforderliche Rücknahme oder Minderung einerseits und auf die Nacherfüllungsaufwendungen iSd § 478 II andererseits ab, die der Letztverkäufer „zu tragen hatte“.⁹⁷⁵ Nach dem Wortlaut des § 478 können § 478 I und II also prinzipiell nebeneinander greifen⁹⁷⁶.

Neben der schon daraus erkennbaren Systematik⁹⁷⁷ des § 478 folgt auch aus dem umstrittenen Anwendungsbereich⁹⁷⁸ des § 478 I kein striktes Ausschlussverhältnis.

Zumindest eine völlige Parallelität von § 478 I und II begegnet jedoch Bedenken, weil der Letztverkäufer durch einen solchen „zusammengesetzten“ Regress einen wirtschaftlichen Gewinn erzielte, der über die erzielte Handelsspanne und den Ersatz der Nacherfüllungsaufwendungen hinausginge. Damit wäre der Letztverkäufer im Ergebnis „ungerechtfertigt bereichert“ bzw. privilegiert. Denn dies ginge gerade über eine effektive Schadensliquidierung hinsichtlich der ihn treffenden Gewährleistungshaftung hinaus⁹⁷⁹.

Um dieses Ergebnis zu vermeiden, müsste man es bei einem primär nach § 478 II erfolgenden Regress dabei belassen, da er danach schon von allen Haftungsbelastungen freigehalten ist. Erfolgt der Rückgriff hingegen nach § 478 I, müsste man dazu für einen zusätzlichen Regress nach § 478 II eine „Kappungsgrenze“ einführen: Eine solche Obergrenze könnte in dem wirtschaftlichen Wert eines alleinigen Rückgriffs nach

⁹⁷¹ Markat, 14. ÖJT Bd. II/2, 51.

⁹⁷² C.V.6.

⁹⁷³ Jud, ZfRV 2001, 201, 214; vgl. auch Oechsler, C § 2 Rn. 323; zu diesem Konkurrenzverhältnis schon Westermann, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 109, 129.

⁹⁷⁴ C.IV.4.e.

⁹⁷⁵ BT-Drucksache 14/6040, 247, 248.

⁹⁷⁶ Laws, Neue Zivilrechtspraxis, Rn. 145 Fn. 82.; so grundsätzlich Oetker/Maultzsch, 192 Fn. 873; Maultzsch, JuS 2002, 1171, 1173 Fn. 16.

⁹⁷⁷ Laws, Neue Zivilrechtspraxis, Rn. 145 Fn. 82.

⁹⁷⁸ Vgl. im Einzelnen C.IV.4.

⁹⁷⁹ So prinzipiell Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1395.

§ 478 II liegen, da dieser alle Haftungsbelastungen erfasst. Es ist allerdings sehr zweifelhaft, ob man für die Fristerleichterung des § 478 I einen genauen Geld- oder Wertbetrag festlegen kann, den man dann von dieser Obergrenze abziehen müsste.

Somit ist auch eine solche „auffüllende Parallelität“ von § 478 I und einem geminderten Ersatz nach § 478 II grundsätzlich zurückzuweisen. Jedenfalls wären Unsicherheit und mangelnde Haftungsvorhersehbarkeit die Folgen. Diese Wertung entspricht auch der Auffassung⁹⁸⁰, die durch § 478 I und II eine zutreffende Unterscheidung in „weitergereichte“ Gewährleistungsrechte des Verbrauchers einerseits und vom Letztverkäufer originär geltend zu machende Nacherfüllungsaufwendungen andererseits sieht. Gerade dieser Aspekt muss ferner dem Vorschlag einer einheitlichen (§ 478 I und II „zusammenfassenden“) Regressvorschrift⁹⁸¹ entgegengehalten werden, die die hier behandelten Probleme möglicherweise vermieden hätte.

Insgesamt ist eine parallele Anwendung von § 478 I und II folglich grundsätzlich abzulehnen: Wenn § 478 I greift, ist § 478 II ausgeschlossen und umgekehrt.⁹⁸² Einen Sonderfall können auch dann aber die vergeblichen Nacherfüllungsaufwendungen bilden⁹⁸³.

⁹⁸⁰ Dazu von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 735.

⁹⁸¹ Dafür Lehmann, JZ 2000, 280, 290, 293; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1421; dieselben, ZIP 2001, 1389, 1395.

⁹⁸² So Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 87; derselbe, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 23.

⁹⁸³ D.V.

D. Eigenständiger Regressanspruch des § 478 II für die Nacherfüllungsaufwendungen nach § 439 II

I. Voraussetzungen des § 478 II

1. Gemeinsame – hier aber konstitutive – Grundvoraussetzungen von § 478 I und II

Im Gegensatz zu § 478 I ist § 478 II eine eigenständige und neue Anspruchsgrundlage mit eigenen Voraussetzungen. § 478 II nimmt gerade nicht, wie § 478 I, auf andere Vorschriften (§§ 437 ff.) Bezug, die ihrerseits Verweisungen und Voraussetzungen enthalten. Folglich mussten bei § 478 II, anders als bei § 478 I, die erforderlichen Voraussetzungen ausdrücklich in der Norm selbst erwähnt werden. Angesichts des Zusammenspiels von § 478 I und II sollten diese vom Grundsatz her die gleichen sein, wie bei § 478 I.

In § 478 II war deshalb zunächst explizit das Erfordernis eines wirksamen Verbrauchsgüterkaufvertrages iSd § 474 I zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher zu nennen. Gleiches gilt für das Vorliegen einer „neu hergestellten“ und „beweglichen“ Sache.⁹⁸⁴ § 478 II bezieht sich ausdrücklich ferner auf den „Lieferanten“ als Regressschuldner und damit systematisch auf die Legaldefinition des § 478 I. Der Letztverkäufer muss dem Verbraucher nach dem Wortlaut des § 478 II wegen eines Mangels ebenfalls tatsächlich nach § 439 II zur Nacherfüllung verpflichtet gewesen sein und dies erfüllt haben („zu tragen hatte“).

Insbesondere war von § 478 II aber auch explizit zu fordern, dass „der vom Verbraucher geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr“ auf den Letztverkäufer vorhanden war. Denn erst dies stellt im Rahmen des § 478 II sicher, dass der Mangel beim Verbrauchsgüterkauf mit dem im Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten identisch sein muss⁹⁸⁵.

Ohne den genannten Hinweis in § 478 II müsste der Mangel nämlich erst bei Gefahrübergang auf den Verbraucher vorliegen: Während der Zwischenlagerung könnte der Letztverkäufer andernfalls also ungesühnt den Mangel verursacht haben.⁹⁸⁶ Der Lieferant soll aber auch hier, wie bei § 478 I, nicht für Mängel einstehen müssen, die beim Letztverkäufer entstanden sind⁹⁸⁷.

Die Grundvoraussetzungen des zusammengesetzten Regresses aus § 478 I und II sind somit der Sache nach und wie erwünscht, identisch, insbesondere der allgemeine Anwendungsbereich⁹⁸⁸. Damit werden einheitliche Rückgriffsvoraussetzungen geschaffen. Dies fördert die Transparenz und Rechtssicherheit.

Vor allem bei § 478 II erlangen die im Einzelnen bei § 478 I erörterten Regressvoraussetzungen bzw. -einschränkungen jedoch ihre besondere Schlagkraft. Denn bei § 478 I handelt es sich „nur“ um eine zusätzliche, die allgemeinen

⁹⁸⁴ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 249; Laws, MDR 2002, 320, 322; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 959.

⁹⁸⁵ BT-Drucksache 14/6040, 249.

⁹⁸⁶ Näher auch D.I.2.

⁹⁸⁷ BT-Drucksache 14/6040, 249. Mit dem auch bei § 478 II geltenden Erfordernis der Seitengleichheit greifen bei § 478 II grundsätzlich zugleich die Ausführungen im Rahmen von § 478 I; dazu C.IV.6 und C.IV.7.

⁹⁸⁸ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 249.

Gewährleistungsrechte nach den §§ 437 ff. nicht berührende, Regresserleichterung/-modifizierung. Die Rechte aus den §§ 437 ff. bleiben dem Letztverkäufer also auch dann erhalten, wenn die Voraussetzungen des § 478 I nicht erfüllt sind – er verliert dann nur die Fristerleichterung des § 478 I. Bei § 478 II hingegen führt die Nichterfüllung der genannten Voraussetzungen dazu, dass der Aufwendungsersatzanspruch gänzlich ausgeschlossen ist. Dann greift insoweit allenfalls ein vom Verschulden des Lieferanten abhängiger Schadensersatzanspruch. Im Rahmen des § 478 II entpuppen sich also die eigentlichen „Regressfallen“ der mitunter richtlinienwidrigen Voraussetzungen („neu hergestellte Sache“) – hier sind sie aber auch doppelt schmerzhaft. Denn bei einem Ausschluss des § 478 II hat der Letztverkäufer gerade beim Haupthaftungsfall, dem Nacherfüllungsanspruch als primären Gewährleistungsbehelf des Verbrauchers, keine Rückgriffsmöglichkeit.

2. Vorliegen des Mangels bei Gefahrübergang auf den Letztverkäufer

a) Bedeutung dieser Voraussetzung

Wie erwähnt, setzt § 478 II voraus, dass „der vom Verbraucher geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr“ auf den Letztverkäufer vorhanden war. Die erste wesentliche Konsequenz daraus ist das beschriebene Erfordernis der Seitengleichheit des Mangels.⁹⁸⁹ Weil der Letztverkäufer, anders als beim Verlust der Fristerleichterung des § 478 I, beim Ausschluss des § 478 II für einen Teil seiner Haftung regelmäßig praktisch überhaupt keine Rückgriffsmöglichkeit hätte, erlangt hier zweitens gerade deshalb die Beweislastumkehr des § 478 III iVm § 476 ihre „uneingeschränkte praktische Bedeutung“. Denn danach wird die von § 478 II geforderte Identität des Mangels vermutet, die der Letztverkäufer sonst häufig nicht darlegen könnte.⁹⁹⁰

Die dritte Folge der von § 478 II geforderten Mangelexistenz zum Zeitpunkt des Gefahrüberganges auf den Letztverkäufer ist, dass damit zu Lasten des Letztverkäufers für die Fälle der Versendungskäufe eine konstitutive „Haftungsfalle“ eingeführt wurde.

b) Sonderfälle der Versendungskäufe

Im Rahmen des Letztverkäuferregresses bilden die Versendungskäufe Sonderfälle. Ein Versendungskauf liegt nach der Grundregel des § 447 vor, wenn der Käufer die Versendung der Kaufsache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort, etwa zu sich nach Hause, verlangt. Hier soll die Gefahr prinzipiell mit der Übergabe an die Transportperson oder -anstalt übergehen.⁹⁹¹ Vorstehendes gilt gemäß § 474 II allerdings nicht beim Verbrauchsgüterkauf, so dass dort die Gefahr nach den §§ 474 II, 446 S. 1 grundsätzlich erst mit der Übergabe der Kaufsache auf den Verbraucher übergeht. Dies wird auch nicht durch die Vereinbarung einer Holschuld⁹⁹² umgangen werden können, da insoweit § 475 I 2 entgegensteht.

Dem Letztverkäufer droht hier nun deshalb eine „Haftungsfalle“, da für ihn die Vergünstigung des § 474 II nicht gilt, er im Verhältnis zu seinem Lieferanten also anders

⁹⁸⁹ D.I.1.

⁹⁹⁰ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 13.

⁹⁹¹ BT-Drucksache 14/6040, 240. Diese Regelung sollte noch im DiskE gänzlich gestrichen werden; Canaris, Schuldrechtsreform 2002, XXXIII.

⁹⁹² Kritisch Westermann, NJW 2002, 241, 251.

behandelt wird als der Verbraucher ihm gegenüber.

Zwar findet § 447 nach § 474 II generell „auf die in diesem Untertitel geregelten Kaufverträge keine Anwendung“; der damit gemeinte Untertitel 3 regelt den Verbrauchsgüterkauf und auf diesen ist § 447 also nicht anzuwenden. Die §§ 478, 479 regeln aber keinen besonderen Kaufvertrag, sondern nur den Regress bei Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufvertrages. Daher bleibt § 447 auf den Vertrag zwischen dem Letztverkäufer und dem Lieferanten trotz des § 474 II anwendbar. Diese systematische Überlegung wird dadurch unterstützt, dass § 447 unter Unternehmern und in Übereinstimmung mit dem internationalen Standard, wie etwa Art. 67 UN-Kaufrecht, erhalten bleiben sollte⁹⁹³.

Dadurch entstehende Nachteile werden prinzipiell freilich schon im Rahmen des § 478 I aktuell. Im Gegensatz zu § 478 II knüpft § 478 I jedoch an die allgemeinen Gewährleistungsrechte und damit grundsätzlich an § 447 an. Von diesen allgemeinen Gewährleistungsrechten sieht § 474 II nur eine Ausnahme speziell für den Verbraucher vor, so dass das vorstehende Ergebnis für den Letztverkäufer bei § 478 I eigentlich als konsequent betrachtet werden kann.

Bei § 478 II musste als eigenständigem Anspruch hingegen ausdrücklich festgelegt werden, zu welchem Zeitpunkt der Mangel vorzuliegen hat und wann ein Gefahrübergang stattfindet. Die Versagung des § 474 II bei § 478 II ist folglich kritischer zu beurteilen, obgleich dadurch beim Regress des § 478 immerhin ein einheitlicher Zeitpunkt für den Gefahrübergang gilt.

Der Ausschluss des § 474 II bei § 478 II ist darüber hinaus nicht nur angesichts des erklärten Ziels der §§ 478, 479, dem Letztverkäufer grundsätzlich die gleichen Rechte wie dem Verbraucher zu geben⁹⁹⁴, zu bezweifeln. Man könnte auch dessen Richtlinienkonformität in Frage stellen, weil der „einseitige“ § 474 II für den Letztverkäufer nicht nur bedeutet, dass er die Transportgefahren und insbesondere das Insolvenzrisiko des Spediteurs im Verhältnis zum Lieferanten tragen muss, sondern zugleich, dass im Verhältnis zum Verbraucher eine Haftungsverlängerung gerade für diesen Zeitraum stattfindet⁹⁹⁵.

Der Letztverkäufer kann mithin zudem darunter leiden, dass er eine nach Gefahrübergang auf ihn (§ 447) verschlechterte Sache weiterverkauft und dem Verbraucher dafür einstehen muss, selbst aber wegen § 447 keinen Rückgriff nehmen kann.

Einem möglichen Verstoß gegen einen effektiven Rückgriff iSv Art. 4 RL oder gegen das Verantwortungsprinzip ist primär die Beweislastumkehr des § 478 III iVm § 476 entgegenzuhalten. Danach wird die Mangelentstehung vor dem Gefahrübergang auf den Letztverkäufer weitgehend vermutet. Für die Fälle, in denen § 478 III iVm § 476 nicht greift, beispielsweise bei gebrauchten Sachen, ist anzumerken, dass die Bedenken im Rahmen des § 474 II nicht ohne weiteres auf das Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten übertragbar sind. Aufgrund umfangreicher Geschäfts- und Lieferbeziehungen wird es dem Letztverkäufer nämlich, anders als dem Verbraucher, grundsätzlich möglich sein, das Beförderungsrisiko regelmäßig ähnlich versichern zu können wie der Lieferant.

⁹⁹³ BT-Drucksache 14/6040, 244. Art. 67 I UN-Kaufrecht stellt insbesondere auf die Übergabe an den ersten Beförderer ab.

⁹⁹⁴ BT-Drucksache 14/6040, 247.

⁹⁹⁵ Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 262.

Außerdem wird er daher auch bessere Einflussmöglichkeiten auf den Spediteur nehmen können.⁹⁹⁶ Problematisch wird dies indes beim kleinen Einzelhändler, der eine Vielzahl von Produkten vertreibt. Er wird sich häufig unterschiedlicher Lieferanten bedienen oder nur geringere Mengen abnehmen. In diesen Fällen wird somit sowohl der Einfluss des Letztverkäufers auf den Spediteur als auch seine Versicherungsmöglichkeit gering sein. Gerade den kleinen Einzelhändler wollte der Richtliniengeber aber schützen⁹⁹⁷.

Zu beachten ist allerdings, dass der Letztverkäufer mit § 421 I 2 HGB einen eigenen Anspruch gegen den eingeschalteten Unternehmer-Beförderer hat.

Entscheidend ist schließlich, dass es sich hier nicht um eine eigentliche Regressproblematik iSd Art. 4 RL handelt. Denn nach Art. 4 RL soll der innerhalb einer Produktions- oder Vertriebsstufe entstandene Mangel durch die Lieferkette durchgereicht werden können. Eine Haftung von Zwischenpersonen, insbesondere auch des Transporteurs, wollte Art. 4 RL nur ermöglichen, nicht vorschreiben.⁹⁹⁸ Gleichwohl bleibt fraglich, ob der deutsche Gesetzgeber diesen Spielraum bei der Erörterung der Rückgriffsvorschriften umfassend gesehen hat. Erneut wird der Letztverkäufer, wie eigentlich vom Grundsatz nicht gewünscht, anders behandelt als der Verbraucher.

3. Erbrachte Nacherfüllungsaufwendungen des Letztverkäufers gemäß §§ 478 II, 439 II

Der Letztverkäufer hat den Anspruch aus § 478 II erst dann, wenn er seinen Nacherfüllungsaufwendungen iSd § 439 II tatsächlich nachgekommen ist. Der Wortlaut des § 478 II („beim Verkauf“) ist insoweit nicht entscheidend.⁹⁹⁹ Dies folgt auch daraus, dass unter § 478 II nur die Aufwendungen fallen, die er „zu tragen hatte“.

a) Vorliegen von Nacherfüllungsaufwendungen im Sinne des § 439 II

Ersetzt werden nach § 478 II lediglich die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen. Es reicht also nicht aus, dass der Letztverkäufer nach § 439 I zur Nacherfüllung verpflichtet war und daraufhin irgendwelche „Aufwendungen“ erbracht hat. Zum Zweck der Nacherfüllung sind vielmehr nur die Aufwendungen erforderlich, die der Letztverkäufer zur für den Verbraucher unentgeltlichen Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes der mangelhaften Kaufsache erbringen musste, vgl. § 439 II und Art. 3 II, IV RL.

Unerheblich ist, ob die Nacherfüllungskosten beim Verbraucher oder beim Letztverkäufer entstehen¹⁰⁰⁰. Sie umfassen die Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten¹⁰⁰¹ und stimmen damit grundsätzlich mit dem bisherigen § 476 a überein¹⁰⁰².

Diesbezüglich neu ist jedoch, dass auch die Ersatzlieferung von § 439 II erfasst ist und die Sonderregel des bisherigen § 476 a S. 2 aufgegeben wurde. Danach musste der Letztverkäufer die Nachbesserungsaufwendungen bisher nicht tragen, soweit die Aufwendungen sich erhöhen, weil die gekaufte Sache nach der Lieferung an einen

⁹⁹⁶ So die grundsätzliche Überlegung des Gesetzgebers; BT-Drucksache 14/6040, 243.

⁹⁹⁷ B.II.1.d.bb.

⁹⁹⁸ B.II.3.a.bb; C.IV.2.d.cc.aaa.

⁹⁹⁹ Palandt/Putzo, § 478 Rn. 8.

¹⁰⁰⁰ BGH, NJW 1996, 389, 390.

¹⁰⁰¹ Kainer, AnwBl 2001, 380, 387.

¹⁰⁰² BT-Drucksache 14/6040, 231.

anderen Ort als den Wohnsitz oder die gewerbliche Niederlassung des Empfängers verbracht wurde. Dies galt nur dann nicht, wenn das Verbringen dem bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache entsprach.¹⁰⁰³ Eine dem bisherigen § 476 a S. 2 entsprechende Regelung betrachtete man wegen des jetzigen Verweigerungsrechts des § 439 III bei unverhältnismäßigen Nacherfüllungsaufwendungen als disponibel und in bezug auf den Verbrauchsgüterkauf wegen Art. 3 IV RL als richtlinienwidrig.¹⁰⁰⁴

Unter den Begriff der Transportkosten fallen etwa die Aufwendungen, die für die Verschickung von erforderlichen Ersatzteilen notwendig sind. Wenn der Verbraucher die Sache zwecks Nachbesserung zum Letztverkäufer transportiert, sind auch diese Kosten von § 439 II erfasst.¹⁰⁰⁵ Transportaufwendungen beinhalten ferner die Abschleppkosten oder andere Aufwendungen, die für die Verbringung eines gekauften und aufgrund eines Mangels liegenden Fahrzeugs von und zur Werkstatt notwendig sind.¹⁰⁰⁶ Von § 439 II sind zudem die Wegekosten der Personen erfasst, die die Nacherfüllung vornehmen¹⁰⁰⁷.

Materialkosten entstehen vor allem hinsichtlich der für die Nachbesserung erforderlichen Ersatzteile¹⁰⁰⁸ und in Form der nachgelieferten Sache.

Im Rahmen des § 439 II sind jedoch insbesondere die Arbeitsaufwendungen des Letztverkäufers bedeutend. Arbeitskosten umfassen die für die Nacherfüllung erforderlichen Löhne und Gehälter. Maßstab sind die Arbeitszeit und der Arbeitsaufwand, die für die Demontage, den erneuten Zusammenbau und die damit verbundene Verwaltung benötigt werden.¹⁰⁰⁹ Nach § 478 II muss insoweit auch eine angemessene „Bearbeitungsgebühr“ gezahlt werden, was man etwa in der Republik Österreich mit § 933 b ABGB gerade vermeiden wollte¹⁰¹⁰. Beim genauen Anspruchsumfang des § 478 II ist allerdings im Einzelnen zweifelhaft, wie sich die genannten Aufwendungen genau zu bemessen haben¹⁰¹¹.

Zu erwähnen ist, dass die in § 439 II genannten Aufwendungen nicht abschließend sind, sondern alle zur Nacherfüllung erforderlichen Kosten beinhalten und sich ansonsten grundsätzlich nach § 256 bestimmen¹⁰¹². Deshalb fallen unter § 439 II auch bereits die Aufwendungen, die zur Auffindung des Mangels, dessen Ursache oder der

¹⁰⁰³ Dabei erfolgte eine objektive, am allgemeinen Verwendungszweck orientierte Betrachtung; BGH, NJW 1991, 1604, 1606.

¹⁰⁰⁴ BT-Drucksache 14/6040, 231; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 439 Rn. 13; Haas, BB 2001, 1313, 1316; vgl. außerdem Faber, JBl 1999, 413, 427, Fn. 106; kritisch zur unterlassenen Übernahme des § 476 a S. 2 aF Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 6.

¹⁰⁰⁵ AG Dülmen, NJW 1987, 385.

¹⁰⁰⁶ AG Dülmen, NJW 1987, 385; GewRÄG-E, 42.

¹⁰⁰⁷ AG Dülmen, NJW 1987, 385.

¹⁰⁰⁸ Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 11 Nr. 10 c AGBG Rn. 3.

¹⁰⁰⁹ BGH, NJW 1996, 389, 390.

¹⁰¹⁰ Welser, 14. ÖJT Bd. II/2, 93, der auf entsprechende Befürchtungen von Voith, 14. ÖJT Bd. II/2, 93, eingeht.

¹⁰¹¹ D.II.2-4.

¹⁰¹² Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 439 Rn. 10; selbst wenn man der Ansicht ist, dass die Aufwendungen iSd § 478 II keine „freiwilligen Vermögensopfer“ iSd §§ 256, 670 sind, wird man diesen doch den Begriff der Aufwendungen entlehnen können; Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 11; näher auch Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 435.

Behebungsmöglichkeiten durch den Käufer oder einen von ihm beauftragten Dritten notwendig sind. Die Kommunikationsaufwendungen und die mit der Nachbesserung zusammenhängenden Schäden sind unter Umständen ebenfalls von den Nacherfüllungsaufwendungen erfasst.

Andererseits hat der Verbraucher grundsätzlich jedoch z.B. die Kosten der Mangelanzeige und die Rechtsverfolgungskosten in Form von Anwalts- und Sachverständigengebühren zu tragen.¹⁰¹³

Auch wenn die in § 439 II genannten Aufwendungen nicht enumerativ sind, handelt es sich bei diesen jedenfalls stets um solche, die gerade für eine Nacherfüllung iSd § 439 I erforderlich sind. Daraus ergibt sich beispielsweise, dass Reisekosten oder Nutzungsausfall des Verbrauchers regelmäßig nicht unter § 439 II fallen¹⁰¹⁴. Dementsprechend können hier auch Aufwandsbegriffe, die nicht auf § 439 bezogen sind (insbesondere solche nach ausländischem Recht) keine Bedeutung erlangen¹⁰¹⁵.

Schließlich ist festzuhalten, dass Nacherfüllungsaufwendungen zwar zielgerichtet zur Mangelbeseitigung erbracht worden sein müssen. Nicht erforderlich ist allerdings, dass der bezweckte Erfolg dann auch tatsächlich eintritt. Dies ergibt sich aus dem von § 440 S. 1 als möglich vorausgesetzten „Fehlschlagen“ der Nacherfüllung.¹⁰¹⁶ Voranstehendes gilt jedoch dann nicht, wenn der Letztverkäufer das Fehlschlagen der Nacherfüllung zu vertreten hat, weil er diese nach den §§ 440 S. 1, 281 II ernsthaft, endgültig und unberechtigt verweigert hat.

b) Abgrenzung zu „anderen“ Nacherfüllungsgründen und die hierzu grundsätzlich übernommene Wertung des § 478 I

Entsprechend der Wertung des § 478 I ist die Anwendung des § 478 II ausgeschlossen, wenn es um andere Gründe als die Verpflichtung des § 439 II gegenüber dem Verbraucher geht. Der Letztverkäufer darf mithin nicht etwa aus Kulanz oder aufgrund einer weitergehenden Garantie¹⁰¹⁷ nacherfüllt haben. Ebenso wenig ist es zulässig, dass sich der Letztverkäufer nicht auf eine eingetretene Verjährung beruft¹⁰¹⁸ oder Aufwendungen nur gelegentlich der Mangelbeseitigung erbringt.

Diese Einschränkung folgt für § 478 II aus dessen Forderung, dass der Letztverkäufer die erbrachten Aufwendungen nach § 439 II „zu tragen hatte“¹⁰¹⁹ bzw., dass sie als notwendige Aufwendungen iSd § 478 II iVm § 439 II anzusehen sein müssen.¹⁰²⁰ Auch nach Sinn und Zweck der §§ 478, 479 und des Art. 4 RL sollen vom Letztverkäufer lediglich die zwingenden Gewährleistungsfälle weitergereicht werden können. Einseitiges und letztlich nur vom Letztverkäufer bestimmtes Entgegenkommen gegenüber dem Verbraucher kann den Lieferanten also wie bei § 478 I nicht belasten.¹⁰²¹ Für diese

¹⁰¹³ Matthes, NJW 2002, 2505, 2510, unter Verweis in Fn. 29 auf die Rechtsprechung zum bisherigen § 476 a; vgl. auch Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 11 Nr. 10 c AGBG Rn. 3.

¹⁰¹⁴ Kretschmer/Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 17. Januar 2000, 6.

¹⁰¹⁵ Matthes, NJW 2002, 2505, 2510.

¹⁰¹⁶ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 439 Rn. 10.

¹⁰¹⁷ C.IV.5.a.bb.bbb.(1).

¹⁰¹⁸ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 8, 32.

¹⁰¹⁹ BT-Drucksache 14/6040, 249.

¹⁰²⁰ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 439 Rn. 10; so auch das österreichische Verständnis, GewRÄG-E, 42.

¹⁰²¹ In diesem Sinne Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1421.

Überlegung spricht auch die bisherige Rechtslage in bezug auf den „allgemeinen“ Verkäuferrückgriff bei Mangelbeseitigungsaufwendungen¹⁰²².

Im übrigen gelten die diesbezüglichen Ausführungen zu § 478 I grundsätzlich entsprechend¹⁰²³.

aa) Die Einrede des § 439 III

Die Aufwendungen iSd § 439 II können für den Letztverkäufer im Einzelfall unangemessen oder ihm unmöglich sein. Dies kann insbesondere beim nichtgewerblichen oder ohne Reparaturwerkstatt tätigen Letztverkäufers zutreffen¹⁰²⁴.

Daher sieht § 439 III für diese Fälle die Möglichkeit vor, eine oder gegebenenfalls beide Nacherfüllungsvarianten des § 439 I zu verweigern¹⁰²⁵.

Für den Letztverkäuferrückgriff erlangt die „Unverhältnismäßigkeitseinrede“ des § 439 III aber noch eine ganz andere Bedeutung. Hier wirkt sie nicht als grundsätzlich gewünschte Entlastung des Letztverkäufers, sondern gegebenenfalls umgekehrt als „Haftungsfalle“. Dies ergibt sich daraus, dass der Lieferant dem Letztverkäufer im Einzelfall gemäß § 439 III entgegenhalten kann, dass dieser die Nacherfüllungsaufwendungen gegenüber dem Verbraucher nicht iSd § 478 II nach § 439 II „zu tragen hatte“¹⁰²⁶. Ein Letztverkäuferregress nach § 478 II scheidet dann aus¹⁰²⁷.

Für den Letztverkäufer bedeutet dies, dass er sich gegenüber dem Verbraucher zur Sicherung seines Rückgriffs zunächst gegebenenfalls auf die Unmöglichkeit der Nacherfüllungsvariante(n) berufen muss. Dies folgt zwar nicht schon direkt aus § 439 III 1, wird jedoch gemäß der allgemeinen Regel des § 275 I vorausgesetzt¹⁰²⁸. Der Letztverkäufer darf sich nach §§ 439 III 1 iVm 275 II zudem nicht auf eine so genannte faktische bzw. praktische Unmöglichkeit stützen können. Gleiches gilt nach § 439 III 1 iVm § 275 III dann, wenn er aus persönlichen, auf die geschuldete Leistung bezogenen, Umständen nicht zur jeweiligen Nacherfüllung in der Lage ist¹⁰²⁹.

Von Bedeutung ist im Rahmen des § 439 III aber vor allem, dass der Letztverkäufer gegen die gewählte Art der Nacherfüllung gegebenenfalls nach § 439 III 1 die Einrede der Unverhältnismäßigkeit erheben kann. Wann eine solche Unverhältnismäßigkeit vorliegt, bemisst sich nach § 439 III 2 danach, ob die jeweilige Nacherfüllungsvariante für den Letztverkäufer mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden wäre. Diese

¹⁰²² Zu den insgesamt vorsichtigeren Ansichten zum alten Recht Graf von Westphalen, NJW 1980, 2227, 2232.

¹⁰²³ Dazu C.IV.5.a.bb.bbb.(2).

¹⁰²⁴ BT-Drucksache 14/6040, 232; BT-Drucksache 14/6857, 27.

¹⁰²⁵ § 439 I setzt Art. 3 III RL um und ist Ausdruck des allgemeinen Schikaneverbots, wie es sich auch in § 226 findet; Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 439 Rn. 7, mit Verweis in Fn. 6 auf BT-Drucksache 14/6040, 232.

¹⁰²⁶ BT-Drucksache 14/6040, 249.

¹⁰²⁷ Vgl. dazu D.I.3.b.

¹⁰²⁸ Ein Fall des § 275 I ist das Vorliegen eines Unikats, etwa eines Sammlerstücks; Haas, BB 2001, 1313, 1315. Die Nacherfüllung darf nach § 275 I aber nur verweigert werden, „soweit“ Unmöglichkeit vorliegt. Verbleibt eine Alternative des § 439 I denkbar, ist insoweit eine Verweigerung nicht möglich, was sich auch aus § 439 I 3 ergibt; BT-Drucksache 14/6040, 232.

¹⁰²⁹ Zerres, VuR 2002, 3, 8.

Frage beurteilt sich wiederum nach einer Aufwand-Nutzen-Analyse¹⁰³⁰, bei der nach § 439 III 2 etwa der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand¹⁰³¹ zu berücksichtigen ist. Bei geringwertigen Sachen dürfte daher häufig jedenfalls eine Nachbesserung ausscheiden. Aber auch die Bedeutung des Mangels oder die Ausweichmöglichkeit auf die andere Nacherfüllungsalternative finden nach § 439 III 2 für die Annahme der Unverhältnismäßigkeit Beachtung.¹⁰³² Aus dem zuletzt genannten Gesichtspunkt kann deshalb eine Ersatzlieferung regelmäßig verweigert werden, wenn bei der Kaufsache lediglich eine Schraube ausgewechselt werden muss.

Allgemein liegen nach einer Ansicht unverhältnismäßige Kosten schon dann vor, wenn die andere Nacherfüllungsalternative des § 439 I günstiger ist¹⁰³³. Dies ist angesichts der geforderten „Unverhältnismäßigkeit“ der Kosten gegenüber der anderen Nacherfüllungsvariante aber zweifelhaft. Entsprechendes gilt für eine nur zehnpromzentige Marge¹⁰³⁴. Die erste Rechtsprechung¹⁰³⁵ hat als „Faustformel“ aufgestellt, dass eine Nachlieferung im (internen) Vergleich (nur) zur Nachbesserung nicht mehr als 20 % teurer sein darf. Diese Orientierungsmarke gibt dem Letztverkäufer zumindest einen gewissen Frei- und Argumentationsraum gegenüber dem Verbraucher und dem Lieferanten.¹⁰³⁶

Festzuhalten ist ferner Folgendes: Wie der Begriff der Nacherfüllungsaufwendungen selbst, ist auch die diesen entgegenzuhaltende Einrede des § 439 III nicht abschließend (Argument: „insbesondere“ in § 439 III 2). Schließlich kann die Nacherfüllung jedenfalls nach dem Wortlaut des § 439 III 3 Hs. 2 insgesamt verweigert werden, wenn beide Arten der Nacherfüllung „unverhältnismäßig teuer“ sind.¹⁰³⁷

Der Letztverkäufer hat zur Sicherung seines Rückgriffs also zahlreiche Aspekte zu berücksichtigen und danach unberechtigte Reklamationen des Verbrauchers zurückzuweisen¹⁰³⁸. Seine Rückgriffsmöglichkeit nach § 478 II kann hier aber keine Rolle spielen, weil er sich sonst „fast nie“ auf § 439 III berufen könnte¹⁰³⁹.

¹⁰³⁰ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 439 Rn. 8.

¹⁰³¹ Nicht maßgeblich ist das Verhältnis zum Kaufpreis; OLG Braunschweig, NJW 2003, 1053, 1054.

¹⁰³² BT-Drucksache 14/6040, 232.

¹⁰³³ Schwab, JuS 2002, 1, 6. Dies ist angesichts der geforderten „Unverhältnismäßigkeit“ der Kosten gegenüber der anderen Nacherfüllungsvariante aber zweifelhaft; kritisch, auch zu einer zehnpromzentigen Marge, etwa Matthes, NJW 2002, 2505, 2507.

¹⁰³⁴ Mankowski, zu LG Ellwangen EWiR § 439 BGB 1/03, 315, 316; Matthes, NJW 2002, 2505, 2507.

¹⁰³⁵ LG Ellwangen, NJW 2003, 517.

¹⁰³⁶ Mankowski, zu LG Ellwangen EWiR § 439 BGB 1/03, 315, 316; dazu auch C.IV.5.a.bb.bbb.(4).

¹⁰³⁷ Zu letzterem Zerres, VuR 2002, 3, 8, Gsell, JZ 2001, 65, 69 ff.; kritisch Tonner, VuR 2001, 90. Dies könnte jedoch den Vorgaben der RL widersprechen. Denn nach einer Ansicht kann die Nacherfüllung erst dann insgesamt verweigert werden, wenn die andere Variante gerade an § 275 II oder III bzw. § 313 scheitert. Nach Jorden/Lehmann, JZ 2001, 952, 958, verstößt das Wort „insbesondere“ in § 439 I 2 daher gegen Art. 3 III 2 RL. Gleichwohl wird auch nach dieser Auffassung eine nachträgliche richtlinienkonforme Auslegung wegen der mangelnden Umsetzungstransparenz abzulehnen sein; Pfeiffer, ZGS 2002, 217, 219.

¹⁰³⁸ Kretschmer/Hintzen, BDI-Stellungnahme 17. vom Januar 2000, 6. Allerdings kann man bezweifeln, ob sich der Verbraucher hierüber von selbst Gedanken machen wird. Er wird aber vom Letztverkäufer darauf hingewiesen werden können und deshalb gegebenenfalls von einer weiteren Verfolgung seiner vermeintlichen Rechte Abstand nehmen.

¹⁰³⁹ Ausführlich Schubel, ZIP 2002, 2061, 2065.

Verschärft wird diese „Regressfalle“ des § 439 III dadurch, dass § 439 III eigentlich weit auszulegen ist, da er primär eine Verkäufere~~n~~tlastung bezwecken sollte¹⁰⁴⁰. Gerade in diesem Zusammenhang könnte sich auswirken, dass die von § 439 II erfassten Aufwendungen nicht vollständig in § 439 II aufgezählt worden sind¹⁰⁴¹.

Denn beruft sich der Letztverkäufer demzufolge zur Wahrung seiner Rückgriffsmöglichkeiten im Zweifel auf § 439 III, erhöht sich dadurch andererseits das Risiko, dass eine Nacherfüllung insgesamt nach § 440 scheitert und der Verbraucher auf die sekundären Gewährleistungsrechte übergeht¹⁰⁴². In diesem Fall kann der Letztverkäufer dann lediglich seine vergeblichen Nacherfüllungsaufwendungen ersetzt verlangen und ansonsten nur nach den §§ 437 ff., 478 I vorgehen. Seine Handelsspanne verliert er damit regelmäßig also zumindest teilweise¹⁰⁴³.

Zugleich wird durch eine großzügige Geltendmachung des § 439 III die Kundenbeziehung zum Verbraucher gefährdet. Diesen wird es nämlich kaum überzeugen, dass der Letztverkäufer eine aus Verbrauchersicht möglicherweise geringfügig teurere Nacherfüllungsvariante nur deshalb ablehnt, um sich seinen Regress gegenüber dem Lieferanten zu sichern. Insoweit hat der Letztverkäufer daher auch mehr „Überzeugungsarbeit“ zu leisten als der Lieferant gegenüber seinem professionellen Rückgriffsschuldner.¹⁰⁴⁴

bb) Geltendmachung der Letztverkäuferrechte aus §§ 439 IV, 346 I

Der Letztverkäufer kann bei der Ersatzlieferung iSd § 439 I vom Verbraucher die ursprünglich gelieferte Kaufsache herausverlangen, vgl. §§ 439 IV, 346 I. Entsprechendes gilt gemäß § 439 IV iVm § 100 für die Nutzung und die Gebrauchsvorteile der Sache.¹⁰⁴⁵

Im Rahmen des Verkäuferrückgriffs ist nun fraglich, ob er diese Rechte auch zwingend geltend machen muss. Zweifel daran ergeben sich im Vergleich zu § 439 III deshalb, weil hier nicht bloß eine Einrede erhoben wird, sondern dem Verbraucher eine „aktive“ Forderung entgegengesetzt wird. Bei § 439 III geht es also um eine „Abwehrobliegenheit“, während es bei § 439 IV um ein „aktives“ Tätigwerden des Letztverkäufers geht.

Für eine Letztverkäuferobliegenheit zur Geltendmachung dieser Rechte spricht hingegen der beim Verkäuferrückgriff grundsätzlich bestehende Gedanke, dass ein Verzicht auf eigene Rechtspositionen zu Lasten Dritter nicht zulässig sein kann¹⁰⁴⁶: Der Lieferant ist

¹⁰⁴⁰ Diese Auslegung dürfte deshalb prinzipiell auch über den Anwendungsbereich der §§ 251 II 1, 275 II hinausreichen müssen; Kainer, AnwBl 2001, 380, 385 Fn. 80 m.w.N.; Matthes, NJW 2002, 2505, 2507.

¹⁰⁴¹ Vgl. Kretschmer/Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 17. Januar 2000, 6.

¹⁰⁴² Scherer, ZGS 2002, 362, 365.

¹⁰⁴³ C.V.6.

¹⁰⁴⁴ Matthes, NJW 2002, 2505, 2507.

¹⁰⁴⁵ Die Konformität der §§ 439 IV, 346 I mit Art. 3 II RL ist allerdings umstritten; dafür mit näheren Begründungen etwa BT-Drucksache 14/6040, 233; Zerres, VuR 2002, 3, 8; Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 325. Gegen die Richtlinienkonformität sprechen sich hingegen Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 439 Rn. 16; W.-H. Roth, JZ 2001, 475, 489 aus; kritisch auch Hoffmann, ZRP 2001, 347, 349.

¹⁰⁴⁶ Vgl. Lorenz/Riehm, Rn. 589; Mansel, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 1 Rn. 162, der diese Überlegung im Rahmen des § 479 anführt.

gegebenenfalls seinerseits an der Rückgewähr der Sache, am Nutzungsersatz oder vor allem an einem entsprechenden Abzug vom Umfang des Letztverkäuferregresses interessiert¹⁰⁴⁷.

Entscheidend gegen eine derartige Letztverkäuferobliegenheit ist aber anzuführen, dass der Lieferant diese Vorteile grundsätzlich auch dann (vom Letztverkäufer) verlangen kann, wenn der Letztverkäufer nicht nach den §§ 439 IV, 346 ff. vorgeht, vgl. § 346, andererseits aber auch speziell § 346 III Nr. 3.

Schon aus seinem eigenen Interesse sollte sich der Letztverkäufer daher auf § 439 IV berufen, um das vom Verbraucher Erlangte an den Lieferanten „weiterreichen“ zu können.

c) Sanktion in Höhe der nicht zu tragenden Aufwendungen

Hat der Letztverkäufer im Rahmen der Nacherfüllung Aufwendungen erbracht, die er nicht iSd §§ 439 II, 478 II „zu tragen hatte“, fragt sich, ob § 478 II insgesamt oder nur in bezug auf die überhöhten Aufwendungen ausgeschlossen ist¹⁰⁴⁸.

Man kann § 478 II nämlich dahingehend verstehen, dass bei unterlassener Geltendmachung des § 439 III die Anwendung des § 478 II nur „soweit“ ausgeschlossen sein soll, als der Letztverkäufer die fraglichen Nacherfüllungsaufwendungen nicht „zu tragen hatte“. Vorstellbar, wenn auch durch Voranstehendes eigentlich überflüssig, ist es zudem, dem Lieferanten eine Einrede gegenüber § 478 II nach § 439 III analog zu gewähren¹⁰⁴⁹.

Der Letztverkäufer, der es beispielsweise unterlässt, den Verbraucher gegebenenfalls nach § 439 III auf die günstigere Nacherfüllungsvariante zu verweisen, könnte danach auf einen Regress mit einer daran orientierten Kappungsgrenze beschränkt werden. Dies könnte bei einer überteuerten Ersatzlieferung des Letztverkäufers etwa dazu führen, dass er dem Lieferanten die Handelsspanne eines Dritt-Lieferanten nur teilweise entgegenhalten könnte.¹⁰⁵⁰

Für diese Lösung sprechen zunächst Billigkeitserwägungen. Denn durch einen derart „skalierten“ Rückgriff wäre es anders als bei der Fristerleichterung des § 478 I möglich, das dem Letztverkäufer vorwerfbare Verhalten punktgenau zu sanktionieren. Hierbei verbleibende Abgrenzungsprobleme hinsichtlich des Verantwortungsbeitrages des Letztverkäufers sind jedenfalls wegen Art. 4 RL einer „Alles-oder-nichts-Lösung, dem gänzlichen Ausschluss des § 478 II, vorzuziehen. Außerdem können insoweit die anerkannten Grundsätze zu § 254¹⁰⁵¹ herangezogen werden.¹⁰⁵²

¹⁰⁴⁷ Vgl. D.II.4.

¹⁰⁴⁸ Als den Anspruchsgrund des § 478 II zu berücksichtigende Voraussetzung fassen etwa Huber/Faust(-Huber), Verbrauchsgüterkauf, Rn. 33; Oetker/Maultzsch, 192 und Jud, ZfRV 2001, 201, 213, das Fehlen der Kulanz auf; Palandt/Putzo, § 478 Rn. 9, berücksichtigt die Kulanz hingegen nur bei den Wirkungen, also beim Umfang des Anspruchs; so implizit wohl ferner Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 91; Schubel, ZIP 2002, 2061, 2062, 2063.

¹⁰⁴⁹ Vgl. Schubel, ZIP 2002, 2061, 2062, 2063.

¹⁰⁵⁰ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 91, für den Fall der günstigeren Nachlieferung; generell Matthes, NJW 2002, 2505, 2507; diese Möglichkeit nennt ferner Jud, ZfRV 2001, 201, 213; dazu auch D.I.3.c.

¹⁰⁵¹ Westermann, NJW 2002, 241, 252; Lehmann, JZ 2000, 280, 291.

¹⁰⁵² Ausführlich Schubel, ZIP 2002, 2061, 2065 f.; vgl. ferner Oechsler, C § 2 Rn. 329; in diese

Hinzu kommt, dass den Letztverkäufer die gänzliche Versagung des § 478 II deutlich mehr trifft, als im Fall des § 478 I. Denn ohne § 478 I kann er immerhin noch wie ein normaler Käufer nach den §§ 437 ff. vorgehen. Er verliert also nur die Fristerleichterung des § 478 I. Bei einer Versagung des § 478 II hingegen kann der Letztverkäufer die Nacherfüllungsaufwendungen allenfalls noch über einen verschuldensabhängigen Schadensersatz geltend machen. § 478 II sollte aber gerade eine „Regresslücke“ schließen, indem auf ein Verschuldenserfordernis verzichtet wurde¹⁰⁵³.

Durch die hier aufgezeigte „Teilbarkeit“ des § 478 II privilegierte man den aus Kulanz handelnden Letztverkäufer auch nicht etwa gegenüber dem, der die Einrede des § 439 III obliegenheitsgemäß geltend macht¹⁰⁵⁴. Denn letzterer könnte entweder immer noch der anderen Nacherfüllungsvariante nachkommen und damit in den vollen Genuss des § 478 II kommen oder ein Regress nach § 478 II scheiterte ohnehin für beide Letztverkäufer.

Möglicherweise steht einem solchen Vorschlag jedoch entgegen, dass eine danach zu berechnende „Kappungsgrenze“ in mehrfacher Hinsicht hypothetisch zu ermitteln wäre: Sowohl der Wert der Kaufsache und die Maßgeblichkeit der Vertragswidrigkeit als auch die Ausweichmöglichkeit auf die andere Nacherfüllungsvariante nach § 439 I wären festzustellen.¹⁰⁵⁵ Dies ist aber ohnehin erforderlich, wenn man die beiden Nacherfüllungsvarianten des § 439 I gemäß § 439 III 2 zu vergleichen hat.

4. Die Frage nach einem Fristsetzungserfordernis

Der Letztverkäufer muss nach § 439 III eine unverhältnismäßige Nacherfüllung verweigern, um sich seinen (uneingeschränkten) Regress nach § 478 II zu sichern. Erfüllt er dies, kann er nach dem Wortlaut des § 478 II dann aber alle gegenüber dem Verbraucher zu tragenden Aufwendungen beanspruchen¹⁰⁵⁶. Es ergeben sich hier etwa Probleme, wenn die Nachlieferung über einen Drittlieferanten iSd § 439 III günstiger als die Nachbesserung, jedoch merklich teurer als die Nachlieferung über den ursprünglichen Lieferanten ist. Man könnte das durch § 478 II prinzipiell gewährte „Recht zur Ersatzvornahme“¹⁰⁵⁷ daher nach der Wertung des § 439 III teleologisch dahin reduzieren müssen, dass in diesem Fall ein vorrangiger Beschaffungsversuch bei dem Lieferanten zu erfolgen hätte, bevor der Letztverkäufer Nachlieferungsaufwendungen nach § 478 II verlangen könnte.¹⁰⁵⁸

Ein solches Bedürfnis könnte vor allem aus dem Verhältnis von § 478 II zu den allgemeinen Gewährleistungsrechten aus den §§ 437 ff. folgen. Diese werden nämlich nicht automatisch von § 478 II verdrängt, sondern bilden zumindest nach Ansicht des Gesetzgebers die eigentliche Grundlage für einen Letztverkäuferrückgriff. Nur wenn

Richtung schon auf europäischer Ebene auch Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 210 Art. 4 Rn. 16.

¹⁰⁵³ D.III.2.

¹⁰⁵⁴ So aber Jud, ZfRV 2001, 201, 213.

¹⁰⁵⁵ Deshalb ablehnend Jud, ZfRV 2001, 201, 213.

¹⁰⁵⁶ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1395.

¹⁰⁵⁷ Schubel, JZ 2001, 1113, 1116.

¹⁰⁵⁸ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 12, 13; derselbe, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 90; kritisch auch Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1395.

dieser durch die unveränderte Beibehaltung der §§ 437 ff. belastet wird, soll er prinzipiell also erst vom Regress des Verbrauchers verschieden sein¹⁰⁵⁹. Anders formuliert, könnte eine systematische Auslegung des § 478 verlangen, dass auch auf die Rechte des Lieferanten angemessen Rücksicht zu nehmen ist¹⁰⁶⁰. Ein daraus abgeleiteter vorrangiger Beschaffungsversuch könnte somit analog §§ 323 I, 437 Nr. 1 die Setzung einer Nachlieferungsfrist, zumindest aber einen erfolglosen Fristablauf¹⁰⁶¹, erfordern. Dies wäre nur dann nicht notwendig, wenn dies von Anfang an sinnlos ist, etwa bei Unmöglichkeit oder Verweigerung der Nachlieferung durch den Lieferanten. Allerdings wäre diese Frist von der „gewöhnlichen“ Nacherfüllungsfrist in jedem Fall dadurch verschieden, dass dem Letztverkäufer danach immer noch die fristgemäße Nachlieferung an den Verbraucher möglich sein müsste. Die Frist gegenüber dem Lieferanten hätte also zeitlich stets die Frist gegenüber dem Letztverkäufer zu beachten. Alternativ könnte der Lieferant direkt beim Verbraucher als Dritter iSd § 267 in der für den Letztverkäufer geltenden Frist nacherfüllen.

Ogleich der Lieferant im wirtschaftlichen Ergebnis also grundsätzlich anstelle des Letztverkäufers handelte, bildete die Grenze eines solchen vorrangigen Beschaffungsversuches stets die Kollision mit den Verbraucherrechten.¹⁰⁶² Die „Angemessenheit“ der für diesen Beschaffungsversuch erforderlichen Frist beurteilte sich somit insbesondere an der rechtzeitigen Nacherfüllung gegenüber dem Verbraucher und nicht, wie sonst, nach den Interessen des Käufers (im Verhältnis zum Lieferanten wäre dies der Letztverkäufer)¹⁰⁶³. Der Lieferant müsste folglich im eigenen Interesse dafür Vorkehrungen treffen, dass die „durchgereichten“ Nachlieferungsansprüche des Verbrauchers zügig erfüllt werden könnten¹⁰⁶⁴.

Nacherfüllungsaufwendungen, die unabhängig von diesem Fristsetzungserfordernis zu erbringen wären, wären jedoch auch nach diesem Vorschlag nach § 478 II zu ersetzen. Unter diese Mehraufwendungen fielen beispielsweise Verpackungs- oder Transportkosten des Letztverkäufers. Auch Aufwendungen, die entstünden, weil der Letztverkäufer letztlich doch selbst nachbessern oder nachliefern musste, wären danach von § 478 II erfasst¹⁰⁶⁵. Letzteres könnte dann aktuell werden, wenn der Lieferant entweder keinen Ersatz liefern könnte oder die Nachfrist verstreichen ließe¹⁰⁶⁶.

Während nach diesem Modell also der Ersatz der Nachlieferungsaufwendungen von einer vorausgehenden Fristsetzung oder einem Fristablauf abhängig wäre, soll der

¹⁰⁵⁹ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 14.

¹⁰⁶⁰ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 5, 14.

¹⁰⁶¹ Das Fristsetzungserfordernis ist angesichts der RL schon im Verhältnis zum Verbraucher streitig; vgl. nur Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1393, Fn. 37; Knütel, NJW 2001, 2519; Hoffmann, ZRP 2001, 347, 349. Insofern könnte man auch umgekehrt an eine gegebenenfalls richtlinienkonform ausgelegte Parallelwertung zugunsten des Letztverkäufers denken, der nach BT-Drucksache 14/6040, 247, grundsätzlich die gleichen Rechte wie der Verbraucher haben soll.

¹⁰⁶² Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 90; derselbe in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 13, 14.

¹⁰⁶³ Zu letzterem etwa BT-Drucksache 14/6040, 234; Zerres, VuR 2002, 3, 9 Fn. 51.

¹⁰⁶⁴ Heussen, MDR 2002, 12, 16.

¹⁰⁶⁵ Gegebenenfalls wäre auch ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280, 437 Nr. 3 gegeben; Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 13, 19.

¹⁰⁶⁶ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 90; derselbe in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 17.

Letztverkäufer nach dergleichen Ansicht die Nachbesserung grundsätzlich aber sofort selbst durchführen und über § 478 II liquidieren dürfen können. Ein derart vorrangiges Nachbesserungsrecht des Letztverkäufers¹⁰⁶⁷ soll danach nur dann eingeschränkt sein, wenn der Letztverkäufer die Nachbesserung nicht von einem Dritten vornehmen lässt.¹⁰⁶⁸

Diese Behandlung des vom Verbraucher geltend gemachten Nachbesserungsrechts wäre nach der genannten Auffassung aber inkonsequent. Denn wenn man den Letztverkäufer im Rahmen der vom Verbraucher verlangten Nachlieferung zu einem lieferantenfreundlichen Verhalten anhalten und ihm gerade deshalb ein Fristsetzungserfordernis auferlegen möchte, müsste dies grundsätzlich auch für die Nachbesserung gelten: Soll dem Letztverkäufer also zugemutet werden, dem Lieferanten eine Nachlieferungschance einzuräumen, müsste ihm auf der anderen Seite wenigstens aufgebürdet werden, sich das für die Nachbesserung technisch notwendige Wissen¹⁰⁶⁹, Material oder Humankapital zu beschaffen¹⁰⁷⁰.

Schon die eben aufgezeigte, sachlich wohl nicht begründete Differenzierung zwischen dem Nachlieferungsrecht einerseits und dem Nachbesserungsrecht andererseits, lässt das für § 478 II vorgeschlagene Fristsetzungserfordernis fragwürdig erscheinen. Gegen dieses spricht vom Ansatz aber ferner der gesetzgeberische Grundgedanken zu den §§ 478, 479: Der Letztverkäufer soll die mangelhafte Kaufsache ganz prinzipiell „problemlos“ und möglichst schnell „durchreichen“ können¹⁰⁷¹.

Hinzu kommt folgende Überlegung: Stellt man mit der genannten Auffassung zur Herleitung eines Fristsetzungserfordernisses für § 478 II eine systematische Verbindung von § 478 II zu den allgemeinen (grundsätzlich an ein Fristsetzungserfordernis gebundenen) Gewährleistungsrechten her, muss dann konsequenterweise auch § 478 I entsprechend systematisch betrachtet werden.

Dabei kann man zunächst feststellen, dass § 478 I für diese gerade auf das Fristsetzungserfordernis verzichtet.

Bei der Rücknahme im Rahmen der Nachlieferung (§ 439 IV) schaffte man nach § 478 I also einerseits das Fristsetzungserfordernis ab, während man es zugleich für § 478 II für die vorrangigen Gewährleistungsrechte des Verbrauchers wieder einführt.¹⁰⁷² Zwar soll dem Letztverkäufer nach der erwähnten Ansicht in dieser Situation deshalb offenbar mittels teleologischer Reduktion auch die Fristerleichterung des § 478 I wieder genommen werden¹⁰⁷³. Die damit bewirkte Abschaffung des mit § 478 I neu eingeführten Fristsetzungserfordernisses einerseits und dessen eigentlich nicht vorgesehene Einführung bei § 478 II andererseits, dürften jedoch unter anderem zumindest die Grenzen der erforderlichen Gesetzestransparenz und Rechtssicherheit überschreiten.

Jedenfalls das hier vorgestellte, lediglich für die Ersatzlieferung vorgesehene Fristsetzungserfordernis für § 478 II ist daher abzulehnen.

¹⁰⁶⁷ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 90 Fn. 98.

¹⁰⁶⁸ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 13.

¹⁰⁶⁹ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 90; vgl. auch derselbe, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 33.

¹⁰⁷⁰ Vgl. Matthes, NJW 2002, 2505, 2509, der diese Aspekte allerdings bei den Fragen nach der vertraglichen Gestaltbarkeit der §§ 478, 479 behandelt.

¹⁰⁷¹ BT-Drucksache 14/6040, 247.

¹⁰⁷² Schubel, ZIP 2002, 2061, 2067.

¹⁰⁷³ Vgl. Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 90.

Es kann folglich nur noch um die Frage gehen, ob durch teleologische Extension bzw. durch Analogie für § 478 II generell ein Fristsetzungserfordernis einzuführen ist.

Dem dafür sprechenden Gesichtspunkt, dem Lieferanten beim Nachlieferungsbegehren des Verbrauchers die Möglichkeit zur günstigen Ersatzlieferung zu geben, kann ausreichend und umfassender dadurch Rechnung getragen werden, dass man den Anspruchsumfang des § 478 II gegebenenfalls mittels der schon bei § 478 I anerkannten „Schadensminderungsobliegenheit“¹⁰⁷⁴ entsprechend kürzt. Der Letztverkäufer hat die Nachlieferungsaufwendungen insoweit nicht iSd § 478 II „zu tragen“, als diese über die günstigere Ersatzlieferungsmöglichkeit (nicht nur des Lieferanten) hinausgeht. Dieser Gedanke verhindert also allgemein (und nicht nur in bezug auf die Lieferantenmöglichkeiten), dass der Letztverkäufer nicht die günstigste¹⁰⁷⁵ Gewährleistungsabwicklung wählt und erfordert mithin keine Konstruktion eines besonderen Fristsetzungserfordernisses für § 478 II.

Vor allem jedoch sollte § 478 II auch insoweit eine Erleichterung gegenüber dem verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch sein, als auch hier ein Rückgriff nicht an ein Fristsetzungserfordernis gebunden werden sollte¹⁰⁷⁶.

Festzuhalten bleibt somit, dass der Letztverkäufer bei § 478 II keinem Fristsetzungserfordernis unterliegt¹⁰⁷⁷. Aus entsprechenden Gründen ist erst recht kein genereller Ausschluss für Nachlieferungsaufwendungen vom Anspruch des § 478 II anzunehmen¹⁰⁷⁸, der im übrigen die Hälfte des Anspruchs aus § 478 II praktisch wieder grundsätzlich abschaffte.¹⁰⁷⁹

II. Umfang des Aufwendungsersatzanspruchs

1. Ausgangspunkte für die Berechnung der regressfähigen Nachbesserungsaufwendungen

a) Ersatz des tatsächlich erforderlichen Nacherfüllungsaufwandes

Neben praktischen Erwägungen dürfte § 478 II für die Praxis insbesondere hinsichtlich seines Umfangs zu den „problematischsten Neuregelungen“ der §§ 478, 479 gehören¹⁰⁸⁰. Zunächst ist hinsichtlich des von § 478 II gewährten Rückgriffsumfangs zu erwähnen, dass (wie bei § 478 I) hier weder eine Beschränkung auf das vom Verbraucher ausgeübte Recht bzw. ein diesbezügliches Wahlrecht des Lieferanten noch eine Regressbegrenzung durch das tatsächlich gegenüber dem Verbraucher Geleistete besteht. Insofern gelten die dazu bei § 478 I angestellten Erwägungen entsprechend.¹⁰⁸¹

Wie bereits erwähnt, sind nach § 478 II ferner jedenfalls nur die Aufwendungen zu ersetzen, die der Letztverkäufer im Verhältnis zum Verbraucher „nach § 439 Abs. 2 zu

¹⁰⁷⁴ Lehmann, JZ 2000, 280, 289; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 671 und dort speziell Fn. 28; Jud, ZfRV 2001, 201, 213 sowie C.IV.5.a.bb.aaa zu § 478 I.

¹⁰⁷⁵ Angesichts des von Art. 4 RL geforderten effektiven Rückgriffs muss der Letztverkäufer allerdings keine aufwendige Marktforschung betreiben, sondern nur den marktüblichen und –bekanntesten Gewährleistungsweg gehen.

¹⁰⁷⁶ Hassemer, JURA 2002, 841, 848.

¹⁰⁷⁷ Schubel, ZIP 2002, 2061, 2067.

¹⁰⁷⁸ So aber Beurskens, Rn. 409, aus Billigkeitserwägungen und ohne weitere Begründung.

¹⁰⁷⁹ Ausführlich Schubel, ZIP 2002, 2061, 2065.

¹⁰⁸⁰ Scherer, ZGS 2002, 362, 366.

¹⁰⁸¹ C.V.3-5.

tragen hatte“. Über § 478 II kann daher lediglich, aber auch mindestens¹⁰⁸², der vom Grundsatz schon im Einzelnen beschriebene¹⁰⁸³ und iSd § 439 II erforderliche Aufwand für die vom Verbraucher geltend gemachte Nacherfüllung verlangt werden, nicht aber etwa derjenige für die Minderung oder den Rücktritt des Verbrauchers¹⁰⁸⁴.

Dabei richtet sich dieser Aufwendungsersatzanspruch auf Geld und nicht auf Naturalrestitution iSd § 249 S. 1 (Argument: Dem Letztverkäufer soll keine für ihn nutzlose Sache aufgedrängt werden).

Die soeben dargelegten Grundsätze beantworten jedoch noch nicht, wie sich die Nacherfüllungsaufwendungen im Detail berechnen, was also der konkrete Regressumfang des § 478 II ist. Denn in dem von § 478 II in Bezug genommenen § 439 II wird nur normiert, welche Aufwendungen der Letztverkäufer zu tragen hat, nicht aber, wie sich diese genau zu berechnen haben. Auch § 478 II selbst gibt hierzu ansonsten keine unmittelbaren Hinweise. Der genaue Umfang des Rückgriffsanspruchs ergibt sich ebenso wenig aus Art. 4 RL oder den sonstigen Vorschriften und Erwägungsgründen der RL¹⁰⁸⁵.

Grundüberlegung ist nach Art. 4 RL immerhin, dass der Letztverkäufer dem Verbraucher grundsätzlich umfassend für eine Vertragswidrigkeit haftet, die auf ein Verhalten eines Dritten zurückzuführen ist. Es müssen daher prinzipiell alle die Schäden vom Regress nach § 478 II erfasst sein, die der Letztverkäufer durch die Inanspruchnahme des Verbrauchers erleidet, nicht zu verantworten hat und die nicht schon nach § 478 I ersetzt werden. Dies folgt auch daraus, dass Art. 4 RL keine weiteren Rückgriffsvoraussetzungen nennt.¹⁰⁸⁶ Umgekehrt muss der Rückgriffsanspruch des § 478 II dann grundsätzlich auf diesen tatsächlich erforderlichen Gewährleistungsaufwand beschränkt sein¹⁰⁸⁷.

b) Berücksichtigung anderer Nacherfüllungsgründe oder einer überobligatorischen Aufwandserbringung

Hat man nicht schon das Vorliegen von Nacherfüllungsaufwendungen bei den Voraussetzungen des § 478 II verneint, kann ein Abzug nach Voranstehendem beim Umfang des § 478 II vorzunehmen sein¹⁰⁸⁸.

Dies kommt dann in Betracht, wenn der Letztverkäufer den Nacherfüllungsaufwand bzw.

¹⁰⁸² Marx, BB 2002, 2566, 2568, 2569.

¹⁰⁸³ D.I.3.a..

¹⁰⁸⁴ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1394.

¹⁰⁸⁵ Jud, ÖJZ 2000, 661, 663.

¹⁰⁸⁶ Vgl. Lehmann, JZ 2000, 280, 290, mit Verweis auf die in Fn. 91 zitierte Begründung zu Art. 3 V des Richtlinienvorschlages, KOM (95) 520 endg., 15 = BR-Drucksache 696/96, 14: „Obgleich es in dem Richtlinienvorschlag um den Letztverkauf von Verbrauchsgütern geht, erweist es sich als erforderlich, darin einen Rückgriffsanspruch des Letztverkäufers gegen die haftbaren Personen vorzusehen, auf die er die durch die Mängel, die diesen zuzuschreiben sind, verursachten Kosten abwälzen können muß.“

¹⁰⁸⁷ Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 671; Jud, 14. ÖJT Bd. II/2, 93; Jauernig/Chr. Berger, § 478 Rn. 7.

¹⁰⁸⁸ Als den Anspruchsgrund des § 478 II zu berücksichtigende Voraussetzung fasst aber etwa Huber/Faust(-Huber), Verbrauchsgüterkauf, Rn. 33, das Fehlen der Kulanz auf; Palandt/Putzo, § 478 Rn. 9, berücksichtigt die Kulanz hingegen nur bei den Wirkungen, also beim Umfang des Anspruchs; so implizit wohl ferner Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 91 sowie Buck, in: Westermann (Hrsg.), 105, 176.

–schaden nicht soweit als möglich vermieden oder gemindert hat¹⁰⁸⁹. Bei einer unnötigen Erhöhung des Nacherfüllungsaufwandes durch den Letztverkäufer muss dies erst recht gelten. Grundlage dafür ist neben dem Wortlaut des § 478 II („zu tragen hatte“) der Rechtsdanke des § 254¹⁰⁹⁰.

Insgesamt zwingt dies den Letztverkäufer gerade in bezug auf die der Höhe nach erbrachten Nacherfüllungsaufwendungen zu einer sorgfältigen Prüfung seiner Gewährleistungspflichten¹⁰⁹¹.

Vom Letztverkäufer wird dabei auch verlangt, generell die günstigste Nacherfüllungsmöglichkeit zu wählen - dies war der ausschlaggebende Grund dafür, ein Fristsetzungserfordernis bei § 478 II abzulehnen¹⁰⁹². Andererseits ist etwa Folgendes zu beachten: Da auch gegenüber dem Letztverkäufer der bisherige § 476 a S. 2 nicht mehr gilt, kann er die Sache nach Erhalt weitertransportieren und die dadurch verursachten Aufwendungen ersetzt verlangt. Dies hat nichts mit der Frage zu tun, ob der Letztverkäufer diese Kosten iSd § 478 II iVm § 439 II „zu tragen hatte“. Entsprechendes gilt für den Ersatz von Fahrtkosten und –zeit.¹⁰⁹³

c) Problematik des Werklieferers gemäß § 651 und des Zulieferers

§ 478 II greift auch beim Vertrag iSd § 651¹⁰⁹⁴. Hier ist im Zusammenhang mit dem Anspruchsumfang bei § 478 II z.B. fraglich, ob der gesamte Nachbesserungsaufwand auf den Lieferanten abgewälzt werden kann, wenn der Letztverkäufer die Sache seinerseits veredelt hat. Dies ist besonders zweifelhaft, wenn es sich einerseits um ein besonders hochwertiges Verbrauchsgut, andererseits aber nur um eine billig herzustellende, bewegliche Sache handelt.

Dem Letztverkäufer kann in diesem Fall jedenfalls nicht entgegengehalten werden, dass er sich gegenüber dem Verbraucher nicht (pauschal) auf die Unverhältnismäßigkeitseinrede des § 439 III berufen hat. Denn Maßstab ist dafür das hochwertige Verbrauchsgut.¹⁰⁹⁵

Es liegt mithin nahe, den Lieferanten nur den Teil der Letztverkäuferhaftung tragen zu lassen, der dem Verhältnis der von ihm gelieferten Sache entspricht. Dafür ist neben Billigkeitserwägungen und der konsequenten Verwirklichung des Verantwortungsprinzips¹⁰⁹⁶ vor allem anzuführen, dass die Grundüberlegung des deutschen Gesetzgebers beim Regress nach § 478 war, diesen über die jeweiligen Vertragsverhältnisse abzuwickeln¹⁰⁹⁷.

Demzufolge ist zwar auf der einen Seite auch der Werklieferer und der Zulieferer tauglicher Lieferant iSd § 478 I. Auf der anderen Seite muss dieser dann „nur“ insoweit

¹⁰⁸⁹ Lehmann, JZ 2000, 280, 291; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 671.

¹⁰⁹⁰ Westermann, NJW 2002, 241, 252; Lehmann, JZ 2000, 280, 291; in diese Richtung auf europäischer Ebene auch Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 210 Art. 4 Rn. 16 sowie schon D.I.3.c und D.I.4 im Rahmen der Anspruchsvoraussetzung des § 478 II.

¹⁰⁹¹ Matthes, NJW 2002, 2505, 2509.

¹⁰⁹² Näher dazu D.II.4.

¹⁰⁹³ AA Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 6, 8, der hier wohl die Wertung des § 476 a S. 2 aufrechterhalten möchte.

¹⁰⁹⁴ C.IV.1.c.aa.

¹⁰⁹⁵ Jud, ZfRV 2001, 201, 219 Fn. 188.

¹⁰⁹⁶ B.II.3.d.

¹⁰⁹⁷ BT-Drucksache 14/6040, 247.

haften, als er den Mangel verantwortet hat.

Im Einzelnen ist hierzu auf die Erwägungen zur Erfassung des Zulieferers durch den Lieferantenbegriff zu verweisen¹⁰⁹⁸. Für die Berechnung des Anspruchsumfangs ist danach auf den Beitrag des jeweiligen Lieferanten am Gesamtprodukt abzustellen. Als Maßstab dafür bieten sich neben den anerkannten Kriterien zur Verkehrsüblichkeit nach § 930 auch die zu § 1 III ProdHaftG an¹⁰⁹⁹.

Entsprechende Erwägungen gelten für die Ersatzlieferung und allgemein für die Behandlung des Zulieferers¹¹⁰⁰. Über § 478 II ist also der anteilige, erforderliche Nacherfüllungsaufwand des Letztverkäufers zu ersetzen. Auch die Hersteller von Teilprodukten und Grundstoffen werden daher im eigenen Interesse verstärkt auf die Qualitätssicherung achten müssen.

2. Selbstkosten versus Marktpreise

Erfüllt der Letztverkäufer selbst nach, kann man bei den nach § 478 II zu ersetzenden Nacherfüllungsaufwendungen iSd § 439 II entweder auf seine Selbstkosten oder auf marktübliche Stundensätze samt Gewinnmarge abstellen. Letztere können gegebenenfalls deutlich höher sein.

Nach einer Ansicht ergibt sich schon aus § 439 II, dass der Letztverkäufer keine derartigen „Gewinnansprüche“ geltend machen kann, da § 439 II eine eigene Verpflichtung des Letztverkäufers ohne Rückgriffsmöglichkeit vorsieht¹¹⁰¹. Hiernach bliebe aber unberücksichtigt, dass gerade § 478 II den diesbezüglichen Rückgriff des Letztverkäufers regelt und alle Aufwendungen aus § 439 II erfasst.

Entscheidend muss daher sein, dass die §§ 478, 479 nur eine „Regressfalle“ vermeiden, nicht aber neue Verdienstmöglichkeiten schaffen wollen. Nach dieser Wertung sind nur die Selbstkosten maßgebend¹¹⁰².

Davon können allenfalls bei einer parallelen Herstellergarantie bzw. einem Vertragshändlervertrag Ausnahmen gemacht werden¹¹⁰³.

Der Letztverkäufer könnte durch ein solches Verständnis aber wiederum dazu verleitet werden, sich der Nacherfüllung gänzlich zu entsorgen, indem er generell die Nacherfüllung auf Dritte auslagert. Dies könnte sodann dazu führen, dass die Nacherfüllungskosten regelmäßig höher ausfielen (die Gewinnspanne des Drittlieferanten wäre darin nämlich stets enthalten). Diesem Einwand wird jedoch dadurch begegnet, dass den Letztverkäufer nach der Wertung des § 254 iVm § 439 III im Rahmen des Rückgriffs eine Schadensminderungsobliegenheit trifft, die günstigste Nacherfüllungsmöglichkeit zu wählen¹¹⁰⁴.

Der Letztverkäufer kann also nur seine Selbstkosten über § 478 II ersetzt verlangen, wenn er selbst nacherfüllt¹¹⁰⁵.

¹⁰⁹⁸ C.IV.2.d.aa.bbb.

¹⁰⁹⁹ Vgl. C.IV.2.d.aa.bbb.(5).

¹¹⁰⁰ Insgesamt näher C.IV.2.d.aa.bbb, zum Vorgehen nach der Gegenansicht vgl. H.III.1.

¹¹⁰¹ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 27.

¹¹⁰² Grundsätzlich dafür Luther(-Steimle), 92; Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 436 f.

¹¹⁰³ Dazu sogleich D.II.5.

¹¹⁰⁴ Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 7 und D.I.3-4, D.II.1.a-b und schon C.IV.5.a.bb.bbb.(2).

¹¹⁰⁵ Der Sache nach auch Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 6 und dort speziell Fn. 25. Betriebsausfallkosten

3. Variable und fixe Aufwendungen

Auch wenn der Letztverkäufer bei selbst durchgeführter Nacherfüllung über § 478 II nur seine Selbstkosten geltend machen kann, ist weiter fraglich, ob ihm dabei „wenigstens“ auch die absoluten Fixkosten oder nur die variablen Aufwendungen zu ersetzen sind. Variable Aufwendungen entstehen speziell für die konkrete, einzelne Gewährleistungsabwicklung. Dazu zählt etwa das Einweg-Verpackungsmaterial des Letztverkäufers. Diese Kosten sind in jedem Fall von § 478 II erfasst, weil sie kausal durch die einzelne Inanspruchnahme des Verbrauchers verursacht werden.

Unter fixen Aufwendungen bzw. „Handlingkosten“¹¹⁰⁶ sind solche zu verstehen, die prinzipiell unabhängig vom eigentlichen Gewährleistungsfall anfallen, wie z.B. die Mietkosten für freistehende Lagerräume oder vor allem die festen Arbeitslöhne.

Zweifel an deren Ersatz über § 478 II ergeben sich hier deshalb, weil die fixen Kosten zwar einerseits gerade nicht wegen des konkreten Gewährleistungsfalls entstehen. Andererseits bedarf es auch hier der Beanspruchung dieser fixen Kapazitäten – ohne sie wäre die Nacherfüllung nämlich nicht durchführbar.

Denkbar ist demgemäss auch in diesem Zusammenhang ein „Mittelweg“ des § 478 II, indem man dem Letztverkäufer über § 478 II neben den variablen Aufwendungen einen besonderen, zusätzlichen Deckungsbeitrag für die betroffenen Fixkosten zubilligt, der in Relation zur konkreten Nacherfüllung steht.¹¹⁰⁷ Dadurch könnte man auf der einen Seite dem Umstand Rechnung tragen, dass durch die Nacherfüllung eine zusätzliche, allgemeine Abnutzung der „fix“ genutzten Maschinen und Räume sowie eine Mehrbelastung der Arbeitskräfte verursacht wird. Auf der anderen Seite wäre durch diesen beschränkten Ersatz vermieden, dass der Letztverkäufer unverdient von den allgemein anfallenden Fixaufwendungen befreit wird. Ein Vertreter dieser Ansicht unterscheidet diese verschiedenen Konstellationen mit den Begriffen „kausal auf den Gewährleistungsfall“ bezogenen Aufwendungen einerseits und den „Sowieso-Kosten“ andererseits¹¹⁰⁸.

Ein solcher Deckungsbeitrag ist aber nur angemessen, wenn die durch die konkrete Nacherfüllung verursachten, zusätzlichen Abnutzungen der „fix“ genutzten Arbeitsmittel nicht schon durch pauschale Abschreibungen oder die allgemeinen Sozialabgaben abgedeckt sind. Denn ansonsten privilegierte man den Letztverkäufer unangemessen, wenn er die fraglichen Produktionsmittel und -kräfte während dieser Zeit ohnehin nicht anderweitig einsetzen könnte¹¹⁰⁹. Letzteres wird beispielsweise bei einer „Auftragsflaute“ in der eigenen Reparaturwerkstatt des Letztverkäufers der Fall sein. Allerdings sind nach diesem Verständnis von § 478 II dann aber auch die Versandkosten erfasst, selbst wenn die Nacherfüllung komplett durch einen Vordermann vorgenommen wird. Nach dem

können jedoch entgegen dieser Ansicht nicht nur über § 280 (derselbe, ebenda, 4, 8), sondern gegebenenfalls auch durch einen anteiligen Deckungsbeitrag in bezug auf die eigentlichen Fixkosten zu ersetzen sein; D.II.3.

¹¹⁰⁶ Marx, BB 2002, 2566, 2567.

¹¹⁰⁷ Vgl. Luther(-Steimle), 92; Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 7.

¹¹⁰⁸ Ausführlich mit Beispielen Marx, BB 2002, 2566-2570.

¹¹⁰⁹ Grundsätzlich auch Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 8, der aber offenbar auch keinen Ersatz bei einer eindeutigen Zurechenbarkeit zum konkreten Gewährleistungsfall vornehmen will; vgl. andererseits derselbe, ebenda, 4, 7.

Grundverständnis von § 478 II kann folglich ferner nicht eingewandt werden, dass diese Kosten möglicherweise in den Preisvereinbarungen berücksichtigt sind. Ebenfalls unter die hier einschlägigen „gewährleistungsfallbezogenen Handlingkosten“ fallen Aufwendungen zur Feststellung des Mangels und darüber, ob tatsächlich ein Kaufvertrag mit dem Verbraucher vorliegt.¹¹¹⁰

Schließlich ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass zum Gewährleistungsaufwand iSd § 478 II zudem ein etwaiger Zinsverlust für das eingesetzte Kapital zu rechnen ist. Selbst dann behält der Letztverkäufer in wirtschaftlicher Hinsicht jedoch bestenfalls seine Handelsspanne, die er bei einem reibungslosen Verkauf (also einer mangelfreien Sache) realisiert hätte¹¹¹¹. Deshalb scheiden auch Einschränkungsversuche des § 478 II über den Gedanken der Vorteilsausgleichung aus¹¹¹². Für den Hersteller kann es hier jedenfalls interessant werden, eine vertragliche Direkthaftung einzuführen, die diese Probleme überspringt¹¹¹³.

4. Sonderfragen bei den Nachlieferungsaufwendungen

Bei den Nachlieferungsaufwendungen konzentriert sich der Ersatz iSd § 478 II im wesentlichen auf den Wert der Ersatzsache. Dieser bestimmt sich grundsätzlich wiederum nach dem Einkaufspreis¹¹¹⁴. Hat der Lieferant die Sache gestellt, entfällt dafür auch ein Aufwendungsersatzanspruch.

Nach einer Ansicht soll hier zwar offenbar der Letztverkäufer den Ersatzgegenstand auf seine Kosten beschaffen, ohne dies nach § 478 II auf den Lieferanten umlegen zu können. Dies wird damit begründet, dass der Letztverkäufer nicht daneben auch noch die zurückgenommene Sache sowie den Gewinn aus dem Verbrauchergeschäft behalten dürfen soll.¹¹¹⁵ Wirtschaftlich behält der Letztverkäufer diesen Gewinn durch eine solche Pflicht indes gerade nicht. Zudem kann er mit der zurückgenommenen Sache oftmals nichts anfangen. Diese Ungleichbehandlung zum Ersatz der Nachbesserungsaufwendungen ist somit nicht sachgerecht.

Zweifelhaft ist aber, ob vom Nachlieferungsaufwand der Restwert der mangelhaften Sache abgezogen werden kann¹¹¹⁶. Dies kommt allgemein in Betracht, wenn die Ware beim Letztverkäufer verbleibt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Letztverkäufer diese in der Regel noch weniger nutzen kann als der Verbraucher. Der Letztverkäufer beabsichtigt nämlich nicht den tatsächlichen Gebrauch der Sache, sondern den reinen Weiterverkauf. Er wird die mangelhafte Sache, wenn überhaupt, auch nur zu einem geringeren Preis wieder verkaufen können. Daher muss der Letztverkäufer gemäß dem generellen Anliegen des Gesetzgebers¹¹¹⁷ berechtigt sein, die mangelhafte Sache an den Lieferanten durchzureichen¹¹¹⁸.

¹¹¹⁰ Marx, BB 2002, 2566, 2567, 2568, 2569.

¹¹¹¹ Es steht daher nicht zu befürchten, dass der Letztverkäufer eher an einem Regress als am eigentlichen Geschäft mit dem Verbraucher interessiert ist; so noch die von Voith, 14. ÖJT Bd. II/2, 92, zu Art. 4 RL geäußerten Befürchtungen.

¹¹¹² Marx, BB 2002, 2566, 2570.

¹¹¹³ Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 452; näher G.III.3.d und h.

¹¹¹⁴ Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 488.

¹¹¹⁵ KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 15, 19.

¹¹¹⁶ Vgl. allgemein Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1396 und dort Fn. 46.

¹¹¹⁷ BT-Drucksache 14/6040, 247 f.

¹¹¹⁸ KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 15 zieht dazu § 478 I heran.

Ein Abzug scheidet dann naturgemäß aus¹¹¹⁹. Könnte der Letztverkäufer die Sache allerdings weiterverkaufen, ist auch ein entsprechender Abzug nach teleologischer Auslegung des § 478 II möglich. Schwierigkeiten könnten dabei jedoch auftreten, wenn der Letztverkäufer die mangelhafte Sache unter ihrem Wert veräußert hat. Es fragt sich dann, ob er hier einen Abzug in Höhe des „Fehlbetrages“ hinnehmen muss. Dagegen spricht, dass ihm jedenfalls keine intensive Marktforschung¹¹²⁰ zuzumuten ist, da der eigentliche Veranlasser für den erneuten Verkauf die mangelhafte Sache des Lieferanten war. Andererseits darf der Letztverkäufer nicht offensichtlich „unter Preis“ verkaufen. Es dürfte somit angemessen sein, dem Letztverkäufer hinsichtlich des Weiterverkaufspreises einen Beurteilungs- bzw. Handlungsspielraum zuzugestehen, der sich danach bestimmt, ob und wenn ja, in welchem Ausmaß ein transparenter Markt für das konkrete (und dann schon gebrauchte) Produkt besteht.

5. Besonderheiten beim Bestehen einer (Hersteller-) Garantie

Fraglich ist, ob sich an den Grundsätzen zum Anspruchsumfang des § 478 II dann etwas ändert, wenn der Letztverkäufer im Rahmen einer (Hersteller-) Garantie bzw. eines Vertragshändlervertrages nacherfüllt.

Es kommt hier nämlich alternativ zu § 478 II vor allem auch eine Ersatzmöglichkeit nach den §§ 670, 675 I iVm § 1835 II in Betracht, wenn man der Ansicht ist, dass der Letztverkäufer als Beauftragter des Garantiegebers nacherfüllt. Da der Letztverkäufer dann aufgrund eines kommerziellen Geschäftsbesorgungsverhältnisses iSd § 675 handelte, könnte darüber nach der Wertung des § 1835 II möglicherweise sogar ein entgangener Gewinn zu ersetzen sein, weil der Letztverkäufer bei der Gewährleistungsabwicklung im Rahmen seiner beruflichen und gewerblichen Tätigkeit aktiv wird¹¹²¹.

Im Rahmen des parallel bestehenden Anspruchs aus § 478 II wäre diese zusätzliche Gewinnmöglichkeit insofern von Bedeutung, als der Letztverkäufer darüber, im Fall der selbst durchgeführten Nachbesserung etwa, gerade nicht nur die variablen Kosten plus Deckungsbetrag hinsichtlich der Fixkosten erhalte¹¹²². Der Letztverkäufer könnte darüber vielmehr auch den Marktpreis für die eigene Nachbesserung und damit einen über § 478 II hinausgehenden Gewinn verlangen.

Gleichwohl wird diese „Gewinnmöglichkeit“ jetzt auch von der diese ehemals befürwortenden Literaturansicht abgelehnt, weil § 439 II (als eigene Verpflichtung des Letztverkäufers) keinen derart umfassenden Rückgriff mehr vorsehen soll¹¹²³. Letzteres ist angesichts der Regressmöglichkeit des § 478 II aber nun wiederum zweifelhaft¹¹²⁴.

Entscheidend gegen eine solche erweiterte Regressmöglichkeit im Rahmen einer (Hersteller-) Garantie bzw. eines Vertragshändlervertrages spricht jedoch, dass die Nacherfüllungsaufwendungen regelmäßig bereits im Vertragshändlervertrag abgegolten sind und eine denkbare Gewinnmöglichkeit nach der Wertung des § 1835 II nur in

¹¹¹⁹ Dies muss KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 12 sodann entgegengehalten werden.

¹¹²⁰ So auch Schubel, ZIP 2002, 2061, 2065.

¹¹²¹ Vgl. Graf von Westphalen, NJW 1980, 2227, 2229, für die Abwicklung über eine Herstellergarantie.

¹¹²² Näher zu dieser beschränkten Ersatzmöglichkeit nach § 478 II unter Punkt D.II.2-3.

¹¹²³ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 27 f.

¹¹²⁴ Vgl. D.II.5.

Betracht kommt, wenn sie nicht bereits im Vertrag selbst berücksichtigt gewesen ist¹¹²⁵. Vor allem aber ist § 478 II, als Spezialregelung für den Regress von Nacherfüllungsaufwendungen, für diese Nacherfüllungsaufwendungen prinzipiell als abschließend zu betrachten. Darüber hinausgehende Gewinnmöglichkeiten sind damit nicht aus dem Gesetz (§§ 670, 675 I iVm § 1835 II), sondern nur aus etwaigen Vertragsabreden abzuleiten.

III. Ergänzende oder primäre Rückgriffsmöglichkeit des § 478 II

1. Der eigene Regresstatbestand des § 478 I im Zusammenspiel mit § 478 I

Im Gegensatz zu § 478 I stellt § 478 II einen eigenen Rückgriffsanspruch dar. Er unterliegt einer selbständigen Verjährungsregel und ist von den eigentlichen Gewährleistungsrechten losgelöst¹¹²⁶. § 478 II geht auf Ersatz der Aufwendungen, die der Letztverkäufer zur unentgeltlichen Nacherfüllung gegenüber dem Verbraucher nach § 439 II erbringen musste¹¹²⁷. In systematischer Hinsicht wird § 439 II damit im Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten zu einem Aufwendungsersatzanspruch iSd § 670¹¹²⁸ beim Regress „aufgewertet“¹¹²⁹. Von Bedeutung ist, dass § 478 II den primär gegebenen Nacherfüllungsanspruch des Verbrauchers nach § 439 I betrifft¹¹³⁰. Insofern ist diese Vorschrift gegenüber der Modifizierung des § 478 I also vorrangig¹¹³¹ und nicht § 478 I, wie nach der Auffassung des Gesetzgebers, wonach die Rechte aus den §§ 478 I, 437 ff. beim Verkäuferrückgriff „eigentlich im Vordergrund“ stehen sollen¹¹³². Entscheidend aber ist das Zusammenspiel von § 478 I und II. Ausgangspunkt der Überlegung muss hier aus Sicht des § 478 II sein, dass über § 478 II zwar die von den §§ 437 ff. regelmäßig nicht erfassten Nacherfüllungsaufwendungen ersetzt verlangt werden können¹¹³³. Andererseits betrifft § 478 II dann auch nur diese, was allein für eine effektive Rückgriffsmöglichkeit nicht ausreicht: Es wären die Fälle nicht abgedeckt, in denen der Verbraucher zurücktritt, mindert oder Schadens- oder Aufwendungsersatz verlangt¹¹³⁴. Dies könnten im Rahmen des § 478 II selbst andere, zusätzliche Regresshilfen, wie etwa Sonderregeln für die Verjährung, nicht ausgleichen. Denn ein Rückgriff iSd Art. 4 RL muss Rücksicht auf alle Verbraucherrechte nehmen.¹¹³⁵ Daher musste der Verkäuferrückgriff auch insgesamt die allgemeinen Gewährleistungsrechte

¹¹²⁵ Zum alten Recht Nickel, NJW 1981, 1490, 1494.

¹¹²⁶ BT-Drucksache 14/6040, 248; insofern ist nicht verständlich, warum Haas, BB 2001, 1313, 1320, in § 478 „keinen eigenständigen Rückgriffsanspruch“ sehen will.

¹¹²⁷ BT-Drucksache 14/6040, 248.

¹¹²⁸ Ehmann/Sutschet, 235. Insofern ist § 478 II auch ein „aliud zum Schadensersatz aus § 280“; Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 8.

¹¹²⁹ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 7.

¹¹³⁰ Von Bedeutung ist, dass der Anspruch aus § 439 I selbst dann besteht, wenn dem Verbraucher die gegebenenfalls erforderliche Rückgabe unmöglich ist (vgl. § 439 IV iVm §§ 346 ff.); Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 220.

¹¹³¹ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 7.

¹¹³² BT-Drucksache 14/6040, 247, 250.

¹¹³³ Diese wären sonst nur über einen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch nach §§ 437 Nr. 3, 280, 281 zu ersetzen gewesen; dazu D.IV.2.

¹¹³⁴ Für einen einheitlichen Rückgriffsanspruch, der nicht nur den Nacherfüllungsaufwand erfasst, daher Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1395; kritisch andererseits Welser/Jud, 14. ÖJT, 161.

¹¹³⁵ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1395.

des Verbrauchers umfassen. Dies ist durch § 478 I erreicht worden¹¹³⁶.

Angesichts dieses Nebeneinanders von Regressvorschriften ist fraglich, ob nicht, wenn man sich schon für einen eigenen Regressanspruch entscheiden wollte, anstelle des begrenzten § 478 II nicht eine einheitliche Rückgriffsvorschrift für den Gewährleistungsaufwand vorzugswürdig gewesen wäre¹¹³⁷.

Dagegen ist einzuwenden, dass es durch die Lösung des § 478 insbesondere möglich ist, weitgehend an den allgemeinen Gewährleistungsrechten anzuknüpfen (bei § 478 I) und nur durch § 478 II eine notwendige Ausnahme in der Form eines speziellen Aufwendungsersatzes zu schaffen. Damit konnte man unnötige Diskrepanzen, speziell hinsichtlich des Mangelbegriffs und der Gewährleistungsrechte, vermeiden.¹¹³⁸ Insoweit kann man in der Aufteilung des Regresses in § 478 I und II auch eine zutreffende Unterscheidung in „weitergereichte“ Gewährleistungsrechte des Verbrauchers einerseits und vom Letztverkäufer originär geltend zu machende Nacherfüllungsaufwendungen andererseits sehen¹¹³⁹.

2. Notwendigkeit eines verschuldensunabhängigen Aufwendungsersatzanspruchs

Die Notwendigkeit eines verschuldensunabhängigen Aufwendungsersatzanspruchs, wie ihn § 478 II vorsieht, ergibt sich aus Folgendem: Der Lieferant müsste gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 II nur die von ihm selbst gegenüber seinem Käufer (dem Letztverkäufer) erbrachten Nacherfüllungsaufwendungen tragen, nicht aber die des Letztverkäufers im Verhältnis zum Verbraucher.¹¹⁴⁰ Diese sind aber bei der Letztverkäuferhaftung besonders akut, weil der Verbraucher primär den Nacherfüllungsanspruch geltend machen muss und der Letztverkäufer diesen regelmäßig nicht nach § 439 III wird abwehren können. Letzterem kann auch nicht dadurch abgeholfen werden, dass man dem Letztverkäufer in diesem Fall die Einrede des § 439 III großzügiger gewährt. Denn darin läge ein Verstoß gegen die zwingenden Verbraucherrechte der RL.¹¹⁴¹ Aus Sicht des Letztverkäufers kommt erschwerend hinzu, dass nicht der Letztverkäufer, sondern der Verbraucher nach § 439 I die Wahl zwischen Ersatzlieferung und Nachbesserung hat, der Letztverkäufer den Nacherfüllungsaufwand grundsätzlich also auch nicht beeinflussen kann¹¹⁴².

Ohne § 478 II hätte der Letztverkäufer wegen der rechtlichen Selbständigkeit jeder Absatzstufe nur seine gewöhnlichen Gewährleistungsrechte nach den §§ 437 ff. (gegebenenfalls iVm § 478 I) und damit regelmäßig keine Ersatzmöglichkeit für seine Nacherfüllungsaufwendungen. Man könnte dann zwar erwägen, die Mangelbeseitigungsaufwendungen über die Minderung „abzurechnen“. Dies widerspricht aber dem Wesen der Minderung. Diese orientiert sich nämlich am Minderwert der Sache und erreicht oftmals nicht die Höhe der Nachbesserungsaufwendungen.¹¹⁴³ Ansonsten

¹¹³⁶ Dazu bereits C.I bis III.

¹¹³⁷ So die Vorschläge von Lehmann, JZ 2000, 280, 293; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1421, 1463 f.; dieselben, ZIP 2001, 1389, 1394-1396.

¹¹³⁸ Canaris, Schuldrechtsreform 2002, XXXI.

¹¹³⁹ Dazu von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 735.

¹¹⁴⁰ Schwab/Witt, 41 Fn. 80; Schmidt-Räntsch, DRiZ 2001, 501, 509.

¹¹⁴¹ W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 253 f. und dort speziell Fn. 89.

¹¹⁴² Kritisch mit Verweis auf die anderslautende Regelung im Werkvertragsrecht, auf den Text und die Verhandlungen zur RL daher Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 6; derselbe, BDI-Stellungnahme vom 7. September 2001, 5.

¹¹⁴³ W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 254 Fn. 89.

könnten die Nacherfüllungsaufwendungen allenfalls nur noch über einen Schadensersatzanspruch nach den §§ 437 Nr. 3, 280 bzw. § 281 geltend gemacht werden, indem man diese als Schaden iSd §§ 249 ff. begreift¹¹⁴⁴. Der Schadensersatzanspruch hängt aber von einem Verschulden des Lieferanten ab¹¹⁴⁵, welches oftmals nicht vorliegen dürfte: Da der Lieferant die Ware typischerweise unversehens an den Letztverkäufer „durchreicht“, wird auch nach der Schuldrechtsreform 2002 eine allgemeine Untersuchungspflicht für Massenprodukte nicht anzunehmen sein. Mangels solcher Hilfe zur Überwindung der Verschuldensbarriere auch die erst danach zu beachtende Verschuldensvermutung des § 280 I 2 nicht weiter¹¹⁴⁶. Ein derart verschuldensabhängiger Regress für die Nacherfüllungsaufwendungen wäre aber kaum iSd Art. 4 RL effektiv. Da ein Verschulden häufig auch nur beim Hersteller vorliegt, bei dem der Letztverkäufer mangels Vertragsbeziehung regelmäßig keinen Rückgriff nehmen kann, müsste man hier zudem einen Verstoß gegen das Verantwortungsprinzip annehmen. Unterstützt wird diese Überlegung dadurch, dass meistens auch entsprechende Garantien der Vordermänner fehlen und daher wohl allenfalls der Vertragshändler einen Aufwendungsersatzanspruch nach den §§ 670, 675 I hätte¹¹⁴⁷. Dieser käme im übrigen nämlich nur bei einer Beauftragung zur Nacherfüllung durch den Lieferanten in Betracht¹¹⁴⁸. Folglich wäre hier die noch nach § 280 DiskE als Regressbehelf geplante „Schadensersatz-Lösung“ ungenügend¹¹⁴⁹.

Von entscheidender Bedeutung ist somit, dass über § 478 II verschuldensunabhängig alle nach § 439 II erforderlichen Nacherfüllungsaufwendungen des Letztverkäufers weitergereicht werden können. Damit wird die aufgezeigte „Verschuldensfalle“ vermieden, an der der Letztverkäufer mit seinem Ersatzbegehren sonst regelmäßig scheiterte. § 478 II verhindert also ein Art. 4 RL widersprechendes „Steckenbleiben“ des Rückgriffs für von ihm nicht zu vertretende Haftungsbelastungen.¹¹⁵⁰ § 478 II ist mithin durch das Effektivitäts-¹¹⁵¹ und das Verantwortungsprinzip geboten¹¹⁵².

¹¹⁴⁴ Ein solcher Schadensersatzanspruch ist durch § 478 II nicht ausgeschlossen und kann dazu auch in Konkurrenz stehen; BT-Drucksache 14/6040, 248; Hk-BGB/Saenger §§ 478, 479 Rn. 14.

¹¹⁴⁵ BT-Drucksache 14/6040, 248; Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 12; Pick, ZIP 2001, 1173, 1176 f.; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 731; vgl. Westermann, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 109, 128 f.; Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 212.

¹¹⁴⁶ Zerres, VuR 2002, 3, 10 Fn. 54, weist auf die über eine analoge Anwendung des bisherigen § 282 erfolgte Vermutung für ein Vertretenmüssen bei Sonderverbindungen hin.

¹¹⁴⁷ Ausführlich dazu Graf von Westphalen, DB 1999, 2553, 2555 ff.; vgl. B.I.1.b; skeptisch BT-Drucksache 14/6040, 248.

¹¹⁴⁸ In diesem Fall könnte dann allerdings ein Freistellungsanspruch nach § 257 greifen; Graf von Westphalen, NJW 1980, 2227, 2231; ablehnend Nickel, NJW 1981, 1490, 1491 Fn. 6.

¹¹⁴⁹ Kritisch schon Westermann, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 128 f.; Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 212.

¹¹⁵⁰ BT-Drucksache 14/6040, 248 f.; Pick, ZIP 2001, 1173, 1176 f.; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 731.

¹¹⁵¹ W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 229, 254 und dort auch Fn. 90; Dauner-Lieb, Das neue Schuldrecht: Fälle und Lösungen, 151.

¹¹⁵² AA Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 439 sowie diejenigen, die grundsätzlich „irgendeinen“ Regress ausreichen lassen wollen; vgl. dazu B.II.3.b.aa.

IV. Der Mittelweg des § 478 II als Anspruch nur für den erbrachten Nacherfüllungsaufwand

Erkennt man grundsätzlich die Notwendigkeit eines eigenen verschuldensunabhängigen Ersatzanspruchs für die vom Letztverkäufer erbrachten Nacherfüllungsaufwendungen an, ist damit aber noch geklärt, ob selbst dieser kombinierte Rückgriff aus § 478 II und § 478 I schon Art. 4 RL genügt.

1. Verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch

Der neben § 478 I noch gewährte § 478 II könnte etwa deshalb richtlinienwidrig sein, da danach lediglich für den Ersatzanspruch hinsichtlich der Nacherfüllungsaufwendungen auf das Verschuldenserfordernis verzichtet und dieses bei anderen „Gewährleistungsschäden“ nach den Verweisungen gemäß §§ 478 I, 437 I Nr. 3 grundsätzlich erhalten bleibt. Dies wurde prinzipiell jedenfalls noch zu § 280 DiskE vertreten¹¹⁵³ und steht im Einklang zur Wertung des Regresses im Rahmen des grenzüberschreitenden Überweisungsverkehrs nach § 676 e. Auch dort hielt man zuvor eine „Regresslücke“ bezüglich weiterer „Folgeschäden für schuldhaftes Pflichtverletzungen“ für gegeben.¹¹⁵⁴

Der Forderung nach einem gänzlichen Verzicht auf das Verschuldenserfordernis im Rahmen des Verkäuferrückgriffs ist zunächst aber entgegenzuhalten, dass die RL Schadensersatzansprüche nicht regelt. Eine der Erwägungen war dabei gerade, die nationalen Haftungssysteme (also auch die §§ 437 ff.) nicht zu stören¹¹⁵⁵. Die Spielräume des Art. 4 S. 2 RL weisen ebenfalls in diese Richtung. Unabhängig davon, wird § 478 II aber auch deshalb nicht richtlinienwidrig sein, weil über § 478 II iVm § 478 I die wesentlichen Belastungen des Letztverkäufers abgefangen werden und Art. 4 RL keinen lückenlosen Letztverkäuferschutz gewährleisten wollte.¹¹⁵⁶ Es liegt durch die Schaffung des § 478 II zudem eine ganz andere Situation gegenüber der Ausgangslage des § 280 DiskE vor. Denn über § 478 II können gerade die meisten Belastungen des Letztverkäufers (die Nacherfüllungsaufwendungen) verschuldensunabhängig ersetzt verlangt werden, die noch nach § 280 DiskE nur über einen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch hätten geltend gemacht werden können. Außerdem bleibt dem Letztverkäufer die Handelsspanne beim Regress nach § 478 II erhalten.

Schließlich sprechen gegen das Erfordernis eines verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruchs die Gründe, die es bei § 478 I zulassen, die Handelsspanne nicht zu ersetzen.¹¹⁵⁷ Ein spezieller (verschuldensunabhängiger) Schadensersatzanspruch ist daher nicht erforderlich¹¹⁵⁸.

¹¹⁵³ W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 228 f.; Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 222, der die §§ 440 I, 280 DiskE als „die wichtigste Regreßgrundlage für den Letztverkäufer“ nach dem DiskE sieht.

¹¹⁵⁴ Schneider, WM 1999, 2189, 2198.

¹¹⁵⁵ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1421; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 733, auch unter Verweis in Fn. 229 auf Erwägungsgrund 6 RL.

¹¹⁵⁶ Von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 733 f.

¹¹⁵⁷ Näher C.IV.6.

¹¹⁵⁸ Vgl. von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 733 f.

2. Ergänzender Befreiungsanspruch

Der Wortlaut des § 478 II sieht vor, dass der Letztverkäufer die Nacherfüllungsaufwendungen tatsächlich erbracht haben muss („zu tragen *hatte*“)¹¹⁵⁹. Da auch § 478 I davon ausgeht, dass der Letztverkäufer die Verbraucherrechte tatsächlich erfüllt hat¹¹⁶⁰, wird diese Auslegung durch die Systematik der nur einheitlich zu betrachtenden Regressnorm des § 478 unterstützt.

Angesichts des Effektivitätsprinzips war für die Nacherfüllungsaufwendungen möglicherweise aber im Voraus (vor der Nacherfüllung) ein Befreiungsanspruch gegen den Lieferanten zu gewähren. Dieser Gedanke könnte erst recht greifen, wenn man von § 478 II auch den durch die Nacherfüllung entstandenen Zinsverlust für das dadurch „entgangene“ Kapital des Letztverkäufers als erfasst ansieht¹¹⁶¹.

§ 257 S. 1 hilft dem Letztverkäufer hier nicht, da der danach denkbare Befreiungsanspruch erst mit dem Entstehen des § 478 II, also der Erbringung der Nacherfüllungsaufwendungen, fällig wird¹¹⁶².

Hätte man deshalb einen besonderen (vorzeitigen) Befreiungsanspruch eingeführt, müsste der Letztverkäufer jetzt nicht für etwas in Vorleistung treten, was er mangels Verantwortung für die Vertragswidrigkeit regelmäßig ohnehin ersetzt bekäme. Ein solcher Befreiungsanspruch hätte jedenfalls für die Fälle vorgesehen werden können, in denen eine rechtskräftige Verurteilung zur Gewährleistung durch den Letztverkäufer vorliegt. Dadurch könnte auch der insolvente oder zahlungsunwillige Lieferant übersprungen werden, indem der Letztverkäufer wiederum den Befreiungsanspruch des Lieferanten pfänden lassen und auf den nächsten Vormann zugreifen könnte.¹¹⁶³ Dieser Befreiungsanspruch korrespondierte auch grundsätzlich mit dem Sinn und Zweck des § 478 I, dem „erleichterten Durchreichen“ der Kaufsache.

Kritisch ist hier jedoch einerseits zu berücksichtigen, dass der Effektivitätsgrundsatz nach überwiegender Ansicht nur vom Grundsatz her einen wirksamen Verkäuferregress verlangt, und dass der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung des Art. 4 RL Spielräume hatte. Diese hat er dazu genutzt, durch die §§ 478, 479 grundsätzlich gerade einen effektiven Rückgriff zu schaffen, selbst wenn dieser vielleicht nicht optimal sein sollte. Letzteres verlangt das Effektivitätsprinzip aber auch nicht.

Andererseits ist zudem kein Verstoß gegen das Verantwortungsprinzip zu erkennen, da der Stufenregress iSd § 478 I die Inanspruchnahme eines entfernteren Kettengliedes in der Regel selbst ohne einen zusätzlichen Befreiungsanspruch ermöglicht und Art. 4 RL nicht gebietet, dass ein Verkäuferrückgriff schnellstmöglich erfolgen muss.¹¹⁶⁴ Schließlich ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich der Letztverkäufer selbst seinen Lieferanten ausgesucht hat und nach dem *privity*-Ansatz, den Erwägungsgrund 9 RL schützt, dann grundsätzlich die damit verbundenen Risiken tragen muss. Die Einführung eines speziellen Befreiungsanspruchs war durch Art. 4 RL mithin nicht gefordert.

¹¹⁵⁹ Oetker/Maultzsch, 192.

¹¹⁶⁰ C.IV.5.b.

¹¹⁶¹ D.II.1.a.

¹¹⁶² Hk-BGB/Schulze §§ 256, 257 Rn. 4; vgl. zudem /Maultzsch, 192; Wenzel/Hütte/Helbron, 116 und ferner MünchKomm/Krüger, Band 2 a, § 257 Rn. 7.

¹¹⁶³ Vgl. den Vorschlag eines § 480 III Reform-E von Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1422; dieselben, ebenda, 1462, 1463 f.

¹¹⁶⁴ B.II.2.c, d.

3. Aufwendungsersatz bei Garantien

Nach einer Ansicht muss ein Aufwendungsersatz im Rahmen des von Art. 4 RL geforderten Letztverkäuferregresses dann möglich sein, wenn neben der Letztverkäuferhaftung zudem eine direkte Garantiehaftung des Lieferanten zugunsten des Verbrauchers besteht. Entsprechendes soll bei Pflichten vorangehender Kettenglieder zum bzw. aus Rückruf gelten müssen. Diese Rückgriffsmöglichkeiten werden weitergehend sogar für den Fall gefordert, dass der fragliche Mangel keinen solchen im Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten darstellt.¹¹⁶⁵

Die damit zu klärende Frage, ob § 478 II auf Aufwendungen anzuwenden ist, die auf Garantien und dergleichen beruhen, muss angesichts des nur einheitlich zu betrachtenden § 478 anhand der schon bei § 478 I erörterten Wertung beurteilt werden.

Danach werden Garantien erfasst, wenn der fragliche Mangel bei Gefahrübergang schon bestand, der Mangelbegriff den §§ 434, 435 entspricht und wenn und soweit die Garantierechte deckungsgleich mit den Rechten aus den §§ 437 ff. sind. Es ist deshalb nicht notwendig, den Begriff der iSd § 478 II „zu tragenden Nacherfüllungsaufwendungen“ besonders richtlinienkonform auszulegen.¹¹⁶⁶

Im übrigen kommt es wegen der nach § 478 II und der nach den eben beschriebenen, deckungsgleichen Garantien erhaltenen Handelsspanne auch nicht mehr darauf an, ob dem Letztverkäufer, wie möglicherweise bisher, ein Wahlrecht zwischen der Geltendmachung seiner Gewährleistungsrechte und einer etwaigen Herstellergarantie zu gewähren war, nach der ihm gegebenenfalls seine kalkulatorische Handelsspanne zu ersetzen wäre¹¹⁶⁷. Entsprechendes gilt für Vertragshändlerverträge¹¹⁶⁸.

4. Die bei § 478 II unabhängig vom Rückgriffsumfang verbleibende Handelsspanne

Im Rahmen des § 478 II ist von besonderer Bedeutung, dass dem Letztverkäufer danach seine Handelsspanne erhalten bleibt. Dieser Erhalt der Handelsspanne ergibt sich daraus, dass die Nacherfüllungsaufwendungen durch den Lieferanten ohne Rücksicht auf den vom Letztverkäufer erzielten Kaufpreis erstattet werden müssen: Der Verbrauchsgüterkaufvertrag und der daraus erzielte Gewinn bleiben von § 478 II somit unberührt. Der Letztverkäufer wird hier wirtschaftlich also von jeglicher Gewährleistungshaftung freigehalten¹¹⁶⁹. Dies trifft nur dann nicht zu, wenn der Mangel so schwerwiegend ist, dass eine Nacherfüllung von vornherein ausscheidet.

Da dem Letztverkäufer in dem letztgenannten Fall immerhin die Rückgriffsmöglichkeiten nach § 478 I, § 437 ff. zustehen, ist dieses Ergebnis nicht zu beanstanden.¹¹⁷⁰

¹¹⁶⁵ Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 673 sowie dort Fn. 59.

¹¹⁶⁶ Näher C.IV.5.a.bb.bbb.(1).

¹¹⁶⁷ Für ein solches Recht bisher Graf von Westphalen, NJW 1980, 2227, 2233; aA Nickel, NJW 1981, 1490, 1494.

¹¹⁶⁸ Gegen eine Erfassung von Garantien generell Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 27 f., der darauf verweist, dass der Letztverkäufer nach § 439 II ohne Gewinnanspruch seiner eigenen Verpflichtung zur Nacherfüllung nachkommen muss; vgl. andererseits derselbe, § 478 Rn. 11 zur möglichen Gleichbehandlung der Herstellergarantie mit der sonstigen Gewährleistungshaftung.

¹¹⁶⁹ Voith, 14. ÖJT Bd. II/2, 92. Dies forderte schon früh W.-H. Roth, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 113, 136.

¹¹⁷⁰ Vgl. Jud, ÖJZ 2000, 661, 666 f.

§ 478 II bleibt damit zwar sowohl hinter einem verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch, einem ergänzenden Befreiungsanspruch als auch hinter einem allgemeinen Aufwendungsersatzanspruch bei Garantien oder einem erschöpfenden, einzigen Regressanspruch zurück.

Auch führt § 478 II angesichts des § 478 I nicht dazu, dass die Handelsspanne des Letztverkäufers bei seinem Rückgriff einheitlich und umfassend erhalten bleibt.

Dennoch schließt § 478 II prinzipiell die nach § 478 I verbleibende „Regresslücke“ in bezug auf seine Nacherfüllungsaufwendungen und belässt ihm jedenfalls hier seine Handelsspanne. Zumindest bei § 478 II kann der Letztverkäufer daher die gesamte wirtschaftliche Last, die ihm durch das verkaufte, mangelhafte Verbrauchsgut entstanden ist, weiterreichen¹¹⁷¹. Berücksichtigt man ferner, dass z.B. beim österreichischen Verkäuferrückgriff offenbar überhaupt kein solcher Aufwendungsersatzanspruch besteht¹¹⁷², dürfte § 478 in seiner Zusammensetzung aus § 478 I und II zumindest als „Mittelweg“ der denkbaren Umsetzungen von Art. 4 RL zu verstehen und somit aus genereller Sicht richtlinienkonform sein¹¹⁷³. Umgekehrt folgt aus der sich erst daraus ergebenden Konformität mit Art. 4 RL, dass § 478 II nicht etwa auf das Regressniveau des § 478 I „herabgesenkt“¹¹⁷⁴ werden darf, indem man die Handelsspanne durch entsprechende Abzüge verrechnete und dadurch neutralisierte.

V. Konkurrenz zu § 478 I bei vergeblichen Nacherfüllungsaufwendungen

Wie bereits im Rahmen des § 478 I festgestellt, schließt die Anwendung des § 478 II die des § 478 I grundsätzlich aus und umgekehrt¹¹⁷⁵. Gleichwohl ergeben sich diesbezüglich speziell aus Sicht des § 478 II dann Probleme, wenn der Verbraucher nach vergeblichen Nacherfüllungsaufwendungen des Letztverkäufers etwa gemäß §§ 440 S. 1, 437 Nr. 2, 323 (und gegebenenfalls § 326 V) vom Kaufvertrag zurücktritt. Denn dann kommt eine parallele Anwendung von § 478 I und II in Frage.¹¹⁷⁶ Dies ergibt sich daraus, dass auch vergebliche Nacherfüllungsaufwendungen zu den von den §§ 478 II, 439 II erfassten Aufwendungen zählen; dies folgt wiederum aus dem von § 440 S. 1 als möglich vorausgesetzten „Fehlschlagen“ der Nachbesserung¹¹⁷⁷.

Ausgeschlossen ist eine parallele Anwendung von §§ 478 I, 437 ff. und § 478 II jedenfalls dann, wenn der Letztverkäufer das Fehlschlagen der Nacherfüllung zu

¹¹⁷¹ Dies könnten auch der Effektivitätsgrundsatz und der damit geförderte, mittelbare Verbraucherschutz erfordern; so offenbar Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 357 f., die in ihrem Vorschlag den „Ersatz seiner Aufwendungen“ samt „Erstattungen des Kaufpreises, die der Unternehmer dem Verbraucher wegen eines Rücktritts oder einer Minderung geleistet hat“, gewähren möchten; so ferner W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 254 sowie dort speziell Fn. 90, 256.

¹¹⁷² Vgl. Welser, in: Schlechtriem (Hrsg.), 83, 94; aA anscheinend Reischauer, JBl 2002, 137, 159, wonach § 933 b ABGB auch davon ausgehen soll, „dass auf Grund von Gewährleistung *Verbesserungskostenersatz* zu leisten ist“.

¹¹⁷³ Andere Probleme des Verkäuferregresses sollen hier zunächst unbeachtet bleiben.

¹¹⁷⁴ Näher C.V.6; in diese Richtung Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1395; Frankfurter Handbuch/Winkelmann, E.I. Rn. 250 f.

¹¹⁷⁵ Zu diesem etwa Westermann, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 109, 129 und schon C.VI.

¹¹⁷⁶ Jud, ZfRV 2001, 201, 215 Fn. 138. Dieses Problem hätte durch einen einheitlichen Rückgriffsanspruch, der nicht nur den Nacherfüllungsaufwand erfasst, möglicherweise vermieden werden können; vgl. Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1395.

¹¹⁷⁷ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 439 Rn. 10

vertreten hat, weil er sie letztlich etwa nach den §§ 440 S. 1, 281 II ernsthaft, endgültig und unberechtigt verweigert hat¹¹⁷⁸. Allerdings besteht insoweit ein bei § 478 I erörterter Beurteilungsspielraum des Letztverkäufers¹¹⁷⁹.

Fehlt es aber an einer solchen Verantwortung des Letztverkäufers, spricht das Verantwortungsprinzip im Spezialfall der vergeblich aufgewendeten Nacherfüllungsaufwendungen für eine parallele Anwendbarkeit von § 478 I und II. Andernfalls bliebe der Letztverkäufer unverantwortet in bezug auf einen Teil seiner Gewährleistungshaftung grundsätzlich und stets in einer „Regressfalle“ gefangen. Insoweit ist von dem prinzipiellen Ausschlussverhältnis hier eine Ausnahme zu machen.

¹¹⁷⁸ Hier hatte der Letztverkäufer die fraglichen Aufwendungen nach seiner bei § 478 II geltenden Schadensminderungsobliegenheit nicht „zu tragen“; D.I.3.b; D.II.1.b.

¹¹⁷⁹ C.IV.5.a.bb.bbb.(4); Schubel, ZIP 2002, 2061, 2066, speziell zu § 478 II.

E. Die Beweislastumkehr des § 478 III nach Maßgabe des § 476

I. § 478 III als Antwort auf die dem Letztverkäufer durch § 476 drohende „Beweisfalle“
Zugunsten des Verbrauchers vermutet der auf Art. 5 III RL beruhende § 476 Hs. 1, dass der Sachmangel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf ihn schon vorhanden war, wenn er sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang gezeigt hat. Eine Ausnahme gilt nach § 476 Hs. 2 nur, wenn diese Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. Diese Beweislastumkehr des § 476 greift zwar nur für Sachmängel, vereinfacht dem Verbraucher insgesamt aber erheblich die Durchsetzung seiner Gewährleistungsrechte. Denn bisher war es ihm häufig unmöglich darzulegen, dass nicht er den Mangel verursacht hat.

Gleichzeitig wird mit dieser Regresshilfe des Verbrauchers jedoch der Letztverkäufer belastet, da diesem dadurch in der Regel der Gegenbeweis unmöglich gemacht wurde, dass der Mangel erst nach Gefahrübergang auf den Verbraucher entstanden ist: Der Letztverkäufer hat dem Verbraucher also gerade deshalb regelmäßig nach den §§ 437 ff. zu haften.

Für den Rückgriff des Letztverkäufers ist nun von entscheidender Relevanz, dass dieser bei Fortführung der bisherigen Rechtslage gegenüber dem Lieferanten aber auch die Beweislast für das Vorliegen des Mangels bei Gefahrübergang auf sich zu tragen hätte¹¹⁸⁰. Dem Lieferanten gegenüber existierte damit also für den Letztverkäufer zwar prinzipiell die gleiche Beweissituation bzw. -not wie ursprünglich für den Verbraucher, nur stünde ihm die Erleichterung des § 476 gerade nicht zu¹¹⁸¹.

In diesem Zusammenhang nutzten dem Letztverkäufer auch nicht etwa die einheitlichen Mängelbegriffe der §§ 434, 435, da sie nur sicherstellen, dass ein Mangel im Verhältnis des Letztverkäufers zum Verbraucher grundsätzlich auch ein solcher im Verhältnis zum Lieferanten ist. Sie nehmen dem Letztverkäufer aber nicht die Beweislast hinsichtlich des Zeitpunkts der Mangelentstehung gegenüber dem Lieferanten. Der Letztverkäufer müsste also darlegen, dass der Mangel nicht etwa während der Zwischenlagerung entstanden ist¹¹⁸².

Er wäre zusätzlich dadurch belastet, dass zwischen der Auslieferung an den Verbraucher und der Entdeckung des Mangels eine längere Zeitspanne liegt. Ihm drohte im Zuge seines Rückgriffs daher möglicherweise regelmäßig das „Steckenbleiben“ in einer „doppelten Beweisfalle“.¹¹⁸³ Dies wäre angesichts des von Art. 4 RL geforderten effektiven Regresses bedenklich¹¹⁸⁴.

Um diese Folgen zu vermeiden, wollte der Gesetzgeber den Letztverkäufer im Rahmen seines Rückgriffs grundsätzlich wie den Verbraucher schützen. Deshalb entschloss er sich, durch § 478 III die Beweislastumkehr des § 476 mit der Maßgabe auf das

¹¹⁸⁰ Vgl. auch Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 476 Rn. 7.

¹¹⁸¹ BT-Drucksache 14/6040, 248, 249; Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 857 f.

¹¹⁸² In diese Richtung auch Huber/Faust(-Huber), Verbrauchsgüterkauf, Rn. 28.

¹¹⁸³ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 248, 249; Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 857 f.; Kainer, AnwBl 2001, 380, 387; Westermann, NJW 2002, 241, 252; Gursky, 51; Schimmel/Buhlmann, 161; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 13.

¹¹⁸⁴ W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 254 f.; Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 437; aA Jud, ZfRV 2001, 201, 208, wegen mangelnder Anhaltspunkte in der RL.

Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten auszudehnen¹¹⁸⁵, dass die Sechsmonatsfrist erst ab Gefahrübergang auf den Verbraucher beginnt¹¹⁸⁶.

Der Letztverkäufer muss zur Haftungsweitergabe somit generell nur noch beweisen, dass die aus dem Verbrauchsgüterkauf stammende Sache aus einem Kauf mit dem Lieferanten stammt¹¹⁸⁷.

Eine andere, bei der Rechtsfolge des § 478 III zu klärende Frage ist es hingegen, ob die Vermutung des § 478 III tatsächlich erheblich über die bisherige Rechtslage hinausgeht¹¹⁸⁸.

II. Voraussetzungen des § 478 III

1. Besonderheiten bei der Anknüpfung an die Voraussetzungen von § 478 I bzw. II

Die Beweislastumkehr greift nach § 478 III nur „in den Fällen der Absätze 1 und 2“ des § 478. Damit knüpft § 478 III an deren Voraussetzungen an und stellt insofern eine Verweisung dar wie § 478 I auf die §§ 437 ff. Grundsätzlich kann daher auf deren Erörterung im Rahmen des § 478 I und II Bezug genommen werden¹¹⁸⁹.

Es ergeben sich hier im Rahmen des § 478 III jedoch einige Besonderheiten.

a) Notwendige Einschränkung auf den Regress beim Verbrauchsgüterkauf

Zunächst stellt sich die Frage, ob es sich bei der erwähnten „Beweisfalle“ nicht um ein allgemeines, vom Spezialfall des Verbrauchsgüterkaufs losgelöstes, Problem handelt. So wird es jedenfalls in Österreich gesehen, wo die Beweislastumkehr mit § 924 ABGB im allgemeinen Kaufrecht steht¹¹⁹⁰.

Man könnte dazu etwa anführen, dass der Beweislastumkehr des Art. 5 III RL möglicherweise gar keine rein verbraucherspezifischen Erwägungen zugrunde liegen¹¹⁹¹. Eine allgemeine Beweislastumkehr könnte nämlich deshalb gerechtfertigt sein, weil der Mangel der Sache häufig gerade im Herstellungsprozess, somit am Anfang jeder Lieferkette, angelegt wird.¹¹⁹²

Wie bereits im Rahmen des § 478 I hergeleitet¹¹⁹³, rechtfertigt sich eine Beschränkung der speziellen Regresshilfen auf den Fall eines Verbrauchsgüterkaufs jedoch ganz allgemein durch die nur dort bestehenden, besonderen Haftungsbelastungen des

¹¹⁸⁵ BT-Drucksache 14/6040, 248, 249. Der jetzige § 478 III fasst dabei die ursprünglich doppelte Nennung in § 478 I 2, II 2 RE zusammen; BT-Drucksache 14/7052, 199; BR-Drucksache 338/01 (Beschluss), 61. Die Beweislastumkehr hätte sich der Sache nach gemäß Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 354, ansonsten auch schon aus der systematischen Lage des § 478 im Untertitel 3 „Verbrauchsgüterkauf“ ergeben.

¹¹⁸⁶ Haas, BB 2001, 1313, 1320; Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 17; zu letzterem speziell E.III.2.a.

¹¹⁸⁷ Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 486.

¹¹⁸⁸ Näher E.III.1.a.

¹¹⁸⁹ C.IV; D.I.

¹¹⁹⁰ GewRÄG-E, 10. Eine allgemeine Ausdehnung des Art. 5 III RL auf den Verkäuferregress wurde mitunter selbst für internationale Warenkäufe befürwortet; Schwartze, ZEuP 2000, 544, 561 und dort vor allem Fn. 109.

¹¹⁹¹ Jud, ZfRV 2001, 201, 208, sieht allerdings keine Gründe, die Beweislastumkehr speziell für den Regress zu schaffen, sondern möchte sie dann schon generell unter Unternehmern eingeführt sehen.

¹¹⁹² Vgl. Welser/Jud, 14. ÖJT, 76.

¹¹⁹³ C.IV.1.b.

Letztverkäufers¹¹⁹⁴.

Die Beweislastumkehr des § 476 ist gerade eine solche besondere, ausschließlich beim Verbrauchsgüterkauf greifende Haftungsbelastung. Speziell hier, aber auch nur hier, war also eine Haftungsinkongruenz zu Lasten des Letztverkäufers zu vermeiden¹¹⁹⁵.

Deshalb kann andererseits auch nicht gefordert werden, von einer Beweislastumkehr beim Verkäuferregress generell abzusehen. Der Letztverkäufer beim Verbrauchsgüterkauf ist somit auch nicht etwa weniger¹¹⁹⁶, sondern umgekehrt, in höherem Maße schutzbedürftig als der Kommissionar, der sämtliche Ansprüche weiterreichen kann.

Gegen die grundsätzliche Ausdehnung des § 476 auf den Verkäuferregress können schließlich nicht besondere, überschießende Beschaffenheitsvereinbarungen des Letztverkäufers mit dem Verbraucher eingewandt werden¹¹⁹⁷. Denn für diese greift § 478 III wegen der hier durch die Bezugnahme auf § 478 I und II geforderten Seitengleichheit¹¹⁹⁸ des Mangels schon gar nicht.¹¹⁹⁹

Auch mit § 478 III könnte der deutsche Gesetzgeber also letztlich einen notwendigen Mittelweg gewählt haben.

b) Die Behandlung von gebrauchten Sachen im Rahmen des § 478 III iVm § 476

Man könnte im Rahmen des § 478 III erwägen, wenigstens hier eine richtlinienkonforme Ausdehnung des Rückgriffs auf gebrauchte Sachen vorzunehmen. Anders als bei § 478 I und II spricht nämlich der Wortlaut des § 478 III nicht ausdrücklich von dem Erfordernis nach einer „neu hergestellten Sache“.

Auch „findet § 476 mit der Maßgabe [bei § 478 III] Anwendung, dass die Frist mit dem Übergang der Gefahr auf den Verbraucher beginnt“ – § 476 kennt aber gerade keine Beschränkung auf neu hergestellte Sachen.

Die bei § 478 I und II wegen des ausdrücklich entgegenstehenden Wortlauts verletzte, vom EuGH für eine richtlinienkonforme Auslegung jedoch geforderte, Umsetzungstransparenz¹²⁰⁰ könnte bei einer Ausdehnung des § 478 III auf gebrauchte Sachen also möglicherweise gewahrt werden.

§ 478 III könnte in diesem Sinne etwa dadurch richtlinienkonform ausgelegt werden, dass „§ 476 [auch bei § 478 III] mit der Maßgebung Anwendung“ fände, dass gebrauchte Sachen erfasst sind.

Es ist allerdings zweifelhaft, ob eine solche Auslegung tatsächlich der vom EuGH geforderten Umsetzungstransparenz genüge.

Nach dem Wortlaut des § 478 III findet § 476 nämlich nur „in den Fällen der Absätze 1 und 2“ des § 478 Anwendung, die gerade auf neu hergestellte Sachen beschränkt sind.

Auch aus systematischer Sicht können gebrauchte Sachen nicht von § 478 III betroffen sein, da dieser auf die Voraussetzungen des § 478 I bzw. II, somit auf das Erfordernis

¹¹⁹⁴ Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 857; vgl. auch BT-Drucksache 14/6040, 248.

¹¹⁹⁵ Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 437.

¹¹⁹⁶ So aber Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 7.

¹¹⁹⁷ So aber Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 278.

¹¹⁹⁸ C.IV.6; D.I.1.

¹¹⁹⁹ Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 8.

¹²⁰⁰ EuGH, 10.5.2001, Rs C-144/99 – Kommission/Niederlande; NJW 2001, 2244, 2245 Rn. 21; dazu bereits C.IV.3.c.

nach einer neu hergestellten Sache, verweist.

Der Umstand, dass es wohl zumindest unter Fachleuten allgemein bekannt sein dürfte, dass der Gesetzgeber den Rückgriff nach §§ 478, 479 im Allgemeinen und nach § 478 III im Speziellen auf „neu hergestellte Sachen“ limitieren wollte¹²⁰¹, spricht ebenfalls gegen die Einhaltung der geforderten Umsetzungstransparenz.

Die Regressbeschränkung auf „neu hergestellte Sachen“ gilt demnach auch im Rahmen des § 478 III iVm § 476. Ein völliger Gleichlauf mit den Verbraucherrechten ist also durch § 478 III iVm § 476 nicht erzielt worden. Dadurch droht dem Letztverkäufer trotz der prinzipiellen Ausdehnung des § 476 auf den Verkäuferrückgriff immer noch eine „Regressfalle“: Er selbst ist der Beweislastumkehr des § 476 bei gebrauchten Sachen ausgesetzt, kann seinerseits aber nicht entsprechend beim Lieferanten Rückgriff nehmen¹²⁰². Deshalb kann diese Beschränkung auch nur bedingt etwa damit gerechtfertigt werden, dass eine allgemeinere Beweislastumkehr, insbesondere im Gebrauchtwarenverkauf, zu großen Belastungen geführt hätte¹²⁰³. Entsprechendes gilt für das Argument¹²⁰⁴, dass nur bei neu hergestellten Sachen die sechsmonatige Beweislastumkehr angemessen sein soll.

Hinzu kommt, dass der Letztverkäufer die zu seinen Lasten greifende Beweislastumkehr des § 476 nicht nach § 475 I 1 begrenzen kann. Die hierdurch drohenden „Regressfallen“¹²⁰⁵ relativieren sich nur dadurch, dass nicht selten die Ausnahmen des § 476 Hs. 2 greifen werden. Nach der Auffassung des Gesetzgebers soll dies bei gebrauchten Sachen sogar der Regelfall sein¹²⁰⁶.

c) Denkbare Beschränkung auf die Ausübung des abgewickelten Verbraucherrechts

§ 478 I und II sind von der Rechtsfolge nicht auf das vom Verbraucher ausgeübte Gewährleistungsrecht beschränkt. Möglicherweise könnte jedoch für die Beweislastumkehr des § 478 III etwas anderes gelten müssen¹²⁰⁷. Denn man könnte erwägen, nur § 478 I und II als unerlässliche Basis für den Verkäuferrückgriff zu werten, weil sie überhaupt erst die Möglichkeit eines umfassenden Regresses iSd Art. 4 RL schaffen. Da § 478 III diese nur „stützt“, wäre hier eine Beschränkung auf das vom Verbraucher ausgeübte Recht aus den genannten Gründen also eventuell eher hinzunehmen.

Eine solche Einschränkung wäre gegebenenfalls sogar zu fordern, weil die Beweislastumkehr etwa auch den die Handelsspanne umfassenden und nach § 280 I 2

¹²⁰¹ BT-Drucksache 14/6040, 248; vgl. auch Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 17.

¹²⁰² Seeliger, 14. ÖJT Bd. II/2, 38.

¹²⁰³ So aber Kirchner/Richter, 18 f.

¹²⁰⁴ BT-Drucksache 14/6040, 248.

¹²⁰⁵ Vgl. Westermann, NJW 2002, 241, 244, zu den neuen Belastungen des Letztverkäufers, die er nicht mit Hilfe von § 478 III weiterreichen kann und im übrigen allgemein C.IV.3.a.

¹²⁰⁶ BT-Drucksache 14/6040, 245.

¹²⁰⁷ Vgl. Oetker/Maultzsch, 191, die den Rückgriff nach § 478 III auf das „reine Regreßinteresse“ beschränken möchten und dazu auch auf BT-Drucksache 14/6040, 247 f. und für Teilbereiche ferner auf Bädenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 23 ff., verweisen. BT-Drucksache 14/6040, 247, ist dies allerdings jedenfalls nicht eindeutig zu entnehmen, wie Oetker/Maultzsch, 191, selbst zu bedenken geben; zu den Gründen für und gegen eine solche grundsätzliche Beschränkung; im übrigen C.V.3.

vermuteten Schadensersatzanspruch des Letztverkäufers¹²⁰⁸ sowie sogar den verschuldensunabhängigen Aufwendungsersatz nach § 478 II erfasst.

Gegen eine solche im Rahmen des § 478 I und II abgelehnte Beschränkung der Beweislastumkehr bei § 478 III spricht jedoch ein sonst drohender Wertungswiderspruch zu § 478 I. Denn während dem Letztverkäufer beim Verlust des § 478 I immerhin noch die Rechte aus den §§ 437 ff. bleiben, bedeutete der Ausschluss des § 478 III nach Ansicht des Gesetzgebers das regelmäßige „Steckenbleiben“ des Letztverkäufers bei seinem Regress. Die Beweislastumkehr des § 478 III ermöglicht aufgrund der nach der Legislative kaum überwindbaren „Regressfallen“¹²⁰⁹ einen Rückgriff nämlich häufig überhaupt erst.

§ 478 III stellt sich damit aus Sicht des Gesetzgebers für einen effektiven Verkäuferrückgriff als mindestens ebenso wichtige Basis dar wie § 478 I. Da dort eine Rechtsfolgenbeschränkung auf das vom Verbraucher ausgeübte Recht abzulehnen ist, muss Gleiches auch bei § 478 III gelten.

Der umgekehrten Befürchtung, § 478 III könnte möglicherweise nur bei Rücknahme der Kaufsache im Rahmen des „großen“ Schadensersatzes, der Ersatzlieferung und des Rücktritts sowie bei der Minderung greifen¹²¹⁰, wird durch ein weites Verständnis von § 478 I begegnet¹²¹¹: § 478 I gilt für alle Gewährleistungsrechte iSd §§ 437 ff.¹²¹², und § 478 III bezieht sich wiederum auf § 478 I. Selbst wenn man von § 478 I nicht alle Gewährleistungsrechte als erfasst betrachtete, wäre damit aber noch nicht eine analoge Anwendung des § 478 III auf diese ausgeschlossen. Denn § 478 III ist weiter gefasst als § 478 I, da nur eine Anwendung des § 476 „nach Maßgabe“ stattfindet.

2. Vorstellbare Einschränkung auf den Fall der Ausübung durch den Verbraucher

Fraglich ist weiter, ob der Letztverkäufer sich nur dann auf die Beweislastumkehr berufen kann, wenn dies zuvor auch der Verbraucher (ausdrücklich) ihm gegenüber getan hat¹²¹³. Dabei geht es hier nicht um eine etwaige Regressbeschränkung auf das vom Verbraucher ausgeübte Recht¹²¹⁴. Denn während der Verbraucher hinsichtlich seines geltend gemachten Gewährleistungsrechts eine bewusste Wahl getroffen hat, kann es bei der Beweislastumkehr einer expliziten Berufung auf § 476 schlicht nicht bedürft haben, wenn der Letztverkäufer auch ohne dieses Mittel Gewähr geleistet hat. In diesem Fall muss noch kein Handeln des Letztverkäufers aus Kulanz vorliegen, das einen Regress nach den §§ 478, 479 ohnehin ausschliesse – vielmehr können auch dann objektiv die Voraussetzungen einer Letztverkäuferhaftung vorliegen und dies reicht für die Letztverkäuferhaftung. Es hinge somit vom unerheblichen Zufall ab, ob der Verbraucher sich nun besonders auf § 476 gestützt hat oder nicht¹²¹⁵. Schon daher kommt es für die Beweiserleichterung nach § 478 III iVm § 476 nicht auf ein besonderes Berufen des Verbrauchers auf § 476 an. Es genügt, wenn objektiv eine Letztverkäuferhaftung

¹²⁰⁸ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1398; Frankfurter Handbuch/Winkelmann, E.I. Rn. 246.

¹²⁰⁹ E.I.

¹²¹⁰ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1398.

¹²¹¹ Jud, ZfRV 2001, 201, 214.

¹²¹² C.IV.4.

¹²¹³ Vgl. Heussen, MDR 2002, 12, 16.

¹²¹⁴ Dazu E.II.1.c

¹²¹⁵ So andeutungsweise aber Heussen, MDR 2002, 12, 16.

besteht.

Zwingend folgt dieses Ergebnis jedenfalls daraus, dass es sich bei § 476 um eine von Gesetzes wegen zu beachtende Vermutung handelt.

3. Abstrakte Regressmöglichkeit im Vergleich zum tatsächlich nach § 478 I oder II erfolgten Rückgriff

§ 476 findet gemäß § 478 III nur „in den Fällen der Absätze 1 und 2“ des § 478 Anwendung. Daraus könnte man ableiten, dass der Letztverkäufer tatsächlich nach § 478 I oder II vorgegangen sein muss. Damit wäre die Beweislastumkehr nicht gegeben, wenn alle Voraussetzungen des § 478 I bzw. II vorliegen, der Letztverkäufer aber auf diese Erleichterungen verzichtet hat. Der Letztverkäufer wird zwar regelmäßig seine gesamten Rechte nutzen wollen und daher auch nach § 478 I oder II vorgehen.

Dennoch könnte er sich zur Pflege der guten Geschäftsbeziehungen gegebenenfalls auch nur partiell auf seine Rechte berufen wollen. Der Letztverkäufer benötigt unter Umständen auch nicht stets seine nach den §§ 478, 479 eigentlich gegebenen Regressmöglichkeiten. Kommt es etwa nur auf die Mangelexistenz und nicht auf ein schnellstmögliches Durchreichen der mangelhaften Kaufsache an, reicht ihm die Beweislastumkehr, und er muss sich nicht auf § 478 I stützen.

Es fragt sich also, ob das tatsächliche Vorgehen nach § 478 I oder II Voraussetzung für die Beweiserleichterung nach § 478 III iVm § 476 ist oder ob es genügt, wenn deren Voraussetzungen für einen Regress erfüllt sind.

Wenn der Wortlaut des § 478 III verlangt, dass die Beweislastumkehr nur „in den Fällen der Absätze 1 und 2“ des § 478 greift, wird zwar vorausgesetzt, dass der Letztverkäufer tatsächlich Gewähr geleistet hat¹²¹⁶. Weder § 478 I noch § 478 II erfordern jedoch, dass der Letztverkäufer ebenso „tatsächlich“ deren Regresshilfen in Anspruch genommen haben muss: Bei Vorliegen der Voraussetzungen „bedarf es [bei § 478 I nur lediglich] der ...sonst erforderlichen Fristsetzung“ nicht und nach § 478 II „kann“ (im Gegensatz zu „muss“) der Letztverkäufer die Nacherfüllungsaufwendungen verlangen. Danach genügt für die Beweislastumkehr des § 478 III aus systematischer Sicht die abstrakte Möglichkeit, nach § 478 I oder II vorgehen zu können.

Vor allem folgt aus dem Sinn und Zweck der §§ 478, 479 und des Art. 4 RL, dass der danach gewährte Rückgriff den Letztverkäufer lediglich unterstützen, ihn aber nicht schwächen soll. Nach dieser Wertung muss es dem Letztverkäufer somit grundsätzlich freistehen, nur teilweise nach den §§ 478, 479 vorzugehen. Gemäß § 478 III iVm § 476 kann der Letztverkäufer also auch dann Regress nehmen, wenn er auf die Vorzüge des § 478 I oder II verzichtet. Es reicht für § 478 III, wenn die Voraussetzungen des § 478 I oder II „nur“ vorliegen.

III. Entsprechende Anwendung des § 476 als Rechtsfolge des § 478 III

1. Grundsätzliche Übernahme des § 476

Sind die Voraussetzungen des § 478 III erfüllt, greift § 476 zugunsten des Letztverkäufers mit der Maßgabe, dass dessen Frist mit dem Gefahrübergang auf den Verbraucher beginnt. § 478 III knüpft also an § 476 an bzw. übernimmt diesen im

¹²¹⁶ C.IV.5.b; D.I.1.

wesentlichen.

a) Vermutung der Mangelexistenz bei Gefahrübergang auf den Letztverkäufer

Die Rechtsfolge von § 478 III iVm § 476 ist grundsätzlich, dass das Bestehen des Sachmangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf den Letztverkäufer vermutet wird, wenn er sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang auf den Verbraucher zeigt¹²¹⁷. Rechtsmängel sind nach dem Wortlaut des § 476 nicht erfasst¹²¹⁸. Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf den Letztverkäufer liegt nach § 446 S. 1 meistens in der Lieferung der Sache, kann sich aber gemäß § 446 S. 3 auch nach dem Eintritt des Annahmeverzuges¹²¹⁹ oder beim Versandkauf gemäß § 447 I nach der Auslieferung auf den Transporteur bestimmen.

Die Beweislastumkehr des § 476 und deren Ausdehnung durch § 478 III sind neu für das deutsche Recht. Es ist wie bereits bei der Erörterung der „Beweisfälle“ angedeutet¹²²⁰, aber fraglich, ob der jeweilige Käufer bei seinem Regress dadurch tatsächlich erheblich unterstützt wird. Denn nur soweit nicht schon eine nach altem Recht vorzunehmende objektive Beurteilung bzw. eine tatsächliche Vermutung die Mangelexistenz bei Gefahrübergang ergab, stellt § 478 III iVm § 476 eine zusätzliche Regresshilfe dar.¹²²¹ Außerdem existierte eine Beweislastumkehr etwa schon bei den bisherigen §§ 282, 285 oder bei Undurchschaubarkeit eines fremden Produktionsprozesses bzw. einer fremden Betriebsorganisation¹²²². Angesichts des § 433 I 2 und der darin verbürgten Verkäuferpflicht zur mangelfreien Lieferung kann man überdies selbst ohne § 476 bzw. § 478 III an eine Beweislastverschiebung denken¹²²³.

Häufig lag auch eine unselbständige Herstellergarantie vor, aus der man zugunsten des Letztverkäufers ebenfalls eine Beweislastumkehr folgern konnte¹²²⁴. Da die §§ 476, 478 III keine Beweiserleichterungen iSd § 443 II sind, wonach das Vorliegen eines Garantiefalles vermutet wird¹²²⁵, könnte man die Bedeutung von § 476 bzw. § 478 III sogar darauf beschränkt sehen, dass nur eine gesetzliche Fixierung der bisherigen Rechtsprechung und Praxis vorgenommen wurde. Diese wäre zudem noch durch die Ausnahmemöglichkeit nach § 476 Hs. 2 iVm § 478 III geschmälert.

§ 476 bzw. § 478 III stellen jedoch zumindest zeitliche „Rückwirkungsvermutungen“ dar¹²²⁶. Insofern könnten sich § 476 bzw. § 478 III immerhin als „faktische Haltbarkeitsgarantie“ für die Dauer der Sechsmonatsfrist erweisen¹²²⁷, die es dem Letztverkäufer erspart, sich auf einen Anscheinsbeweis oder eine Garantie verlassen zu müssen.

Die von § 478 I und II geforderte Seitengleichheit des Mangels wird durch § 478 III also

¹²¹⁷ Dazu sogleich unter E.III.1.a.

¹²¹⁸ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 476 Rn. 7.

¹²¹⁹ BT-Drucksache 14/6040, 245; näher zur Sechsmonatsfrist des § 476 bei E.III.1.a.

¹²²⁰ E.I.

¹²²¹ Westermann, NJW 2002, 241, 251 und dort speziell Fn. 89; vgl. auch Canaris, Schuldrechtsreform 2002, XXX.

¹²²² Kirchner/Richter, 18.

¹²²³ So andeutungsweise Palandt/Putzo, § 478 Rn. 5.

¹²²⁴ Kirchner/Richter, 13; vgl. ferner Reinking, DAR 2001, 8, 15.

¹²²⁵ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 476 Rn. 4; Reinking, DAR 2002, 15, 23.

¹²²⁶ Reinking, DAR 2002, 15, 23.

¹²²⁷ Matthes, NJW 2002, 2505, 2507.

jedenfalls für jedermann transparent - da gesetzlich - und weitgehend lückenlos vermutet. Umgekehrt formuliert, wird damit eindeutig festgelegt, dass grundsätzlich der Lieferant die Mangelentstehung beim Letztverkäufer oder Verbraucher beweisen muss.¹²²⁸ Dies führt zumindest zu einer „sanften“ Obliegenheit des Lieferanten zur Warenausgangskontrolle, wenn er sich einen Entlastungsbeweis offen halten will¹²²⁹. Unter Umständen wird er dabei nur dann auf der sicheren Seite sein, wenn er sich von neutraler und sachkundiger Stelle die Mangelfreiheit der Sache bei Gefahrübergang bestätigen lässt¹²³⁰. Ein eigenes Untersuchungsprotokoll, aus dem eine Prüfung auf gerade diesen Mangel nicht folgt und das eine Untersuchung mehr als einen Monat vor Gefahrübergang festhält, wird jedenfalls gemäß der ersten Rechtsprechung nicht ausreichen¹²³¹.

Insofern wundert es auch nicht, dass der Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI) in der durch § 478 III erfolgten Ausdehnung des § 476 auf den Verkäuferrückgriff keine bloße Festschreibung der bisherigen Rechtsgrundsätze, sondern eine zu weitreichende Unterstützung des Letztverkäufers sieht¹²³².

b) Unvereinbarkeit der Beweislastumkehr mit der Art der Sache oder des Mangels

Die Beweislastumkehr nach § 478 III iVm § 476 kennt Ausnahmen. Nach § 476 letzter Hs. (Art. 5 III Hs. 2 RL) greift die Vermutung des § 476 nicht, wenn dies mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. Dadurch sollen unzumutbare Belastungen des jeweiligen Verkäufers vermieden werden.¹²³³ Die Formulierung dieser Ausnahme ist recht „schwammig“¹²³⁴. Während es sich nach einer Ansicht bei den Ausnahmen des § 476 um objektive Tatbestände handelt, die vom Käufer widerlegt werden müssen¹²³⁵, trägt dafür nach anderer Auffassung stets der Verkäufer die Darlegungs- und Beweislast¹²³⁶.

Für letztere Ansicht spricht neben der amtlichen Überschrift „Beweislastumkehr“ des § 476 auch die Formulierung „es sei denn“, die für Ausnahmen von gesetzlichen Vermutungen typisch ist. Zu diesem Ergebnis kommt jedenfalls im Rahmen des § 478 III selbst die Meinung, die in den Ausnahmen des § 476 eigentlich objektive Tatbestände sieht.

Festzuhalten bleibt, dass der Lieferant gegenüber dem Letztverkäufer somit jedenfalls bei § 478 III die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der genannten Ausnahmen trägt.¹²³⁷

¹²²⁸ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 13. Allerdings geht die Beweislastumkehr auch dann nicht soweit, dass durch den Lieferanten zusätzlich die Art und Weise der Mangelentstehung bewiesen werden müsste; Palandt/Putzo, § 476 Rn. 8.

¹²²⁹ Kainer, AnwBl 2001, 380, 385; Welser/Jud, 14. ÖJT, 77.

¹²³⁰ Reinking, DAR 2002, 15, 23.

¹²³¹ AG Potsdam, ZGS 2003, 120; Mankowski, zu AG Potsdam EWIR § 476 BGB 1/03, 465 f.

¹²³² Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 3.

¹²³³ Kirchner/Richter, 18.

¹²³⁴ Dazu auch Augenhöfer, JBl 2001, 82, 87.

¹²³⁵ Etwa dahingehend, dass bei Verschleißteilen tatsächlich ein Sachmangel vorliegt; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 476 Rn. 5, 9.

¹²³⁶ Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 857; Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 476 Rn. 13.

¹²³⁷ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 16; vgl. auch Lehr/Wendel, EWS 1999, 321, 324.

§ 476 bzw. Art. 5 III RL beantworten aber nicht, wann die Exzeptionen genau greifen sollen¹²³⁸.

Von der Ausnahme nach der „Art der Sache“ (§ 476 Hs. 2 Var. 1) dürften jedoch etwa Waren erfasst sein, die schnell verderben¹²³⁹. Die Beweislastumkehr muss generell auch bei den nach § 90 a juristisch als Sachen zu behandelnden Tieren zweifelhaft sein¹²⁴⁰. Neben der Frage, ob diese als „neu hergestellt“ oder gebraucht anzusehen sind, ist auch die Inkubationszeit bei Krankheiten häufig unklar. Dadurch wird regelmäßig nicht feststellbar sein, ob die Erkrankung schon bei Gefahrübergang vorhanden war oder nicht.¹²⁴¹

§ 476 Hs. 2 Var. 1 soll nach dem Willen des Gesetzgebers indes vor allem gebrauchte Sachen betreffen, die jeweils einer unterschiedlich starken Abnutzung unterliegen und sich daher einer allgemeinen Mangelvermutung häufig entziehen¹²⁴². Für den Verkäuferrückgriff wäre dies, bliebe es dabei, ein wertvoller Ausgleich dafür, dass dem Letztverkäufer gerade für gebrauchte Sachen die Beweislastumkehr nach § 478 III iVm § 476 nicht zusteht¹²⁴³.

Da aber auf der anderen Seite für gebrauchte Sachen, insbesondere Kfz, zahlreiche, verlässliche Statistiken, Preislisten und Marktberichte¹²⁴⁴ existieren, wird man für die Ausnahme nach der Art der Sache wohl nicht allein das Vorliegen einer gebrauchten Sache, eines bestimmten Produkts oder einer bestimmten Warengruppe ausreichen lassen können¹²⁴⁵. Nach der ersten Rechtsprechung greift eine Ausnahme von § 476 auch bei Gebrauchtwagen zumindest dann nicht, wenn es sich nicht um eine einfache Verschleißerscheinung handelt¹²⁴⁶.

Für den Letztverkäuferregress wird damit die generell bei gebrauchten Sachen bestehende „Regressfalle“ auch im Rahmen der Beweislastumkehr des § 478 III iVm § 476 erhalten bleiben.

Nimmt man keine Ausnahme von der Beweislastumkehr aufgrund „der Art Sache“ an, greift möglicherweise die zweite Ausnahme des § 476 letzter Hs. iVm § 478 III. Danach kann die Vermutung des § 476 Hs. 1 „mit der Art des Mangels“ unvereinbar sein. Ist nicht schon nachgewiesen, dass der Mangel etwa auf einer fehlerhaften Lagerung beruht¹²⁴⁷, kommt es dabei darauf an, ob er typischerweise erst nach der Ablieferung der Sache entsteht.¹²⁴⁸ Dies wird man zumindest dann annehmen können, wenn eine

¹²³⁸ Welser/Jud, 14. ÖJT, 75; Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 857.

¹²³⁹ Staudenmayer, NJW 1999, 2393, 2396.

¹²⁴⁰ Dazu nur Westermann, NJW 2002, 241, 252.

¹²⁴¹ BT-Drucksache 14/6040, 245; Adolphsen, Agrarrecht 2001, 169, 172.

¹²⁴² BT-Drucksache 14/6040, 245; Welser/Jud, 14. ÖJT, 76; Westermann, NJW 2002, 241, 252; kritisch Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 342.

¹²⁴³ E.II.1.b zur tatbestandlichen Erfassung auch gebrauchter Sachen von § 476, nicht aber von § 478 III.

¹²⁴⁴ Reinking, DAR 2002, 15, 23.

¹²⁴⁵ Mankowski, zu AG Potsdam, ZGS 2003, 120; näher AG Potsdam EWiR § 476 BGB 1/03, 465 f.; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 476 Rn. 6; GewRÄG-E, 27; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 438.

¹²⁴⁶ AG Marsberg, ZGS 2003, 119.

¹²⁴⁷ Vgl. Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 16.

¹²⁴⁸ GewRÄG-E, 26; vgl. auch Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 476 Rn. 6;

überragend hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht. Diese Konstellation trifft beispielsweise auf äußerlich sehr auffällige Unfallschäden zu. Gleiches gilt, wenn der Käufer sofort erkennbare Mängel nicht sogleich beanstandet¹²⁴⁹ und erst recht, wenn der Mangel nach seiner Natur zwingend nach Gefahrübergang eingetreten sein muss¹²⁵⁰, etwa bei bestimmten technischen Fehlern¹²⁵¹.

Die Ausnahme nach der Art des Mangels kann auch bei offenbaren Gebrauchs- oder Verschleißerscheinungen¹²⁵², etwa bei Kratzern an der Oberfläche der Sache¹²⁵³ greifen, obgleich hier zuvor schon zweifelhaft ist, ob überhaupt ein Sachmangel oder vielmehr nur ein bestimmungswidriger Gebrauch vorliegt¹²⁵⁴. Die Beweislastumkehr kann ferner nicht bei offensichtlicher Fehlbehandlung oder bei von vornherein evident kurzer Lebensdauer des Produkts Anwendung finden. Ist die Verwendung der Sache allerdings bestimmungsgemäß, ist sorgfältig zu prüfen, ob die Ausnahme tatsächlich vorliegt¹²⁵⁵. Dies könnte bei Kraftfahrzeugen eventuell erst dann der Fall sein, wenn technische Gründe eindeutig die Existenz des Mangels bei Gefahrübergang ausschließen¹²⁵⁶.

Die Beweislastumkehr muss regelmäßig auch dann ausscheiden, wenn die fragliche Pflichtverletzung den Mangel nur indirekt betrifft. Dies kann dann der Fall sein, wenn nur ein zu erbringender Hinweis des Verkäufers unterbleibt, dass ein bekannter Mangel zu einem „Weiterfresserschaden“ führen kann. Unterlässt der Käufer eine vom Hersteller vorgegebene Wartung und kann dadurch ein Mangel entstehen, ist die Vermutung ebenfalls zu versagen.¹²⁵⁷

Darüber hinaus sind wohl zahlreiche Situationen konstruierbar, bei denen die Beweislastumkehr des § 476 S. 1 iVm § 478 III nicht greift. Gerade diese Vielzahl von denkbaren Konstellationen spricht aber auch gegen eine nähere gesetzliche Regelung.¹²⁵⁸

Andererseits darf die grundsätzlich gewährte Beweislastumkehr nicht durch eine allzu schnell gewährte Ausnahme iSd § 476 Hs. 2 iVm § 478 III entwertet werden¹²⁵⁹. Das alleinige Abstellen auf Wahrscheinlichkeitserwägungen reicht deshalb nicht aus¹²⁶⁰.

Speziell aus der Perspektive des Verkäuferrückgriffs wird das Vorliegen einer Ausnahme von der Beweislastumkehr entscheidend davon abhängen müssen, ob der Letztverkäufer lediglich die Funktion hat, die Ware an den Verbraucher „durchzureichen“ oder ob durch die von ihm vorgenommene Lagerung oder Behandlung der Ware (etwa durch eine Neuverpackung) typischerweise neue Risiken in bezug auf die Mangelfreiheit der Ware gesetzt werden.

Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 476 Rn. 15; in diese Richtung auch Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 440.

¹²⁴⁹ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 476 Rn. 15.

¹²⁵⁰ Kainer, AnwBl 2001, 380, 385.

¹²⁵¹ Staudenmayer, NJW 1999, 2393, 2396.

¹²⁵² Vgl. hierzu für Gebrauchswagen aber auch AG Marsberg, ZGS 2003, 119.

¹²⁵³ Haas, BB, 2001, 1313, 1319.

¹²⁵⁴ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 476 Rn. 7.

¹²⁵⁵ GewRÄG-E, 26 f.; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 476 Rn. 6.

¹²⁵⁶ Staudenmayer, NJW 1999, 2393, 2396.

¹²⁵⁷ Reinking, DAR 2002, 15, 23.

¹²⁵⁸ Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 264.

¹²⁵⁹ Jud, 14. ÖJT Bd. II/2, 19.

¹²⁶⁰ Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 440; ein liberaleres Verständnis hat hingegen Ehmman/Rust, JZ 1999, 853, 857.

2. Anpassungen des § 476 an den Verkäuferregress zur Vermeidung sowohl einer „Beweisfalle“ als auch einer unangemessenen Privilegierung

a) Fristbeginn mit Gefahrübergang auf den Verbraucher

Während § 478 III durch die Beschränkung auf „neu hergestellte Sachen“ einerseits enger als § 476 ist, geht die danach gewährte Beweislastumkehr auf der anderen Seite beim Fristbeginn für die Vermutung über § 476 hinaus¹²⁶¹. Dieser knüpft nach § 478 III nämlich an den Übergang der Gefahr auf den Verbraucher an, während bei einer 1:1-Übertragung des § 476 der Gefahrübergang auf den Letztverkäufer (wie nach dem österreichischen § 924 ABGB¹²⁶²) maßgeblich sein müsste. Wäre dieser Zeitpunkt entscheidend, wäre die sechsmonatige Beweislastumkehr jedoch oft schon abgelaufen, wenn der Verbraucher seine Rechte geltend macht. Dies wäre stets der Fall, wenn die Sache sechs Monate und mehr beim Letztverkäufer gelagert hätte. Aber selbst bei kürzerer Zwischenlagerung drohte zumindest in der Regel eine „Fristenfalle“.¹²⁶³ Diese könnte der Letztverkäufer oftmals durch eigene Vorkehrungen zudem gar nicht vermeiden.

Deutlich wird dies beispielsweise bei Ausstellware. Hier kann der Letztverkäufer kaum beeinflussen, wann der Verbraucher welche Ware kauft, zumal die Regale ständig „aufgefüllt“ werden müssen.

Ziel des § 478 III ist es daher, auch diese „Zwischenlagerungsfälle“ zu verhindern, indem dem Letztverkäufer ermöglicht wird, sich so lange auf die Beweiserleichterung zu berufen, wie dies dem Verbraucher ihm gegenüber möglich ist¹²⁶⁴. Der Gesetzgeber sah nur auf diese Weise dem Verantwortungsprinzip des Art. 4 RL genügend Rechnung getragen¹²⁶⁵. Durch den speziellen Fristbeginn des § 478 III werden jedoch auch andere Regressprobleme vermieden. Wäre der Gefahrübergang auf den Letztverkäufer maßgeblich, könnte nämlich zweifelhaft sein, ob sich der Mangel dann während des Verbleibs beim Letztverkäufer „zeigen“ müsste oder ob ein Auftreten beim Verbraucher ausreichte.¹²⁶⁶

Ferner wird dem Letztverkäufer durch den Fristbeginn des § 478 III in bezug auf die Beweislastumkehr auch die zeitliche „Regressfalle“ genommen, die ihm beim Versandkauf mit dem Verbraucher drohte. Hätte man beim Verkäuferrückgriff nämlich auf den allgemeinen Gefahrübergang abgestellt, wäre dort § 447 anzuwenden. Damit könnte für die Beweislastumkehr des Letztverkäufers die Vermutungsfrist schon mit der Übergabe an die Transportperson beginnen. Da die Anwendung des § 447 andererseits beim Verbrauchsgüterkauf durch § 474 II ausgeschlossen ist, ginge dadurch zusätzlich auch die Dauer des Transportes zum Verbraucher zu Lasten der

¹²⁶¹ Zur Problematik der gebrauchten Sachen vgl. C.IV.3; E.II.1.b und E.III.1.b.

¹²⁶² Näher Reischauer, JBl 2002, 137, 159 f. Fn. 177.

¹²⁶³ Bündenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 40; vgl. ferner BT-Drucksache 14/6040, 248; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 731.

¹²⁶⁴ Oetker/Maultzsch, 190; Dauner-Lieb, Das neue Schuldrecht: Fälle und Lösungen, 150.

¹²⁶⁵ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 249.

¹²⁶⁶ Reischauer, JBl 2002, 137, 159 f. Fn. 177, beispielsweise sieht hier keinen Grund für eine Differenzierung, verweist aber auch auf die Gegenauffassung von Welser/Jud, § 933 b Rz. 17.

Beweislastumkehr des Letztverkäufers.¹²⁶⁷ Die Bezugnahme des § 478 III auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf den Verbraucher vermeidet diese Schwierigkeiten, da die Beweislastumkehr des § 478 III damit insoweit zur gleichen Zeit wie die zugunsten des Verbrauchers beginnt.

Der spezielle Fristbeginn des § 478 III bringt dem Letztverkäufer also bedeutende Rückgriffsvorteile. Bei den Vormännern in der Lieferkette verursacht er auf der anderen Seite eine längere Zeit der Haftungsungewissheit. Die eigentliche Sechs-Monatsfrist des § 476 wird nämlich zugunsten des Letztverkäufers potentiell auf mehrere Jahre ausgedehnt wurde. Es werden somit gerade nicht nur kurze und notwendige Zwischenlagerungen des Letztverkäufers erfasst. Denn durch die Ablaufhemmung des § 479 II 1 und die diesbezügliche Obergrenze des § 479 II 2 kann die Beweislastumkehr auch für knapp fünfjährige Lagerungen Anwendung finden. Jedenfalls hier greift der Einwand, dass der Letztverkäufer die Verweilzeiten der Sache und damit das Beweisrisiko selbst beherrschen kann. Hinzu kommt, dass Mängel oftmals erst aufgrund von längeren Lager- oder Transportzeiten entstehen. Somit soll es nach einer Ansicht nicht angemessen sein, wenn diese, vom Letztverkäufer beeinflussbaren Gefahren¹²⁶⁸, an den Lieferanten weitergereicht werden können. Hier könnte das Verantwortungsprinzip insofern umgekehrt wieder eine Einschränkung des § 478 III nahe legen.

Es wurde folglich angedacht, die Beweislastumkehr nur dem Letztverkäufer zu gewähren, der innerhalb von sechs Monaten weiterverkauft¹²⁶⁹. Dies könnte vor allem deshalb gerechtfertigt sein, weil Haftungsfragen angesichts des § 478 IV nur sehr beschränkt geregelt werden können. Für den Lieferanten entsteht jedenfalls zunächst ein Rückstellungsbedarf, selbst wenn er diese Last gegebenenfalls über § 478 V an seinen Vormann weiterreichen kann.¹²⁷⁰

Sieht man es hingegen als Aufgabe der Regressregeln an, insbesondere auch das durch Zwischenlagerungen gegebene Zeitrisko zu überbrücken¹²⁷¹, ist die vorgeschlagene Einschränkung des § 478 III abzulehnen. Die in § 479 II geschaffene Ablaufhemmung zugunsten des Letztverkäufers will etwa gerade vermeiden, dass der Letztverkäufer dadurch in eine „Verjährungsfalle“ gerät, dass er die Sache nicht sofort an den Verbraucher weiterveräußert. Der Letztverkäufer soll also jedenfalls nicht jedes Lagerungsrisiko tragen müssen.

Bei einer Interessenabwägung ist zudem der unternehmerische Gestaltungsfreiraum des Letztverkäufers sowie seine Stellung als Eigentümer der Sache anzuerkennen. Danach steht es grundsätzlich im Belieben des Letztverkäufers, mit der Sache nach seinen Plänen zu verfahren und diese entsprechend zu lagern. Dies wird regelmäßig nicht zu längeren Lagerzeiten beim Letztverkäufer führen, da er an einer schnellen Gewinnrealisierung durch einen Verkauf interessiert ist. Sollte sich die Ware als „Ladenhüter“ erweisen, ist

¹²⁶⁷ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 15; vgl. auch Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 262.

¹²⁶⁸ DiskE, 212, 213; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1397, 1398.

¹²⁶⁹ Ablehnend Westermann, NJW 2002, 241, 252, mit Verweis in Fn. 99 auf die in diese Richtung zielende Wertung von Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1397 f.

¹²⁷⁰ Dazu Westermann, NJW 2002, 241, 252.

¹²⁷¹ So ausdrücklich BT-Drucksache 14/6857, 63, im Rahmen der Erörterungen zur Ablaufhemmung des § 479 II.

dies in der Regel auf eine Fehlkalkulation des Letztverkäufers oder auf die mangelnde Qualität oder Reputation des Produkts zurückzuführen. Der Letztverkäufer lässt die Sache kaum absichtlich in seinem Lager altern – in diesem Fall ist es sicherlich angemessen, die Beweislastumkehr entsprechend einzuschränken. Eine Fehlkalkulation ist jedoch eine typische Begleiterscheinung der auf den Vertrieb konzipierten Lieferkette, die der Lieferant selbst mitträgt. Sie kann somit auch beim Verkäuferregress nicht einseitig zu Lasten des Letztverkäufers gehen.

Dem Letztverkäufer bei längeren Lagerzeiten pauschal die Beweislastumkehr zu nehmen, widerspräche also nicht nur dem Wortlaut des § 478 III und dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers. Der Kritik an § 478 III kann ausreichend und differenzierter dadurch Rechnung getragen werden, dass man in den Fällen, in denen der Letztverkäufer vorwerfbar die Vermutungsfrist faktisch verlängert und dadurch die Gefahr der Mangelentstehung erhöht, eine Ausnahme iSd § 476 letzter Halbsatz iVm § 478 III annimmt. Allgemein greift dabei der Gedanke, dass umso eher eine Ausnahme zu bejahen ist, als die eigentliche Sechsmonatsfrist des § 476 im Rahmen des § 478 III überschritten wird. Mit dieser Verfahrensweise kann auch ein Annahmeverzug des Letztverkäufers hinreichend berücksichtigt werden, wenn durch diesen ein erhöhtes Risiko für die Mangelentstehung gesetzt wurde.

Die eigentliche Berechnung der nach § 478 III angepassten Sechsmonatsfrist erfolgt wie bei § 476 nach §§ 187 I, 188 II, 193 – nur gerade in bezug auf den Tag des Gefahrübergangs speziell auf den Verbraucher¹²⁷². Von Bedeutung ist diesbezüglich, dass § 476 bzw. Art. 5 III RL nur verlangen, dass sich der Mangel innerhalb der danach errechneten Frist „zeigt“, also optisch wahrnehmbar bzw. erkennbar wird. Dieses Erfordernis wird der jeweilige Käufer durch Vorlage der Sache zwar innerhalb der Frist problemlos einhalten.¹²⁷³ Nach Sinn und Zweck des Art. 5 III RL soll aber auch eine nach Ablauf von sechs Monaten erfolgte Mängelanzeige die Beweislastumkehr auslösen, wenn der Käufer die Offenbarung des Mangels innerhalb der Sechsmonatsfrist nachweist. Eine Geltendmachung wird in dieser Zeit demzufolge mithin nicht erfordert, so dass der jeweilige Verkäufer die Beweislastumkehr grundsätzlich so lange gegen sich gelten lassen müsste, bis die Verjährung eingetreten ist.¹²⁷⁴ Diese Erwägungen gelten im Ergebnis jedoch nur für den eigentlichen Verbrauchsgüterkauf. Denn nach § 478 VI bleibt jedenfalls § 377 II HGB unberührt, wonach der Letztverkäufer den Mangel unverzüglich nach Entdeckung rügen muss. Einen Verstoß gegen das beim Regress geltende Effektivitätsprinzip wird man darin nicht sehen können. Art. 5 III RL gilt unter Unternehmern nämlich gemäß Art. 7 III RL zumindest nicht unmittelbar. Im übrigen ist es dem Letztverkäufer zuzumuten, bei seinem Rückgriff auch angemessen das Interesse des Regressschuldners zu berücksichtigen.

b) Vermutung hinsichtlich der Identität des Mangels

Wie bereits erwähnt¹²⁷⁵, wird nach § 478 III nicht nur im Verhältnis des Letztverkäufers

¹²⁷² Palandt/Putzo, § 476 Rn. 6.

¹²⁷³ Palandt/Putzo, § 476 Rn. 7. Es reicht aber nicht, dass der Mangel sich erst danach zeigt, obwohl er schon verborgen vorhanden war; Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 476 Rn. 11, 12.

¹²⁷⁴ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 476 Rn. 12

¹²⁷⁵ E.III.1.a.

zum Lieferanten die Existenz des Mangels zur Zeit des Gefahrübergangs auf den Letztverkäufer vermutet¹²⁷⁶, sondern auch, dass der im Verbrauchsgüterkauf geltend gemachte Sachmangel mit diesem Mangel identisch ist¹²⁷⁷. Denn § 478 III bewirkt, dass der gesamte Zeitraum nach dem Gefahrübergang auf den Letztverkäufer von der Beweislastumkehr erfasst ist. Der Lieferant trägt also prinzipiell die Beweislast für die Entstehung des Mangels während des Verbleibs der Sache beim Letztverkäufer und beim Verbraucher.

Die darin liegende „doppelte“ Beweislastumkehr könnte unangemessen sein¹²⁷⁸. Man beraubte § 478 III jedoch seines Sinns, ließe man den Letztverkäufer deshalb zum Ausgleich etwa die Beweislast dafür tragen, dass der Mangel nicht nach Gefahrübergang auf den Verbraucher entstanden ist. Denn damit lebte die durch § 476 begründete „Beweisfalle“ des Letztverkäufers gerade wieder auf¹²⁷⁹.

Die weitreichende Vermutung des § 478 III wird außerdem durch zwei Einschränkungen abgeschwächt. Zum einen greift § 478 III nur bei „neu hergestellten Sachen“¹²⁸⁰. Die Mangelhaftigkeit kann also nicht durch einen Gebrauch des Letztverkäufers entstanden sein¹²⁸¹, was etwaige Verursachungsmöglichkeiten beim Letztverkäufer deutlich begrenzt. Zudem dürfte in diesen Fällen dann die Wahrscheinlichkeit deutlich überwiegen, dass der Mangel innerhalb der Sechsmonatsfrist ab Gefahrübergang auf den Verbraucher regelmäßig auch schon bei Gefahrübergang auf den Letztverkäufer bestanden hat¹²⁸². Sollten diese Erwägungen im Einzelfall nicht zutreffen, können zum anderen immer noch die Ausnahmen des § 476 Hs. 2 iVm § 478 III greifen¹²⁸³. Diese richten sich nach dem Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten¹²⁸⁴. Hier können nicht nur die Fälle berücksichtigt werden, in denen der Letztverkäufer typischerweise die Gefahr für eine Mangelerstehung erhöht hat. Vielmehr könnte auch allgemein, bei der von § 478 III geforderten entsprechenden Anwendung des § 476, großzügiger verfahren werden als im Rahmen des eigentlichen § 476 Hs. 2.

Außerdem ist zu bedenken, dass sich der Lieferant z.B. auf das Vorliegen einer Verschleißerscheinung¹²⁸⁵, und damit auf die Unvereinbarkeit der Beweislastumkehr mit der Art des Mangels, auch dann berufen kann, wenn der Letztverkäufer selbst die Sache nicht benutzt hat¹²⁸⁶. Denn der Lieferant muss nach § 478 III „nur“ darlegen, dass der Mangel irgendwann und irgendwo nach Gefahrübergang auf den Letztverkäufer

¹²⁷⁶ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1397; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 16.

¹²⁷⁷ So implizit BT-Drucksache 14/6040, 248; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 16; W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 255.

¹²⁷⁸ In diese Richtung Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 278.

¹²⁷⁹ Vgl. zu dieser E.I.

¹²⁸⁰ E.II.1.b.

¹²⁸¹ BT-Drucksache 14/6040, 245; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 960; Jud, ZfRV 2001, 201, 208.

¹²⁸² So Jud, ZfRV 2001, 201, 208. Es könnte also bei einer nachträglichen Ausdehnung des Regresses nach §§ 478, 479 auf gebrauchte Sachen insoweit eine Anpassung des § 478 III zu erfolgen haben.

¹²⁸³ E.III.1.b.

¹²⁸⁴ Palandt/Putzo, § 478 Rn. 12.

¹²⁸⁵ Vgl. hierzu aber auch für Gebrauchtwagen AG Marsberg, ZGS 2003, 119.

¹²⁸⁶ Hat er sie hingegen benutzt und anschließend weiterverkauft, hat er keine „neu hergestellte Sache“ verkauft. Damit ist § 478 III ohnehin nicht anwendbar.

entstanden ist. Es muss also weder die Mangelentstehung speziell beim Letztverkäufer noch beim Verbraucher nachgewiesen werden.

Die durch § 478 III bewirkte „doppelte Beweislastumkehr“ für die Existenz des Mangels bei Gefahrübergang auf den Letztverkäufer und für die Seitengleichheit ist folglich sachgerecht.

Im Zusammenhang mit der Vermutung des § 478 III für die Seitengleichheit ist die weitere Frage aufzuwerfen, ob durch § 478 III auch eine Vermutung dahingehend besteht, dass in den verschiedenen Vertragsverhältnissen die gleichen Maßstäbe für die Vertragsmäßigkeit gelten. Unterschiede können hier nämlich etwa bei verschiedenen Beschaffensvereinbarungen auftauchen¹²⁸⁷. Die Antwort folgt nicht nur für diese, sondern allgemein daraus, dass für die Anwendung des § 478 III, außer dem Zeitpunkt der Mangelentstehung, die übrigen Voraussetzungen des § 478 I und II bereits vorliegen müssen. Danach muss im Vorfeld der Beweislastumkehr festzustehen, ob der Mangel im Verbrauchsgüterkauf überhaupt einen Mangel gegenüber dem Lieferanten darstellen kann¹²⁸⁸. Ansonsten greift die Vermutung des § 478 III erst gar nicht¹²⁸⁹.

Schon dieser Gesichtspunkt spricht gegen den umgekehrten Vorschlag, die Beweislastumkehr des § 478 III so weit zu verstehen, dass der Lieferant sich generell nicht mehr auf ein Handeln des Letztverkäufers aus Kulanz berufen kann¹²⁹⁰. Hinzu kommt, dass dies einerseits keine Frage des Zeitpunkts der Mangelentstehung ist und es auch ausreichend ist, den Lieferanten hier auf die Ausnahmen des § 476 Hs. 2 iVm § 478 III zu verweisen. Andererseits belastet dieses Vorgehen den Letztverkäufer nicht unangemessen, da der Lieferant für die Ausnahmen die Beweislast trägt¹²⁹¹. Kann der Lieferant ein Handeln des Letztverkäufers aus Kulanz nachweisen, ist es nach dem Verantwortungsprinzip des Art. 4 RL angemessen, wenn der Letztverkäufer dafür einzustehen hat.¹²⁹²

Abschließend ist noch der Sonderfall des Endprodukteherstellerrückgriffs zu behandeln. Hier ist hervorzuheben, dass die Beweislastumkehr des § 478 III iVm § 476, selbst wenn der Zulieferer tauglicher Lieferant iSd § 478 I ist¹²⁹³, nicht zu einer Privilegierung des Endprodukteherstellers führt¹²⁹⁴. Denn zum einen gilt die Beweislastumkehr nur in bezug auf das Teilprodukt¹²⁹⁵. Zum anderen wird man gegebenenfalls adäquat von den Ausnahmemöglichkeiten des § 478 III iVm § 476 Hs. 2 Gebrauch machen können.

3. Maßstäbe außerhalb des § 478 III

Greift die Beweislastumkehr nach § 478 III iVm § 476 nicht, weil entweder die Voraussetzungen grundsätzlich nicht gegeben sind oder die Vermutung widerlegt wurde, gelten die allgemeinen Beweisregeln. Diesbezüglich könnte man zwar wegen der auf die Mangelfreiheit und nicht mehr auf die Mangelhaftigkeit abstellenden Definition des § 434

¹²⁸⁷ BT-Drucksache 14/6040, 248; dazu schon E.II.1.c.

¹²⁸⁸ Vgl. E.II.1.

¹²⁸⁹ Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 8; dazu schon E.II.1.c.

¹²⁹⁰ So aber W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 255.

¹²⁹¹ E.III.1.b.

¹²⁹² Schubel, ZIP 2002, 2061, 2063 f.

¹²⁹³ C.IV.2.d.aa.bbb.

¹²⁹⁴ Vgl. aber Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2566 Fn. 48.

¹²⁹⁵ So selbst Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2566 Fn. 48.

erwägen, dass der Lieferant nun die Mangelfreiheit beweisen müsste. Da aus der Mangelhaftigkeit der Sache aber alle Rechte gegen den jeweiligen Verkäufer folgen, ist dies abzulehnen.¹²⁹⁶ Es bleibt also bei der Maßgeblichkeit der Beweislastverteilung des § 363 für den allgemeinen Kauf¹²⁹⁷, die das jeweilige Vertragsverhältnis zum Ausgangspunkt der Betrachtung nimmt¹²⁹⁸.

Bei einem Rechtsstreit des Letztverkäufers mit dem Verbraucher über das Vorliegen einer Ausnahme nach § 476 Hs. 2 ist dem Letztverkäufer anzuraten, dem Lieferanten nach den §§ 74, 68 ZPO den Streit zu verkünden. Denn dann kann er sich wegen der dadurch ermöglichten Rechtskrafterstreckung auf das Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten diesem gegenüber regelmäßig auf eine etwaige Ablehnung der Ausnahmen nach § 478 III iVm § 476 Hs. 2 berufen. Wird umgekehrt eine Ausnahme des § 476 Hs. 2 im Verhältnis des Letztverkäufers zum Verbraucher bejaht, findet eine Rechtskrafterstattung nicht statt, da es sich um einen für den Letztverkäufer nachteiligen Umstand handelt.¹²⁹⁹

Schließlich ist zu erwähnen, dass im Rechtsstreit des Letztverkäufers mit dem Lieferanten auch die richterliche Beweiswürdigung zur angemessenen Berücksichtigung der Rückgriffserwägungen führen kann.

IV. Anwendbarkeit des § 478 III auf parallel laufende Rechte

Es sind Fälle denkbar, in denen neben § 478 I oder II parallel laufenden Ansprüche bestehen, die aus der Vertragswidrigkeit der Sache herrühren. Der Gesetzgeber selbst nennt die Möglichkeit, dass neben dem verschuldensunabhängigen § 478 II ein verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch greifen kann¹³⁰⁰. Zu prüfen ist deshalb, ob § 478 III auch für diese Rechte gilt. Der Wortlaut des § 478 III sieht eine Anwendung nur in „den Fällen der Absätze 1 und 2“ des § 478 vor, und sowohl § 476 als auch § 478 III sind spezielle Ausnahmen anlässlich eines Verbrauchsgüterkaufs. Entscheidend dürfte aber sein, dass die aus einer Mangelhaftigkeit herrührenden Ansprüche grundsätzlich nicht unterschiedlich behandelt werden sollten.¹³⁰¹ Die „Weiterfresserproblematik“ im Rahmen der Abgrenzung zu den §§ 823 ff. kann hier keine Rolle spielen. Denn diese Ansprüche dürfen nicht schlechter behandelt werden als die aus der Gewährleistungshaftung.

¹²⁹⁶ Westermann, NJW 2002, 241, 250.

¹²⁹⁷ BT-Drucksache 14/6040, 217, mit Verweis auf BGH, NJW, 1985, 2328, 2329.

¹²⁹⁸ Hk-BGB/Saenger §§ 478, 479 Rn. 6.

¹²⁹⁹ Vgl. Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 17.

¹³⁰⁰ BT-Drucksache 14/6040, 248.

¹³⁰¹ Ausführlich zu dem Ganzen Hassemer, JURA 2002, 841, 847 f.; ohne nähere Begründung ablehnend Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 8.

F. Verjährung gemäß §§ 438, 479

I. Fristengleichlauf als Antwort auf die Reformbedürftigkeit des Verjährungsrechts

1. Primäre „Verjährungsfälle“

Auch im Rahmen der Verjährung waren spezielle Anpassungen beim Verkäuferrückgriff erforderlich, um den Letztverkäufer vor einer möglichen „Regressfalle“ durch die Einrede der Verjährung nach § 214 zu bewahren¹³⁰². Dies folgt daraus, dass dem Verbraucher nach Art. 5 I RL zwingend eine zweijährige Gewährleistungsfrist einzuräumen war. Diese Frist ist viermal so lange wie die des bisherigen § 477. Eine „Verjährungsfalle“ drohte dem Letztverkäufer nun dadurch, dass ihm gegenüber die Verjährungsfrist des Art. 5 I RL gemäß Art. 7 III RL grundsätzlich nicht zu verlängern war. Denkbar wäre es daher gewesen, die Verjährungsfrist nur im Bereich der Verbraucheransprüche auf zwei Jahre auszudehnen, es für die Letztverkäuferansprüche aber bei der Frist des bisherigen § 477 zu belassen. Während dem Verbraucher also regelmäßig eine zweijährige Verjährungsfrist zustünde, hätte der Letztverkäufer dann unabhängig von Zwischenlagerungen nur ein Viertel der Zeit zur Durchsetzung seiner Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten. Demzufolge hätte der Letztverkäufer nun endgültig den Großteil des Haftungsrisikos zu tragen¹³⁰³. Die eineinhalbjährige bzw. bei § 438 I Nr. 2 lit. b sogar viereinhalbjährige Fristendifferenz ginge bei einer Beibehaltung des bisherigen § 477 I zu Lasten des Letztverkäufers, auch wenn der Mangel ausschließlich von einem anderen Glied der Kette stammt.¹³⁰⁴

Wegen der gegenüber dem Verbraucher nach § 475 II nur bedingt möglichen vertraglichen Verjährungsverkürzung einerseits und der gegenüber dem Lieferanten nur schwer durchsetzbaren Verjährungsverlängerung andererseits, könnte der Letztverkäufer sich dieser Belastungen auch nur geringfügig entledigen¹³⁰⁵.

¹³⁰² Dazu nur Reich, NJW 1999, 2397, 2403; Gsell, JZ 2001, 65, 73; Brüggemeier, JZ 2001, 529, 534; Hk-BGB/Saenger §§ 478, 479 Rn. 12; Westermann, in: Grundmann/Medicus, Rolland (Hrsg.), 251, 276; derselbe, NJW 2002, 241, 252.

¹³⁰³ Hübner, EuZW 1999, 481; Schäfer/Pfeiffer, ZIP 1999, 1829, 1837.

¹³⁰⁴ BT-Drucksache 14/6040, 95. Dies wurde auch von dem im BMJ für die Rückgriffsregelung zuständigen Bearbeiter Schmidt-Räntsch schon 1998 und der Schuldrechtskommission erkannt. Daher wurde eine notwendige Verlängerung der Verjährungsfrist gegenüber dem Hersteller gefordert; Schmidt-Räntsch, ZIP 1998, 849, 850; vgl. ferner BT-Drucksache 14/6040, 228, unter Verweis auf BGHZ 77, 215, 221 f. allgemein zur Notwendigkeit einer ausreichenden Frist; anders zu den wirtschaftlichen Folgen hingegen Volker Beck (Bündnis 90/Die Grünen), Plenarprotokoll 14/171, 10, mit Hinweis auf eine in der Gesetzesbegründung bei BT-Drucksache 14/6040, 228, zitierte Studie (Wilhelm Consulting, Study on the possible economic impact of the proposal for a directive on the sale of consumer goods and associated guaranties, Regensburg, 1998, 26, 61, 62). Danach treten Mängel regelmäßig ohnehin innerhalb der bisherigen Sechsmonatsfrist des § 477 aF auf; so auch Markart, 14. ÖJT. Bd. II/2, 51, der gerade deswegen keinen Bedarf für eine Fristverlängerung auch unter Unternehmern sah; Voith, 14. ÖJT Bd. II/2, 91, empfindet diese Fristverlängerung jedenfalls deshalb als weniger gravierend, da sie häufig durch Garantien (etwa in der Maschinen- und Automobilindustrie) eingeführt wurden.

¹³⁰⁵ Vgl. nur Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 13 f., der die Gefahr einer „Verjährungsfalle“ auch dann für gegeben hält, wenn der Endabnehmer Unternehmer ist. Hier zeigt sich also erneut die Zweckmäßigkeit, grundsätzlich die Regelungen der RL so weit als möglich in das allgemeine Kaufrecht zu übernehmen.

2. Erfordernis und Umsetzung des Fristengleichlaufs

Hätte man die Gewährleistungsfrist also nur zugunsten des Verbrauchers verlängert, scheiterte der Letztverkäufer jetzt regelmäßig mit seinen Gewährleistungsansprüchen gegen den Lieferanten an der Verjährungsfrist¹³⁰⁶, obwohl er nur die mangelhafte Sache an den eigentlich Verantwortlichen durchreichen möchte.

Damit träfe den Letztverkäufer typischerweise und entgegen dem Verantwortungsprinzip des Art. 4 RL die wirtschaftliche Last aus einer Gewährleistungshaftung, die er nicht zu vertreten hat.

Um dem Verantwortungsgrundsatz zu genügen, war folglich grundsätzlich eine Gleichschaltung der Verjährungsfristen in den Vertragsbeziehungen der Lieferkette notwendig. Da die Kaufsache bei dieser in der Regel für den Verbraucher bestimmt ist, spricht für diese Forderung auch eine „quasivertragliche Beziehung“ zwischen dem tatsächlichen Verantwortlichen und dem Verbraucher¹³⁰⁷.

Erkennt man dieses Gleichschaltungserfordernis grundsätzlich an¹³⁰⁸, ist damit aber eine entsprechende gesetzliche Regelung möglicherweise noch nicht zwingend. Nach der Auffassung, wonach dem Letztverkäufer nur irgendeine Regressmöglichkeit zu gewähren war, hätte im Rahmen des Verkäuferregresses sogar die Beibehaltung des § 477 aF genügt, selbst wenn danach ein Rückgriff eventuell ganz ausgeschlossen wäre¹³⁰⁹. Der BDI empfahl aus dem letztgenannten Gesichtspunkt, die zweijährige Frist allein auf den Verbrauchsgüterkauf zu beschränken. Nur so sah er auch die RL, die keine Fristen für den kaufmännischen Bereich festgelegt, richtig umgesetzt.¹³¹⁰

Zur Vermeidung der „Verjährungsfalle“ geriet der nationale Gesetzgeber angesichts des Art. 4 RL jedoch zumindest in einen wirtschaftlichen und rechtspolitisch faktischen Zwang, die Verjährungsfrist wenigstens im Rahmen des Verkäuferregresses beim Verbrauchsgüterkauf gesetzlich ebenfalls auf zwei Jahre auszudehnen¹³¹¹.

Überwiegend betrachtete man dies sogar als zwingend, da dem Letztverkäufer durch Art. 4 RL gerade ein effektiver Rückgriff gewährleistet werden sollte¹³¹².

¹³⁰⁶ Für den eigenen Regressanspruch des § 478 II griffe mangels besonderer Regelung indes sogar die Regelverjährung von drei Jahren.

¹³⁰⁷ In diesem Sinne Schurr, ZfRV 1999, 222, 227 und dort speziell Fn. 94.

¹³⁰⁸ Schäfer/Pfeiffer, ZIP 1999, 1829, 1834 f., 1837; Reich, NJW 1999, 2397, 2403; Rieger, VuR 1999, 287, 291; Schmidt-Räntsch, ZEuP 1999, 294, 299; Lehmann, JZ 2000, 280, 290; vgl. auch Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 862.

¹³⁰⁹ So etwa Staudenmayer, NJW 1999, 2393, 2396; vgl. ferner Schmidt-Räntsch, ZIP 1998, 849, 850; DiskE, 211; vgl. aber auch DiskE, 212.

¹³¹⁰ Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 6.

¹³¹¹ Schmidt-Räntsch, ZIP 1998, 849, 850; Lehmann, JZ 2000, 280, 289; W.-H. Roth, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 113, 120.

¹³¹² Medicus, ZIP 1996, 1925, 1928 f., mit Hinweis auf das Formblatt der Kommission zu den Auswirkungen der vorgeschlagenen Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und –garantien, KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 27; so ebenfalls im Rahmen des Art. 3 V des Richtlinienvorschlages von 1996 auch Kircher, ZIP 1997, 290, 294; ebenso Reich, NJW 1999, 2397, 2400, 2403; vgl. zudem Lehmann, JZ 2000, 280, 289, 290; Jud, ÖJZ 2000, 661, 667 und dort speziell Fn. 36; Magnus, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 79, 90 f.; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1422 und dort speziell Fn. 99; dieselben, ZIP 2001, 1389, 1393; W.-H. Roth in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 113, 120 f.; Flessner, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 233, 247; Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 281, 311.

Dazu reichte es nicht, den Letztverkäufer auf möglicherweise nur schwer durchsetzbare Verjährungsverlängerungen zu verweisen¹³¹³. Denn schon den mittelständischen Endverkäufern wäre dies regelmäßig nicht gelungen¹³¹⁴.

Zugunsten eines gesetzlichen Fristengleichlaufs ist auch anzuführen, dass Art. 4 S. 1 RL für den Regress als einzige Voraussetzung an eine bestehende Haftung des Letztverkäufers anknüpft¹³¹⁵.

Die Notwendigkeit einer solchen Fristenverlängerung wird zudem dadurch deutlich, dass § 477 aF regelmäßig auch auf andere Ansprüche analoge Anwendung fand - beim Ersatz von Mangelfolgeschäden etwa auf solche aus positiver Forderungsverletzung¹³¹⁶.

Aus Sicht des Lieferanten ist ferner zum einen zu bedenken, dass es sich bei der Frist des Art. 5 I RL um eine im internationalen Vergleich moderate Regelung handelt¹³¹⁷. Zum anderen kann auch bei einer Fristverlängerung an den lieferantenfreundlichen Rügeobliegenheiten festgehalten werden¹³¹⁸.

Schließlich spricht eine rein nationale Betrachtung für einen Fristengleichlauf beim Verkäuferrückgriff. Zwar besteht innerhalb der Lieferkette grundsätzlich keine Gesamtschuldnerschaft, die eine Behandlung nach dem Rückgriffsmodell des § 426 nahe legen könnte.¹³¹⁹

Gleichwohl wäre im Rahmen der Verbrauchsgüterkaufhaftung selbst danach zumindest ein zweijähriger Regress möglich, weil sich einerseits die Legalzession iSd § 426 II gerade an den Ausgangsanspruch, übertragen auf § 478 also an den Anspruch des Verbrauchers, anlehnt. Zum anderen verjährt der selbständige Rückgriffsanspruch des § 426 I sogar erst nach drei Jahren.

Insgesamt war somit prinzipiell ein gesetzlicher Fristengleichlauf für die Ansprüche des Letztverkäufers mit denen des Verbrauchers zu schaffen¹³²⁰, wenn man sich zur Vermeidung einer „Verjährungsfalle“ nicht allein auf eine nachgeschaltete Frist iSd § 439 III HGB, Art. 39 IV CMR oder eine Ablaufhemmung iSd § 933 b ABGB, § 479 II verlassen wollte¹³²¹. Selbst diese isolierten Lösungen hätten aber letztlich ebenso zu einer faktischen Verjährungsverlängerung geführt¹³²².

In Deutschland entschied man sich für den grundsätzlichen gesetzlichen Gleichlauf der Verjährungsfristen des Letztverkäufers mit denen des Verbrauchers.

¹³¹³ Vgl. dazu auch Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 13 f.

¹³¹⁴ Schäfer/Pfeiffer, ZIP 1999, 1829, 1836, 1837.

¹³¹⁵ Kainer, AnwBl 2001, 380, 387 und dort insbesondere Fn. 115.

¹³¹⁶ Vgl. Lehmann, JZ 2000, 280, 290. So auch die grundsätzliche Wertung von Ehmann/Rust, JZ 1999, 853; Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 276 und dort speziell Fn. 115.

¹³¹⁷ Magnus, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 79, 90 f.

¹³¹⁸ Vgl. Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 434 f.

¹³¹⁹ Medicus, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 33, 36.

¹³²⁰ Medicus, ZIP 1996, 1925, 1928 f., 1930; Reich, NJW 1999, 2397, 2400, 2403; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1423; Kirchner/Richter, 27.

¹³²¹ Bydliński, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 381, 397; dazu auch Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 212 Fn. 10.

¹³²² Kritisch Schlechtriem, ZSchwR, Band 118, 1999, I. Halbband, 335, 356, zu den durch diese verschiedenen Modelle möglichen Wettbewerbsunterschieden in Europa.

Im Einzelnen ist hier im Rahmen des Verkäuferregresses jedoch zwischen § 478 I und II zu differenzieren. Während für den eigenständigen Anspruch des § 478 II die besondere Verjährungsregel des § 479 I greift¹³²³, knüpft § 478 I an die allgemeinen Käuferrechte der §§ 437 ff. und damit an § 438 an. Für den Verkäuferrückgriff wurde also keine einheitliche Verjährungsvorschrift eingeführt, wie etwa in § 933 b II 2 des österreichischen ABGB.¹³²⁴ Dies ist angesichts der Gesamtsystematik des § 478 aber auch folgerichtig.

3. Gleichlauf der Verjährungsfristen im Rahmen des § 478 I nach § 438

a) Die zweijährige Regelfrist nach § 438 I Nr. 3

§ 478 I knüpft bei Vorliegen der Voraussetzungen an die §§ 437 ff. an. Damit gilt im Regelfall auch im Rahmen des § 478 I die allgemeine kaufrechtliche Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 3 iVm § 438 II, die Art. 5 I RL über den Verbrauchsgüterkauf hinaus im allgemeinen Kauf umsetzt und die die Sechsmonatsfrist des bisherigen § 477 ablöst¹³²⁵. Alle Gewährleistungsansprüche des Letztverkäufers verjähren demgemäss grundsätzlich zwei Jahre nach Ablieferung der Sache an den Verbraucher. Diese Frist gilt selbst dann, wenn verborgene Mängel erst später auftreten¹³²⁶. Der Letztverkäufer wird hier also wie der Verbraucher behandelt¹³²⁷. Da § 478 I die allgemeinen Gewährleistungsrechte nur modifizieren soll, ist diese Anlehnung an § 438 I Nr. 3 prinzipiell konsequent, auch wenn man an der Zweijahresfrist selbst generelle Bedenken haben kann¹³²⁸.

Konkret gilt § 438 I Nr. 3 sowohl für den in § 437 Nr. 1 bezeichneten Nacherfüllungsanspruch¹³²⁹ als auch für die in § 437 Nr. 3 genannten Schadens- und Aufwendungsersatzansprüche¹³³⁰. Regelmäßig sind von diesen wiederum die bisher unter die Institute der positiven Forderungsverletzung und der culpa in contrahendo fallenden

¹³²³ Dazu F.I.4.

¹³²⁴ Allerdings ist dabei zu bedenken, dass es in der Republik Österreich keine § 478 II vergleichbare Regelung gibt und der Regress insgesamt abdingbar ist; Welser, in: Schlechtriem (Hrsg.), 83, 94; vgl. aber Reischauer, JBl 2002, 137, 159, wonach § 933 b ABGB davon ausgehen soll, „dass auf Grund von Gewährleistung *Verbesserungskostenersatz* zu leisten ist“.

¹³²⁵ BT-Drucksache 14/6040, 228, 249, 250.

¹³²⁶ Mansel, NJW 2002, 89, 94. Zunächst nur im Verhältnis zum Verbraucher ist hier nach Art. 5 I 1 RL problematisch, dass sich der Mangel bloß innerhalb der Zweijahresfrist offenbaren muss; vgl. Kainer, AnwBl 2001, 380, 386; Staudenmayer, NJW 1999, 2393, 2396; kritisch Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 272; Leenen, JZ 2001, 552, 554; Enzinger, 14. ÖJT Bd. II/2, 63.

¹³²⁷ Zu diesem allgemeinen Ziel des Richtliniengebers B.II.1; F.I.2.

¹³²⁸ Vgl. zur allgemeinen Rechtfertigung bzw. Kritik an der Zweijahresfrist Pick, ZIP 2001, 1173, 1174; Leenen, JZ 2001, 552, 559; Honsell, JZ 2001, 18, 21.

¹³²⁹ Für den ursprünglichen Erfüllungsanspruch des § 433 I 1 gilt allerdings die dreijährige Frist des § 195; Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 438 Rn. 1.

¹³³⁰ Aus ökonomischer Sicht kann man die zweijährige Frist speziell für verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche als Fehler betrachten: Hätte man einerseits im Rahmen des § 438 I Nr. 3 generell ein objektives System für verschuldensunabhängige Sachmängelansprüche und andererseits für sonstige Ansprüche ein subjektives System gewählt, hätte man die meisten Konkurrenzprobleme zwischen Ansprüchen aus Gesetz und aus Vertrag wohl vermeiden können. Denn dies hätte zur Folge, dass die im Rahmen von verschuldensabhängigen Schadensersatzansprüchen zu behandelnden „Weiterfresserschäden“ stets einem subjektiven System unterlägen; vgl. Eidenmüller, JZ 2001, 283, 287; aus anderen Gründen kritisch etwa Mansel, NJW 2002, 89, 95.

Ansprüche erfasst¹³³¹.

Nach § 438 IV 1 und V gilt die Frist des § 438 I Nr. 3 im Ergebnis schließlich zudem für die unverjährbaren Gestaltungsrechte des Rücktritts und der Minderung iSd § 437 Nr. 2¹³³². Für den Rücktritt sieht § 218 I 1 iVm § 438 IV 1 hier nämlich eine Einrede der Gestalt vor, dass die Rücktrittserklärung unwirksam ist, wenn der Nacherfüllungsanspruch bereits verjährt ist. Nach § 438 V gilt dies entsprechend für die Minderung.¹³³³

Im Rahmen des Rücktritts- bzw. Minderungsrechts des Letztverkäufers tauchen aber auch einige besondere „Verjährungs“-Probleme auf.

Zunächst ist diesbezüglich zu erwähnen, dass § 218 I 2 eine unbefristete Rücktritts- bzw. Minderungsmöglichkeit für den Fall vermeidet, dass der Nacherfüllungsanspruch eigentlich nie verjährt, weil z.B. ein unbehebbarer Mangel im Rahmen eines Spezialeskaufs vorliegt¹³³⁴.

Schwierigkeiten ergeben sich bei Minderung und Rücktritt im Zusammenhang mit der Verjährung grundsätzlich jedoch vor allem deshalb, weil deren bloße Erklärung innerhalb der Frist des § 438 I Nr. 3 ausreicht, während der Letztverkäufer in dieser Zeit für seine Ansprüche auf Nacherfüllung, Schadensersatz und Aufwendungsersatz immerhin eine Hemmung oder einen Neubeginn der Verjährung erreicht haben muss¹³³⁵.

Diese verjährungsrechtliche Ungleichbehandlung der Gewährleistungsrechte verliert aber beim Letztverkäuferregress nach § 478 ihre praktische Bedeutung. Denn sie wird durch die ebenfalls für alle Gewährleistungsrechte geltende Ablaufhemmung des § 479 II überwunden¹³³⁶, indem sie bei allen Ansprüchen aus den §§ 437 ff. zu einem Hinausschieben des Verjährungseintritts führt.

b) Allgemeine Bezugnahme des § 478 I auf § 438

Im Rahmen des Rückgriffs ist problematisch, ob bei § 478 I neben der Frist des § 438 I Nr. 3 auch die anderen Fristen des § 438 gelten¹³³⁷.

Letzteres könnte man möglicherweise zunächst aus systematischen Erwägungen ablehnen, da § 479 I für § 478 II ausdrücklich nur eine zweijährige Verjährungsfrist vorsieht. Außerdem wird aus der Gesetzesbegründung deutlich, dass § 479 I vor allem an die allgemeine Frist des § 438 I Nr. 3 und den allgemeinen Verjährungsbeginn nach § 438 II anknüpfen sollte.¹³³⁸ Hieraus könnte man eine Grundwertung für den

¹³³¹ F.IV.

¹³³² Für eine noch im DiskE vorgesehene Ungleichbehandlung von Minderung und Rücktritt als Gestaltungsrechte mit dreijähriger Frist besteht keine „Notwendigkeit“; Oefinger, Gesamttextil, 2.

§ 218 I 1 gilt auch für den Letztverkäufer. Allerdings bleibt fraglich, welche Frist für die Einrederhebung des § 218 I 1 gilt. Aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit ist eine kurze Frist vorzugswürdig. Ebenso ist zweifelhaft, ob die Rücktritts- oder Minderungserklärung stets oder etwa nur bis zur Versäumung einer solchen Frist schwebend unwirksam sein soll; vgl. Kainer, AnwBl 2001, 380, 386 sowie dort Fn. 101.

¹³³⁴ Kritisch Knütel, NJW 2001, 2519.

¹³³⁵ Reinking, ZGS 2002, 140, 142.

¹³³⁶ Vgl. F.III.1.b.

¹³³⁷ Ablehnend ohne nähere Begründung Schimmel/Buhlmann, ZGS 2002, 109, 110; dafür im Wege der analogen Anwendung jedenfalls hinsichtlich des § 438 III etwa Maultzsch, JuS 2002, 1171, 1173 Fn. 24.

¹³³⁸ BT-Drucksache 14/6040, 249 f.

Verkäuferückgriff nach den §§ 478, 479 derart abzuleiten haben, dass die dem Letztverkäufer drohende „Verjährungsfalle“ durch die generelle, aber ausschließliche Übernahme der zweijährigen Frist des § 438 I Nr. 3 iVm § 438 II abschließend gelöst werden sollte.

Gegen ein solches Verständnis spricht jedoch zu Beginn und bezugnehmend auf den letztgenannten Einwand, dass man der „Verjährungsfalle“ auch durch die spezielle Ablaufhemmung des § 479 II begegnen wollte. Aus systematischer Sicht ist zugunsten einer allgemeinen Anwendbarkeit des § 438 zudem festzuhalten, dass die Ablaufhemmung des § 479 II 1 pauschal auf „die Verjährung der in den §§ 437... bestimmten Ansprüche“ Bezug nimmt. Vor allem aber ist Folgendes zu bedenken: Bezöge sich § 478 I nur auf § 438 I Nr. 3, wäre unter anderem die Anwendbarkeit des § 438 I Nr. 2 lit. b ausgeschlossen. § 438 I Nr. 2 lit. b bezweckt allerdings ausdrücklich die Vermeidung der bisher im Rahmen der Verjährung bestehenden „Regressfalle des Bauhandwerkers“ und sollte insbesondere auch für die vorgeschalteten Zwischenhändler gelten.¹³³⁹ Da die speziellen Regressregeln der §§ 478, 479 einen Verkäuferückgriff fördern sollten, können sie also § 438 I Nr. 2 lit. b nicht ausgeschlossen haben wollen.

Aus diesem Gesichtspunkt, wegen der allgemeinen Anlehnung des § 478 I an die Verbraucherrechte und aus Billigkeitserwägungen ist ferner auch nicht ersichtlich, warum der Letztverkäufer nicht wie der Verbraucher nach § 438 III vor einem arglistigen Verhalten des Lieferanten geschützt werden sollte¹³⁴⁰.

Außerdem ist die allgemeine Anwendbarkeit von § 438 jedenfalls im Rahmen des § 478 I auch nur konsequent¹³⁴¹, da der Letztverkäufer bei § 478 I grundsätzlich gerade wie der Verbraucher behandelt und im Hinblick auf die Fristerleichterung zumindest teilweise sogar noch besser gestellt werden sollte¹³⁴². Eine Beschränkung des Rückgriffs nach § 478 I auf § 438 I Nr. 3 hätte daher wohl umgekehrt einer ausdrücklichen Regelung in § 478 oder § 479 bedurft.

Da die allgemeine und über den Spezialfall des § 438 I Nr. 3 hinausgehende Geltung des § 438 nur zu einer Fristverlängerung und damit zur Verkleinerung der „Verjährungsfalle“ führen kann, dient sie schließlich dem von Art. 4 RL bezweckten Letztverkäuferschutz.

aa) Kaufsachen für Bauwerke, § 438 I Nr. 2 lit. b

§ 438 gilt, wie dargelegt, umfassend auch im Rahmen des § 478 I. Damit kommt beim Verkäuferückgriff die Anwendbarkeit des § 438 I Nr. 2 in Betracht. Während § 438 I Nr. 2 lit. a als Verjährungsregel für den Verkauf eines mangelhaften Bauwerkes für den Verkäuferregress keine Bedeutung erlangen kann, gilt dies nicht ohne weiteres für die Frist des § 438 I Nr. 2 lit. b, wonach eine fünfjährige Verjährung für Sachen gilt, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden sind und dessen Mangelhaftigkeit verursacht haben¹³⁴³. Da § 438 I Nr. 2 lit. b eine „feste

¹³³⁹ Hierzu BT-Drucksache 14/6040, 227; F.I.3.b.aa.

¹³⁴⁰ Deshalb möchte Maultzsch, JuS 2002, 1171, 1173 Fn. 24, jedenfalls insoweit eine analoge Anwendung vornehmen.

¹³⁴¹ Davon geht ausdrücklich z.B. auch Brox, § 7. Besondere Arten des Kaufs, Rn. 15 aus; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 496 etwa, setzt dieses Ergebnis als selbstverständlich voraus.

¹³⁴² Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 247.

¹³⁴³ Der Bauwerksbegriff entspricht dem des bisherigen § 638 I 1, so dass zwar eine Verwendung „für

Verbindung“¹³⁴⁴ der Kaufsache mit dem Bauwerk erfordert, kann man sich zwar fragen, ob die Kaufsache nicht eine unbewegliche Sache oder Zubehör wird und dadurch als Haftungsgegenstand eines Verbrauchsgüterkaufes bzw. eines darauf beruhenden Regressfalles von vornherein ausscheidet¹³⁴⁵.

Jedenfalls die so genannten Scheinbestandteile iSd § 95 und das Zubehör iSd § 97 können aber selbständig verkauft und nach den §§ 929 ff. übereignet werden. Denn sie sind keine Bestandteile und damit erst reicht keine wesentlichen Bestandteile, die von den §§ 946, 947 vorausgesetzt werden.¹³⁴⁶ Das Zubehör ist kein Bestandteil der Sache und wird nur im Zweifel mitveräußert, vgl. §§ 314, 498, 926, 1096, 1120. Scheinbestandteile iSd § 95 I sind Sachteile, die nur zu einem vorübergehenden Zweck oder in Ausübung eines dinglichen Rechts mit Grund und Boden verbunden sind. Entsprechendes gilt gemäß § 95 II bei nur vorübergehender Einfügung in ein Gebäude. Da diesbezüglich zur Abgrenzung zu den §§ 93, 94 die Willensrichtung des Einfügenden zur Zeit der Verbindung entscheidend ist, wenn diese mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt vereinbar ist¹³⁴⁷, kommt § 438 I Nr. 2 lit. b bei einem Verbrauchsgüterkauf immerhin beim Einbau und späteren Ausbau durch einen Mieter oder Pächter in Betracht. Danach sind offenbar auch im Rahmen der §§ 474 ff. Fälle des § 438 I Nr. 2 lit. b denkbar.

Zwar soll § 438 I Nr. 2 lit. b primär die so genannte „Bauhandwerkerfalle“ lösen, indem dem Bauhandwerker die gleiche Verjährungsfrist gewährt wie seinem Kunden.¹³⁴⁸ Gleichwohl hat § 438 I Nr. 2 lit. b Einfluss auf den Letztverkäuferregress nach den

ein Bauwerk“ auch bei Renovierungs- oder Umbauarbeiten vorliegt. Zugleich muss diese Verwendung jedoch für Errichtung, Erhalt, Bestand oder Benutzbarkeit des Bauwerks von wesentlicher Bedeutung sein und eine feste Verbindung der Kaufsache mit dem Bauwerk erfolgen. Nicht erfasst ist somit etwa der Einbau eines Regals oder die bloße Verwendung der Kaufsachen als Hilfsmittel (Baugerüst, Kran, etc.) für das Bauwerk. Neben der Vertragswidrigkeit der Kaufsache muss aber vor allem ihre Verwendung für ein Bauwerk auch die Mangelhaftigkeit des Bauwerks bewirken. Es muss also ein kausaler, rein technisch-naturwissenschaftlicher Zusammenhang zwischen der mangelhaften Kaufsache und dem Mangel des Bauwerks bestehen. Liegt ausschließlich eine fehlerhafte Einbauleistung vor, greift § 438 I Nr. 2 lit. b nicht. Eine Deckungsgleichheit im Sinne einer Stoffgleichheit ist jedoch nicht erforderlich. Schließlich verlangt § 438 I Nr. 2 lit. b eine „übliche Verwendungsweise“ der Sache und schließt damit außergewöhnliche Verwendungen aus. Durch die damit zugleich notwendige objektive Beurteilung sollen Haftungsrisiken des Letztverkäufers in Grenzen gehalten werden. Andererseits kommt es folglich aber auch nicht auf die Kenntnis des Letztverkäufers von der Verwendung im Einzelfall an, so dass er dann stets mit der Anwendbarkeit des § 438 I Nr. 2 lit. b wird rechnen müssen. Insgesamt vermeidet § 438 I Nr. 2 lit. b unter anderem, dass unbedeutende, besonders billige Produkte oder zufällige Einbauten von der langen Frist erfasst sind; BT-Drucksache 14/6040, 227, 228; Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 74-80, 85 f., 87; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 438 Rn. 8-10; Mansel, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 1 Rn. 134; derselbe, NJW 2002, 89, 94 f.; Westermann, NJW 2002, 241, 250, der in der Praxis eine Nichtbeachtung des aufgezeigten Kausalzusammenhangs befürchtet.

¹³⁴⁴ BT-Drucksache 14/6040, 227.

¹³⁴⁵ Kritischer Hinweis von Mankowski vom 10.06.2003 in Hamburg.

¹³⁴⁶ Vgl. dazu etwa BGHZ 18, 228, 229; 20, 157; 61, 81; Palandt/Heinrichs, § 93 Rn. 2.

¹³⁴⁷ Palandt/Heinrichs, § 95 Rn. 2 m.w.N.

¹³⁴⁸ Diese bestand darin, dass der Bauhandwerker nach § 634 a I Nr. 1 (§ 638 I 1 aF) fünf Jahre lang für ein mangelhaftes Bauwerk haftet, selbst aber nach § 477 aF nur sechs Monate lang beim Letztverkäufer Regress nehmen konnte, der ihm die dafür verantwortliche mangelhafte Sache verkauft hatte; vgl. GewRÄG-E, 39; Jud, ZfRV 2001, 201, 218; Reischauer, JBl 2002, 137, 159.

§§ 478, 479. Denn die durch § 438 I Nr. 2 lit. b bewirkte allgemeine Fristenverlängerung kommt auch dem Verbraucher zugute, wenn er eine vom Letztverkäufer gekaufte Sache in ein Bauwerk einfügt hat. Der Letztverkäufer bedurfte insoweit für einen effektiven Rückgriff also auch hier einer Unterstützung durch einen Fristengleichlauf.

Darüber hinaus verursacht § 438 I Nr. 2 lit. b im Rahmen des Letztverkäuferrückgriffs aber ein Sonderproblem, wenn der Letztverkäufer eine Sache mehr als zwei Jahre lang eingelagert hat. Denn wenn er nun deren Mangelhaftigkeit feststellt, könnte er versucht sein, diese mangelhafte Sache nur deshalb an einen Verbraucher weiterzuverkaufen, um die inzwischen nach § 438 I Nr. 3 zu seinen Lasten eingetretene Verjährung außer Kraft zu setzen. Dies könnte ihm möglicherweise auch gelingen, wenn der Verbraucher die Sache in ein Bauwerk einbaut und damit für alle Beteiligten zumindest theoretisch die fünfjährige Frist des § 438 I Nr. 2 lit. b auslöst.¹³⁴⁹

Gegen die Möglichkeit eines solchen Manipulationsversuches spricht jedoch zunächst, dass es dem deutschen Recht grundsätzlich fremd ist, bereits verjährte Ansprüche wiederaufleben zu lassen. Sollten dennoch bestimmte Ausnahmen gelten, sind sie besonders geregelt, wie etwa die Ablaufhemmung des § 479 II. Aber auch eine solche Ablaufhemmung setzt keine allgemeine, abgelaufene Gewährleistungsfrist erneut in Gang, sondern sieht lediglich eine besondere Hemmungswirkung vor. Vor allem jedoch kann es auch nicht Sinn und Zweck des § 438 I Nr. 2 lit. b sein, den Letztverkäufer zu einem Verbrauchsgüterkauf zu provozieren, nur um einen Regressfall zu verursachen. § 438 I Nr. 2 lit. b hat nicht zum Ziel, möglichst viele Rückgriffsfälle zu schaffen, sondern lediglich, einen tatsächlich notwendigen und gerechtfertigten Regress gegebenenfalls zu sichern. Aus diesen Gründen folgt, dass § 438 I Nr. 2 lit. b dahingehend zu reduzieren ist, dass vom Letztverkäufer die „Verwendung“ der Kaufsache innerhalb der Zweijahresfrist des § 438 I Nr. 3 zu fordern ist, wenn nicht ausnahmsweise § 438 I Nr. 1 greift. Mit dieser so geforderten „Verwendung“ kann allerdings nicht die eigentliche Verwendung für das Bauwerk durch den Verbraucher¹³⁵⁰, sondern nur die „Verwendung“ im Sinne eines Verkaufs durch den Letztverkäufer gemeint sein.

Zwar verhinderte die fünfjährige Ablaufhemmung des § 479 II auch beim Abstellen auf die „Verwendung“ durch den Verbraucher, dass es ganz von diesem abhinge, ob der Letztverkäufer noch in den Genuss der längeren Frist des § 438 I Nr. 2 lit. b käme¹³⁵¹. Die Verjährungsfristen des § 438 I und auch die Verjährung im Rahmen der §§ 478, 479 bauen aber auf dem privity-Prinzip, der Relativität der Schuldverhältnisse, auf. Daher kann es nur auf das Verhalten des Letztverkäufers gegenüber dem Lieferanten ankommen. Außerdem soll durch die hergeleitete teleologische Reduktion des § 438 I Nr. 2 lit. b gerade dieses sanktioniert werden, nämlich den verspäteten Weiterverkauf durch den Letztverkäufer zur Umgehung des Verjährungseintritts.

bb) Die verbleibenden Regeln des § 438

Die allgemeine Geltung des § 438 bei § 478 I führt auch zur Anwendung des

¹³⁴⁹ Mansel, NJW 2002, 89, 94; Mansel, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), § 1 Rn. 137 f.

¹³⁵⁰ Vgl. aber Mansel, NJW 2002, 89, 94; derselbe, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), § 1 Rn. 137 f. und ferner KompaktKom-BGB/Tonner § 479 Rn. 9.

¹³⁵¹ Vgl. Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 88-96, die dem Verkäufer aus praktischen Erwägungen eine klarstellende Klausel dieses Gesetzesverständnisses empfehlen.

§ 438 I Nr. 1 und III¹³⁵². Da § 438 I Nr. 1 lit. b nur Rechte betrifft, die im Grundbuch eingetragen sind, kommt es bei § 438 I Nr. 1 für den Verkäuferregress nach den §§ 478, 479 nur auf die so genannte „Eviktionshaftung“ des § 438 I Nr. 1 lit. a, II an. Danach gilt eine dreißigjährige Verjährungsfrist ab Ablieferung der Kaufsache, wenn ein Dritter aufgrund eines dinglichen Rechts die Herausgabe der Sache verlangen kann. Denn der jeweilige Käufer soll diesem Dritten nicht einerseits nach § 197 I Nr. 1 dreißig Jahre auf Herausgabe haften, obwohl er andererseits selbst den Verkäufer sonst nach der Grundregel des § 438 I Nr. 3 nur zwei Jahre lang in Anspruch nehmen könnte.¹³⁵³ Allerdings ist § 438 I Nr. 1 lit. a teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass diese Frist nur insoweit gilt, als der Herausgabeanspruch des Dritten noch nicht verjährt ist. Denn danach droht dem regresssuchenden Käufer keine „Haftungsfalle“ mehr. Dem jeweiligen Käufer ist im Ergebnis aber wenigstens eine zweijährige Gewährleistungsfrist zu gewähren, die durch eine subsidiäre Anwendung des § 438 I Nr. 3 ermöglicht wird.¹³⁵⁴ § 438 III 1 regelt die Fälle, in denen der Lieferant den Mangel arglistig verschweigt¹³⁵⁵. Hier gilt die dreijährige Regelverjährung gemäß §§ 195, 199 ab Kenntnis vom Anspruch und von der Person des Schuldners. Damit durch diese Regelung die fünfjährige Verjährung für mangelhafte Bauwerke bzw. Baumaterialien nach § 438 I Nr. 2 nicht unerwünscht auf drei Jahre verkürzt wird, sieht § 438 III 2 eine Ablaufhemmung vor, die es in diesen Konstellationen bei der fünfjährigen Frist belässt. Im übrigen gilt die zehnjährige Maximalfrist des § 199 IV bzw. III Nr. 1.¹³⁵⁶ In § 438 wurde schließlich noch die im bisherigen § 478 geregelte Mängelvereinbarung verändert übernommen. Nach § 438 IV 2 (und für den Fall der Minderung zusätzlich nach der Verweisung des § 438 V) kann der Käufer die Kaufpreiszahlung insoweit verweigern, als zwar nach § 218 I weder Rücktritt noch Minderung greifen, die Zahlung aber auf Grund dieser Rechte verweigert werden könnte.¹³⁵⁷ Der Käufer kann also gegebenenfalls die Mängelvereinbarung erheben, selbst wenn seine Nacherfüllungsansprüche bereits verjährt sind¹³⁵⁸. Hat der Verbraucher die Mängelvereinbarung geltend gemacht, kann somit auch der Letztverkäufer unter Umständen unproblematisch diese Vereinbarung gegenüber dem Lieferanten einwenden.

4. Die Verjährung im Rahmen des § 478 II

a) Die starre, zweijährige Frist des § 479 I

§ 479 I enthält eine besondere Verjährungsregel für den Verkäuferrückgriff gemäß

¹³⁵² Zu letzterem etwa Maultzsch, JuS 2002, 1171, 1173 Fn. 24; aA ohne nähere Begründung Schimmel/Buhlmann, ZGS 2002, 109, 110.

¹³⁵³ BT-Drucksache 14/6040, 227; Haas, BB 2001, 1313, 1318.

¹³⁵⁴ Näher Mansel, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 1 Rn. 141-143; Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 101-106.

¹³⁵⁵ Grobe Fahrlässigkeit genügt dafür nicht; Köhler/Fritzsche, 149 Rn. 5.

¹³⁵⁶ Mansel, NJW 2002, 89, 94, der dies für „rechtspolitisch verfehlt“ hält und eine Dreißigjahres-Höchstfrist ab Entstehung des Anspruchs bevorzugt; vgl. zudem ausführlich Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 116-126.

¹³⁵⁷ BT-Drucksache 14/6040, 230.

¹³⁵⁸ Im übrigen ist neu, dass die Mängelrüge nicht mehr rechtzeitig erfolgen muss. Zu beachten ist außerdem, dass der Verkäufer bei erhobener Mängelvereinbarung des Käufers im Fall des erklärten, jedoch unwirksamen Rücktritts selbst zurücktreten kann, während dies bei der Minderung nach § 438 V ausgeschlossen ist; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 438 Rn. 32.

§ 478 II. Der Aufwendungsersatzanspruch des § 478 II verjährt danach in zwei Jahren ab Ablieferung der Sache an den Letztverkäufer¹³⁵⁹. Dieser ausdrücklichen Regelung bedurfte es deshalb, weil § 478 II eine eigene Anspruchsgrundlage ist, für die ansonsten die allgemeine dreijährige Frist des § 195 Anwendung fände.

Der Gesetzgeber bezweckte jedoch gerade, beim Letztverkäuferregress prinzipiell eine einheitliche Behandlung der Verjährungsfragen sicherzustellen. Der Anspruch des § 478 II sollte sich dazu an der im Regelfall für alle Kaufverträge greifenden Zweijahresfrist des § 438 I Nr. 3 ab Ablieferung der Sache orientieren.¹³⁶⁰

Für § 478 II wurde diese Zweijahresfrist einerseits wegen der sonst drohenden „Verjährungsfälle“ als notwendig, andererseits aber auch grundsätzlich als ausreichend empfunden¹³⁶¹.

Während § 479 I somit auch für § 478 II die aufgrund von Art. 5 I RL eigentlich denkbare „Verjährungsfälle“ durch einen Fristengleichlauf mit § 438 I Nr. 3 löst, birgt er zugleich jedoch potentiell neue „Regressfallen“. In § 479 I finden sich nämlich die übrigen Sonderregeln des § 438 nicht wieder¹³⁶². Blicke es bei diesem Ergebnis, profitierte der Letztverkäufer zwar typischerweise von einem Fristengleichlauf. In bezug auf § 438 I Nr. 1 lit. a, Nr. 2 lit. b, III, IV, V wäre eine Gleichbehandlung des Letztverkäufers mit dem Verbraucher aber nicht gegeben.

Es verbliebe im Rahmen des § 478 II also jedenfalls insoweit bei einer (durch den deutschen Gesetzgeber verursachten) „Verjährungsfälle“ und gegenüber § 478 I iVm den §§ 437 ff., 438 bei einer Schlechterstellung. Neben den im Rahmen des § 478 I erörterten¹³⁶³ allgemeinen Zweifeln an der sachlichen Berechtigung einer derartigen verjährungsrechtlichen Beschränkung des § 478 II, sprechen dagegen auch Billigkeitserwägungen.

Es sind keine Gründe für eine Ungleichbehandlung von § 478 I mit II ersichtlich. Umgekehrt ist vielmehr festzuhalten, dass der Letztverkäufer in beiden Fällen nur seiner zwingenden Gewährleistungshaftung aus dem Verbrauchsgüterkauf nachgekommen ist.

b) Analoge Anwendung von § 438 I Nr. 1 lit. a, Nr. 2 lit. b, III, IV, V

Um zu vermeiden, dass der Letztverkäuferregress nach § 478 II unter Umständen an der Nichterfassung von § 438 I Nr. 1 lit. a, Nr. 2 lit. b, III durch § 479 I scheitert, könnte man diese Fälle eventuell über eine teleologische Auslegung in § 479 I einbeziehen wollen.

Diese wird aber an dem eindeutigen Wortlaut des § 479 I scheitern müssen. Es kommt insoweit jedoch eine analoge Anwendung des § 438 bei § 479 I in Betracht. Eine dafür erforderliche Regelungslücke besteht. Denn weder § 479 I selbst noch der Gesetzgeber

¹³⁵⁹ Der Verjährungsbeginn folgt zwar nicht aus dem Wortlaut, wohl aber aus dem von § 479 I bezweckten Gleichlauf mit den Fristen für § 478 I; vgl. BT-Drucksache 14/6040, 250 und im übrigen F.II.1.

¹³⁶⁰ BT-Drucksache 14/6040, 249 f.

¹³⁶¹ Vgl. nur die grundsätzlichen Wertungen von Reich, NJW 1999, 2397, 2401; Rieger, VuR 1999, 287, 291; Westermann, NJW 2002, 241, 252. Es ist jedoch bedenklich, im Rahmen des § 478 II, wie Bereska, ZGS 2002, 59, 61, von einer „kurzen“ Verjährung zu sprechen. Denn § 479 I stellt eine Anpassung an die allgemein verlängerten Gewährleistungsfristen dar.

¹³⁶² Dabei will es beispielsweise Gursky, 51, auch belassen.

¹³⁶³ F.I.3.

gehen im Rahmen des § 479 I oder des § 478 II besonders auf die in § 438 geregelten Sonderfälle ein.

Allerdings ist zu beachten, dass § 479 I einen Gleichlauf mit der allgemeinen Frist des § 438 I Nr. 3 gewährleisten soll, um so die Anwendung der regelmäßigen, längeren Verjährungsfrist nach den §§ 195, 199 zu vermeiden. Der Letztverkäufer soll durch § 479 I also nicht gegenüber den für § 478 I geltenden Fristen privilegiert werden. Es finden sich darüber hinaus jedoch keine Hinweise darauf, dass der Letztverkäufer bei § 478 II gegenüber § 478 I sogar schlechter gestellt werden soll, bei dem § 438 I Nr. 1 lit. a, Nr. 2 lit. b, III Anwendung findet.

Dies kann auch nicht daraus abgeleitet werden, dass die Ansprüche des § 478 II gemäß der Gesetzesbegründung „nach § 479 Abs. 1 RE in zwei Jahren verjähren“ sollen, weil dies „der allgemein in § 438 Abs. 1 Nr. 3 RE bestimmten Verjährungsfrist für die Mängelansprüche des Käufers“ entspricht.¹³⁶⁴ Denn darin wird man nur den Wunsch erkennen können, den Regress nach § 478 II allgemein wie den nach § 478 I zu behandeln. § 479 I ist bei § 478 II also als Äquivalent zu § 438 I bei § 478 I zu begreifen. Es ist auch ansonsten weder vom Gesetzgeber angedeutet noch sonst ersichtlich, warum der Letztverkäufer bei § 478 II gegenüber § 478 I benachteiligt werden sollte.

Damit wird man an dem vom Gesetzgeber ausdrücklich grundsätzlich beabsichtigten Verjährungsgleichlauf für den Rückgriff nach § 478 I und II festhalten müssen. Dafür spricht ferner die allgemeine Erwägung, den Regress weitgehend mit der Gewährleistung des Verbrauchers gleichzuschalten, bei der § 438 umfassend zur Anwendung kommt. Daraus wird außerdem deutlich, dass im Fall des § 478 II auch eine nur isolierte Analogie zu § 438 III nicht genügt¹³⁶⁵. Vielmehr sind bei einer im Rahmen von § 478 II iVm § 479 I vorzunehmenden analogen Anwendung die Regeln des § 438 I Nr. 1 lit. a, Nr. 2 lit. b ebenfalls zu erfassen¹³⁶⁶. Die anderen Vorgaben des § 438 sind hingegen entweder für den Verkäuferrückgriff insgesamt irrelevant oder sie greifen nicht im Rahmen des § 478 II¹³⁶⁷.

II. Verjährungsbeginn

1. Zeitpunkt der Ablieferung an den Letztverkäufer gemäß § 438 II bzw. § 479 I

Die Verjährung beginnt im Rahmen des Verkäuferrgresses einheitlich mit der Ablieferung der Sache an den Letztverkäufer. Angesichts der vom Gesetzgeber beim Verkäuferrückgriff grundsätzlich bezweckten Gleichbehandlung mit dem Verbraucher ist dies konsequent¹³⁶⁸.

Für den Rückgriff nach § 478 I folgt dies daraus, dass § 478 I auf die allgemeinen kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln verweist und damit nicht nur auf die §§ 437 ff., sondern auch auf § 438 II¹³⁶⁹. Im übrigen ergibt sich der Verjährungsbeginn für den Regress nach § 478 I allgemein aus dem generellen Verzicht auf ein Frist- oder

¹³⁶⁴ Vgl. dazu insgesamt BT-Drucksache 14/6040, 249 f.

¹³⁶⁵ Dafür jedoch ohne nähere Begründung Oetker/Maultzsch, 193.

¹³⁶⁶ So auch Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 496.

¹³⁶⁷ Vgl. im übrigen auch schon F.I.4.b.

¹³⁶⁸ Schimmel/Buhlmann, ZGS 2002, 109, 110 und dort speziell Fn. 17 f.; vgl. auch BT-Drucksache 14/6040, 250.

¹³⁶⁹ So die implizite Wertung bei BT-Drucksache 14/6040, 247, 250; näher F.I.3.b.

Fristsetzungserfordernis für die Rechte aus den §§ 437 ff. Denn damit muss nicht mehr darauf eingegangen werden, dass auch für die sonst von einer Nachfristsetzung abhängigen Gewährleistungsrechte für den Verjährungsbeginn bereits die Ablieferung maßgeblich ist.¹³⁷⁰

Für § 478 II ergibt sich der Beginn der Verjährung aus § 479 I. Danach verjährt dieser Anspruch in zwei Jahren „ab Ablieferung der Sache“. Damit ist - wie auch bei § 438 II - die Ablieferung an den Letztverkäufer gemeint und nicht etwa die an den Verbraucher¹³⁷¹. Denn § 479 I sollte, wie bereits angedeutet, einen Gleichlauf mit den Fristen und dem Verjährungsbeginn für § 478 I schaffen und somit auch mit § 438 II.¹³⁷² Nach einer Ansicht stellt dies insoweit einen Schutz des Lieferanten dar und hätte auch trotz der Ablaufhemmung des § 479 II¹³⁷³ vermieden werden sollen¹³⁷⁴.

Der Gesetzgeber sah sich hier deshalb auch zur Vermeidung von Missverständnissen genötigt, dies ausdrücklich in § 479 I zu regeln und zu begründen. Da § 478 II ein in § 437 Nr. 1 und 3 unerwähnter, neuer Anspruch ist, griffe anderenfalls für den Verjährungsbeginn nämlich § 200 S. 1¹³⁷⁵. § 199 wäre gemäß § 200 S. 1 deshalb unanwendbar, weil die zweijährige Frist des § 479 I von der Regelverjährung nach § 195 abweicht. Voraussetzung für den Verjährungsbeginn nach Maßgabe des § 199 ist aber gerade die Anwendbarkeit der Regelverjährung¹³⁷⁶.

In jedem Fall wäre der Letztverkäufer bei § 478 II ohne die Regelung des § 479 I gegenüber den „eigentlich im Vordergrund stehenden“¹³⁷⁷ Rechten aus den §§ 478 I, 437 ff. unverhältnismäßig privilegiert worden¹³⁷⁸. Denn nach § 200 S. 1 müsste man für den Verjährungsbeginn auf die Fälligkeit des Aufwendungsersatzanspruches abstellen. Dies bedeutete, dass der dafür maßgebende Anfall der Aufwendungen entscheidend wäre und nicht die vorhergehende Ablieferung an den Letztverkäufer.¹³⁷⁹

Die Ablieferung selbst ist ein einseitiger Realakt und verlangt, dass die Sache dem Letztverkäufer derart überlassen wird, dass er die Verfügungsgewalt (also den Gewahrsam) erlangt und sie untersuchen kann¹³⁸⁰. Die Ablieferung der Sache erfordert demnach keine Übergabe¹³⁸¹.

Mit der Anknüpfung des Fristbeginns an die Ablieferung hat man sich für ein objektives Kriterium und gegen ein subjektives System entschieden, nach der sich die Regelverjährung gemäß § 199 I Nr. 2 iVm § 195 richtet. Bei der kaufrechtlichen

¹³⁷⁰ Zu dieser Frage allgemein Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 129-132.

¹³⁷¹ BT-Drucksache 14/6040, 250; Palandt/Putzo, § 479 Rn. 4; Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 181.

¹³⁷² Dazu schon F.I.4.b; vgl. ferner BT-Drucksache 14/6040, 250.

¹³⁷³ Dazu sogleich unter F.III.

¹³⁷⁴ KompaktKom-BGB/Tonner § 479 Rn. 3 f.

¹³⁷⁵ BT-Drucksache 14/6040, 250; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 966.

¹³⁷⁶ Palandt/Putzo, § 479 Rn. 4, stellt hier aber ohne nähere Begründung auf § 199 ab.

¹³⁷⁷ BT-Drucksache 14/6040, 250.

¹³⁷⁸ Vgl. zu dieser Gefahr Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 357 f., die von einem Verjährungsbeginn für § 478 II zum Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs ausgehen.

¹³⁷⁹ BT-Drucksache 14/6040, 250; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 965 f.; Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 193 Fn. 163.

¹³⁸⁰ Vgl. Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 438 Rn. 26.

¹³⁸¹ Köhler/Fritzsche, 148 Rn. 4, unter Verweis in Fn. 2 auf BGHZ 93, 338, 345; BGH, NJW 1995, 3382.

Gewährleistung spielt also die Kenntnis des Käufers vom Anspruch grundsätzlich keine Rolle.¹³⁸² Dadurch haben sowohl der Letztverkäufer als auch der Lieferant eine verlässliche Kalkulationsbasis, die im Rahmen des subjektiven Systems zweifelhaft wäre.

2. Sekundäre „Verjährungsfall“

Aufgrund der beim Verkäuferregress umgesetzten Gleichschaltung von Verjährungsfrist und –beginn mit denen beim Verbraucherrückgriff könnte man die „Verjährungsfall“ des Letztverkäufers für gelöst halten. Dies übersieht aber, dass der Letztverkäufer die erhaltene Kaufsache in den wenigsten Fällen sogleich am Tag der Belieferung an den Verbraucher weiterverkauft. Selbst Letztverkäufer, die ihre Ware direkt über das Internet verkaufen, kommen regelmäßig nicht ohne Warenlager aus. D.h., dass bis zum Weiterverkauf in der Regel ein erheblicher Zeitraum verstreicht, der mitunter Jahre betragen kann. Es nutzt dem regresssuchenden Letztverkäufer im Ergebnis daher wenig, wenn für ihn nur die gleiche Verjährungsfrist und der gleiche Verjährungsbeginn gelten, wie für den Verbraucher. Schon ein einziger Lagertag führte dazu, dass sich der Verjährungsbeginn im Verhältnis des Verbrauchers zum Letztverkäufer von dem im Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten unterscheidet. Auch bei gleichen Verjährungsfristen und formal gleichem Verjährungsbeginn wäre also aufgrund des tatsächlich unterschiedlichen Verjährungsbeginns eine zeitliche Verjährungsverschiebung der Regelfall.¹³⁸³ Ein faktischer Fristengleichlauf läge somit typischerweise gerade nicht vor. Je länger die Zwischenlagerung, desto größer wäre die Gefahr, dass die Ansprüche des Letztverkäufers bereits verjährt wären, wenn er vom Verbraucher in Anspruch genommen wird.

Diese „sekundäre Verjährungsfall“ könnte der Letztverkäufer mit Sicherheit folglich nur dadurch vermeiden, dass er die Ware am Tag der Anlieferung weiterveräußerte.¹³⁸⁴ Wie erwähnt, ist dies aber kaum je durchführbar. Dem Letztverkäufer ist es insbesondere angesichts des § 475 II regelmäßig auch sonst nicht möglich, die Verjährungsfrist gegenüber dem Verbraucher zu beeinflussen¹³⁸⁵.

Sieht man die Lagerhaltung als typisches und unvermeidbares Problem des Letztverkäufers an, wäre diese „Regressfall“ hinzunehmen¹³⁸⁶. Dies könnte außerdem aus dem Prinzip der „Gefahrveranlassung“ folgen¹³⁸⁷. Da es diese „Verjährungsfall“ zudem schon im Rahmen des bisherigen § 477 gab, ohne dass man daran etwas geändert hätte¹³⁸⁸, könnte man es folglich bei der alten Rechtslage hätte belassen wollen.

Die dargestellte „Verjährungsfall“ erlangte aber mit der Schuldrechtsreform 2002 eine

¹³⁸² Dies gilt auch für die Rechtsmängelhaftung, die man mit der Haftung für den Sachmangel gleichbehandeln wollte. Auf der anderen Seite ist festzuhalten, dass Ansprüche wegen einer Pflichtverletzung, die nicht aus der Mangelhaftigkeit der Kaufsache folgen, prinzipiell nach der regelmäßigen, subjektiven Verjährungsfrist des § 199 I iVm § 195 verjähren; BT-Drucksache 14/6040, 229.

¹³⁸³ Lehmann, JZ 2000, 280, 290.

¹³⁸⁴ Dazu auch BT-Drucksache 14/6040, 250; Medicus, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 33, 36; Lorenz/Riehm, Rn. 593; Gsell, JZ 2001, 65, 73.

¹³⁸⁵ Bydlinski, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 381, 397 und dort insbesondere Fn. 92.

¹³⁸⁶ Rieger, VuR 1999, 287, 291; kritisch auch Bydlinski, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 381, 397 Fn. 93, der die Gewährleistung einer kurzen Lagerung als Obliegenheit des Letztverkäufers begreift.

¹³⁸⁷ W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 251; Kainer, AnwBl 2001, 380, 387.

¹³⁸⁸ Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 353.

andere Qualität. Zunächst kann der Verbraucher nun auch Mängel geltend machen, die erst nach einem längeren Gebrauch, sogar selbst nach knapp zwei Jahren, auftreten¹³⁸⁹. Wichtiger ist, dass schon durch die §§ 478, 479 ein effektiver Verkäuferregress bei Lieferketten ermöglicht werden sollte. Ein Hinausschieben der Verjährung ist jedoch vor allem deshalb notwendig, weil dem Letztverkäufer gerade auch durch Art. 4 RL ein Rückgriff grundsätzlich so lange möglich bleiben soll, wie nach der RL zwingende Verbraucherrechte bestehen¹³⁹⁰.

Der rein formale Gleichlauf der Gewährleistungsfristen und des Verjährungsbeginns setzte Art. 4 RL daher wegen der dann drohenden sekundären „Verjährungsfälle“ nicht effektiv um¹³⁹¹. Aber selbst das Verantwortungsprinzip wäre beeinträchtigt, weil die Haftung regelmäßig bei einem nicht für die Vertragswidrigkeit verantwortlichen Glied in der Absatzkette „stecken bliebe“¹³⁹².

Mithin war auf den auch bei formal identischen Verjährungsregeln verbleibenden Unterschied beim jeweiligen Verjährungsbeginn entsprechend Rücksicht zu nehmen.

III. Die Ablaufhemmung des § 479 II

1. Zweimonatige Ablaufhemmung nach § 479 II 1

a) Die Einführung und Bedeutung der Ablaufhemmung

Die dem Letztverkäufer durch Zwischenlagerungen drohende „Verjährungsfälle“ sollte grundsätzlich beseitigt werden. Deshalb führte der deutsche Gesetzgeber mit § 479 II 1 eine „Ablaufhemmung“ ein. Danach tritt die „Verjährung der in den §§ 437 und 478 Abs. 2 bestimmten Ansprüche des Unternehmers gegen seinen Lieferanten wegen des Mangels einer an einen Verbraucher verkauften neu hergestellten Sache ...frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Unternehmer die Ansprüche des Verbrauchers erfüllt hat.“

§ 479 II ist die Antwort auf die noch beim DiskE bestehende Befürchtung, dass der deutsche Verkäuferregress mangels Abstimmung des Verjährungsbeginns für Art. 4 RL hätte ungenügend sein können¹³⁹³. Erstmals war die Ablaufhemmung in § 203 I KF¹³⁹⁴

¹³⁸⁹ Schurr, ZfRV 1999, 222, 227.

¹³⁹⁰ Dazu B.II.3.b.bb.

¹³⁹¹ Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 212 Fn. 10; Bydlinski, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 381, 397; Welser/Jud, 14. ÖJT, 160; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1422; dieselben, ZIP 2000, 1462, 1463; dieselben, ZIP 2000, 1812, 1815; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 731; einschränkend W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 251, der auch Obliegenheiten des Letztverkäufers aufstellt.

¹³⁹² Lehmann, JZ 2000, 280, 290; vgl. auch Huber, 14. ÖJT Bd. II/2, 47.

¹³⁹³ Medicus, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 33, 39; Westermann, NJW 2002, 241, 252, hält die Ablaufhemmung des § 479 II für „konsequent“.

¹³⁹⁴ KF, 5 f.: „§ 203

Ablaufhemmung bei Rückgriffsansprüchen des Unternehmers und bei Mängeln eines verkauften Bauwerks

(1) Die Verjährung der Ansprüche des Unternehmers gegen seinen Lieferanten oder den Hersteller wegen des Mangels einer an einen Verbraucher verkauften neu hergestellten Sache tritt frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Unternehmer die Ansprüche des Verbrauchers erfüllt hat. Die Ablaufhemmung endet spätestens fünf Jahre nach dem Zeitpunkt, in dem der Lieferant die Sache dem Unternehmer übergeben hat. Die vorstehenden Sätze finden auf die Ansprüche des Lieferanten

vorgesehen¹³⁹⁵. Sie basiert auf dem österreichischen § 933 b II ABGB¹³⁹⁶. Generell sah man in der Literatur durch § 479 II die Gefahr einer Regressfalle deutlich verringert. Es wurde darin teilweise sogar der wesentliche Bestandteil der §§ 478, 479 gesehen¹³⁹⁷. Insofern ist auch die Ansicht¹³⁹⁸ zweifelhaft, wonach es sich bei § 479 II nur um eine von Art. 4 S. 2 RL den Mitgliedstaaten vorbehaltene Bestimmung des Vorgehens und der Modalitäten handelt.

Bemerkenswert ist eingangs zudem, dass der Gesetzgeber mit der Ablaufhemmung des § 479 II einen Wertungswiderspruch zur Behandlung der so genannten „Bauhandwerkerfalle“ geschaffen hat – oder umgekehrt¹³⁹⁹. Letztere sollte nämlich durch den bloßen Fristengleichlauf des § 438 I Nr. 2 lit. b mit der dem Bauhandwerker drohenden Gewährleistungsfrist des § 634 a I Nr. 2 abschließend geregelt werden¹⁴⁰⁰. Eine verbleibende „Regressfalle“ des Bauhandwerkers, die in dem unterschiedlichen Verjährungsbeginn für die Ansprüche des Verbrauchers ab Abnahme (§ 634 a II) einerseits und der Ablieferung an den Bauhandwerker andererseits liegen kann, war nach dem Willen des Gesetzgebers ausdrücklich hinzunehmen. Beim Rückgriff des Bauhandwerkers sollten Zwischenlagerungen also ausdrücklich zu dessen Lasten gehen, während der Letztverkäufer in vergleichbarer Situation bei seinem Regress gerade durch § 479 II 1 geschützt werden sollte.¹⁴⁰¹

Da die Verjährung nach § 479 II 1 frühestens zwei Monate nach Erfüllung der Verbraucherrechte eintritt, ist § 479 II 1 zunächst prinzipiell so lange irrelevant, als der Letztverkäufer seine Gewährleistungshaftung wenigstens zwei Monate vor der gesetzlichen Verjährungsfrist erfüllt¹⁴⁰².

Schon deshalb führt § 479 II 1 auch nicht etwa dazu, dass gegebenenfalls vorzeitig Verjährung eintritt. Dies könnte man nach dem Wortlaut des § 479 II 1 aber erwägen, wonach die „Verjährung ...frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt eintritt, in dem der Unternehmer die Ansprüche des Verbrauchers erfüllt hat“.¹⁴⁰³ Im übrigen legt der Wortlaut eigentlich auch etwas anderes nahe. Das Wort „frühestens“ dient nämlich insoweit nur dazu, eine laufende Verjährungsfrist nicht zu verkürzen¹⁴⁰⁴. Ferner wird in § 479 II 1 ausdrücklich auf die Ansprüche aus den §§ 437 ff. Bezug genommen. Diese haben aber mit § 438 eigene Verjährungsregelungen, die durch § 479 II 1 als

gegen seinen Verkäufer und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen ihre jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung.“

¹³⁹⁵ Die zweimonatige Ablaufhemmung samt fünfjähriger Obergrenze empfohlen auch etwa Kirchner/Richter, 5 in deren vorgeschlagenem § 477 a II 2.

¹³⁹⁶ Bydliniski, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 381, 397; derselbe, 14. ÖJT Bd. II/2, 46, weist darauf hin, dass schon das „Gesetz über internationale Wirtschaftsbeziehungen der DDR“ einen solchen Lösungsansatz wählte, und er hält diesen Weg auch für die einfachste Regressvariante.

¹³⁹⁷ Schmidt-Räntsch/Maifeld/Meier-Göring/Röcken, 34.

¹³⁹⁸ Kirchner/Richter, 27.

¹³⁹⁹ Koller/Roth/Zimmermann, 85.

¹⁴⁰⁰ Hierzu F.I.3.b.aa.

¹⁴⁰¹ BT-Drucksache 14/6040, 227, 250; vgl. auch Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 69 f.

¹⁴⁰² Schimmel/Buhlmann, ZGS 2002, 109, 110.

¹⁴⁰³ Vgl. zur Auslegung des Wortlauts andererseits etwa auch Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 357 f.

¹⁴⁰⁴ Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 356; so ferner Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 96.

Ablaufhemmung kaum verkürzt werden sollten. Die Fristen der §§ 479 I, 438 sind daher auch nicht etwa Maximalfristen. Dies folgt zudem daraus, dass die fünfjährige Obergrenze des § 479 II 2 sonst ohne Bedeutung bliebe.

§ 479 II 1 darf zudem weder als Verlängerung der Verjährungsfrist¹⁴⁰⁵ noch als bloßer Unterfall der Hemmung mit der Wirkung des § 209 verstanden werden, wonach nur noch nicht verjährte Letztverkäuferansprüche über die eigentliche Verjährungsfrist hinaus und zudem lediglich dann durchsetzbar blieben, wenn der Letztverkäufer kurz vor Verjährungseintritt seiner Gewährleistungspflicht nachkäme¹⁴⁰⁶.

Denn eine so begriffene „Ablaufhemmung“ erlangte nur in den Fällen Bedeutung, in denen die Verjährung nach § 438 bzw. § 479 I in weniger als zwei Monaten eintritt. Ihre Wirkung bestünde danach also nur darin, die eigentliche Verjährungsfrist um bis zu zwei Monate zu hemmen.

Der Gesetzgeber geht hier aber ausdrücklich von einem anderen Verständnis des § 479 II 1 aus. Zunächst hat er mit den Worten „diese Ablaufhemmung“ in § 479 II 2 in bezug auf § 479 II 1 klargestellt, dass es sich bei dieser um eine im Anschluss an § 209 geregelte Ablaufhemmung iSd §§ 210 f. und damit um ein eigenständiges Institut handelt, weitere Voraussetzungen somit nicht zu erfüllen sind.¹⁴⁰⁷

Außerdem soll die „Ablaufhemmung“ des § 479 II 1 auch nach der Begründung zum Regierungsentwurf unzweideutig dazu führen, dass eigentlich bereits verjährte Ansprüche durchsetzbar bleiben. Dieses Ergebnis ergibt sich zum einen daraus, dass der Letztverkäufer demzufolge auch dann Regress nehmen können soll, wenn sich „der Verbraucher erst kurz vor Ablauf der zweijährigen Verjährungsfrist an den Unternehmer [wendet... und] die Ansprüche des Unternehmers gegen den Lieferanten an sich bereits verjährt [wären], weil bereits mehr als zwei Jahre nach dem Kauf der Sache durch den Unternehmer verstrichen sind.“ Zum anderen soll ausdrücklich die „Verjährungsfalle“ in dem Fall verhindert werden, indem „der Verbraucher erst deutlich nach Ablauf der zwei Jahre im Verhältnis Hersteller – Großhändler seine Mängelansprüche gegenüber seinem Verkäufer geltend macht.“

Mit anderen Worten soll sogar der Großhändler im Rahmen des Stufenregresses nach den §§ 478 V, 479 II, III seine eigentlich verjährten Ansprüche gegen den Hersteller geltend machen können.

Der Letztverkäufer muss nach § 479 II 1 also grundsätzlich unabhängig von einer inzwischen zu seinen Lasten eigentlich eingetretenen Verjährung die Möglichkeit haben, seinen Lieferanten noch zwei Monate nach Erfüllung seiner Gewährleistungspflicht zu belangen.

Erst dadurch wird dem Letztverkäufer effektiv die „sekundäre Verjährungsfalle“ genommen, die durch Zwischenlagerungen und der damit verbundenen faktischen Zerstörung des formal gegebenen Fristengleichlaufs drohte.¹⁴⁰⁸

Die Rechtfertigung für die hiermit einhergehende Verschiebung der Gewährleistungslasten vom Letztverkäufer auf die dann zumeist betroffenen Hersteller bzw. Zulieferer kann man neben der fünfjährigen Obergrenze der Ablaufhemmung

¹⁴⁰⁵ Der Verjährungseintritt wird durch § 479 II nur „bis zu einem bestimmten Ereignis hinausgeschoben“; KompaktKom-BGB/Tonner § 479 Rn. 6.

¹⁴⁰⁶ Vgl. aber andererseits auch Willingmann, in: Micklitz/Pfeiffer/Willingmann (Hrsg.), 1, 38.

¹⁴⁰⁷ Nach allgemein kritischem Hinweis von Mankowski vom 10.06.2003 in Hamburg.

¹⁴⁰⁸ Vgl. dazu BT-Drucksache 14/6040, 250.

(§ 479 II 2) insbesondere darin sehen, dass regelmäßig gerade dort der Mangel angelegt wurde¹⁴⁰⁹.

Hinsichtlich der Dauer der Ablaufhemmung bestimmt § 479 II 1, dass die Verjährung frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt eintritt, in dem der Letztverkäufer die Ansprüche des Verbrauchers erfüllt hat. Zunächst ist dabei nicht entscheidend, ob diese Erfüllung freiwillig oder wegen eines entsprechenden Urteils erfolgt. Unerheblich ist auch, ob nur teilweise erfüllt wurde.¹⁴¹⁰

In bezug auf den Fristbeginn des § 479 II 1 ist zu erwähnen, dass der Letztverkäufer typischerweise erst zum Zeitpunkt der Erfüllung der Verbraucherrechte einschätzen kann, welche Rechte ihm selbst am besten nutzen¹⁴¹¹. Zum anderen ist ihm überhaupt erst dann ein Regress nach § 478 I bzw. II möglich¹⁴¹². Ein früheres Anknüpfungsmoment drängte den Letztverkäufer also möglicherweise unnötig zu einer vorzeitigen Geltendmachung seiner Rechte¹⁴¹³.

Hinsichtlich des von § 479 II 1 gewährten Zeitraums gilt es zu bedenken, dass zwei Monate einerseits ein effektives Vorgehen des Letztverkäufers ermöglichen. Denn dieser hat bei Fristbeginn immerhin schon die Verbraucherrechte erfüllt und weiß daher auch, welche Rechte er selbst geltend machen sollte¹⁴¹⁴. Vor allem aber können rechtzeitige Konsultationen mit dem Lieferanten vor Erfüllung der Verbraucherrechte viele Probleme im Vorfeld vermeiden¹⁴¹⁵. Der Letztverkäufer kann sich notfalls zudem eine Verlängerung der Frist jedenfalls dadurch sichern, dass er die Voraussetzungen für einen anderen Hemmungs- oder Neubeginnstatbestand für die Verjährung herbeiführt¹⁴¹⁶.

Durch den durch § 479 II 1 gewährten Zweimonatszeitraum werden andererseits aber auch die Lieferanteninteressen an einer zügigen Vertrags- bzw. Gewährleistungsabwicklung angemessen berücksichtigt¹⁴¹⁷.

Bemerkenswert ist schließlich, dass der Letztverkäufer seine Rechte nach § 479 II 1, im Unterschied zum österreichischen Regressvorbild des § 933 b II 1 ABGB, innerhalb der zwei Monate nicht ausdrücklich gerichtlich geltend machen muss¹⁴¹⁸.

b) Mittelbare Erfassung auch des Minderungs- und des Rücktrittsrechts

Nach dem Wortlaut des § 479 II 1 („Verjährung der in §§ 437...bestimmten Ansprüche“) gilt die Ablaufhemmung nur für Gewährleistungsansprüche iSd § 194. Danach ist also der Oberbegriff der diese umfassenden Gewährleistungsrechte nicht erfasst. Damit ist auch das Rücktritts- und das Minderungsrecht des Letztverkäufers von § 479 II 1 ausgeschlossen. Dies ist grundsätzlich konsequent, da gemäß § 194 I nur Ansprüche verjähren können. Gleichwohl bezieht § 438 IV, V iVm § 218 das Rücktritts- und das

¹⁴⁰⁹ Huber, 14. ÖJT Bd. II/2, 48.

¹⁴¹⁰ Palandt/Putzo, § 479 Rn. 6.

¹⁴¹¹ So auch Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 497.

¹⁴¹² C.IV.5.b, D.I.1.

¹⁴¹³ Jud, ÖJZ 2000, 661, 667; dieselbe, ZfRV 2001, 201, 215; vgl. ferner Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1422.

¹⁴¹⁴ So auch Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 497.

¹⁴¹⁵ Hinweis von Mankowski vom 10.06.2003 in Hamburg.

¹⁴¹⁶ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 250.

¹⁴¹⁷ Von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 732; vgl. zudem Jud, ÖJZ 2000, 661, 667.

¹⁴¹⁸ GewRÄG-E, 34, 39; davon ging schon Jud, ÖJZ 2000, 661, 667 und dort speziell Fn. 37 aus.

Minderungsrecht in die Fragen der Verjährung mit ein und koppelt sie an diese.¹⁴¹⁹ Denn danach können diese Rechte nicht mehr ausgeübt werden, wenn der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist oder verjährt wäre.

Gerade wegen dieser Einbeziehung in die Verjährung müssen sie folglich auch bei der Regelung einer „Ablaufhemmung“ für den Verkäuferrückgriff berücksichtigt werden. Da der Verkäuferregress zudem auch hier umfassend sein muss, sind keine Gründe ersichtlich, warum für diese Rechte in Anlehnung an die Ablaufhemmung, keine „Unwirksamkeitshemmung“ gegen die Wirkungen aus den §§ 478 IV, V iVm 218 gelten sollte. Vielmehr ist Sinn und Zweck der §§ 478, 479 nicht nur, dass Gewährleistungsansprüche nicht an einer „Verjährungsfalle“, sondern auch, dass Gewährleistungsrechte nicht an einer „Unwirksamkeitsfalle“ scheitern dürfen.¹⁴²⁰ Diese Wertung folgt ferner daraus, dass der Gesetzgeber die Überschrift des § 437, auf den § 479 I verweist, von „Ansprüche“ (im Regierungsentwurf) in „Rechte“ in der Endfassung des § 437 korrigiert hat¹⁴²¹.

Die mithin zu fordernde „Unwirksamkeitshemmung“ für Rücktritts- und Minderungserklärung wird durch die §§ 438 IV, V iVm § 218 erreicht. Denn wie erwähnt, sind danach zunächst sowohl Rücktritts- als auch Minderungserklärung dann unwirksam, wenn der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist oder verjährt wäre. Dieser profitiert aber gerade von der Ablaufhemmung des § 479 II 1. Damit ist im Ergebnis auch die Rücktritts- und die Minderungserklärung erst dann iSd § 218 unwirksam, wenn die Ablaufhemmung des § 479 II 1 nicht mehr greift.

Einer etwaigen Analogie (wie beispielsweise: „Diese Rechte sind frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt nicht mehr *ausübbar*, in dem der Unternehmer die Ansprüche des Verbrauchers erfüllt hat.“) oder teleologischen Auslegung¹⁴²² bedarf es also nicht, obgleich ein einheitlicher Rückgriffsanspruch für alle Gewährleistungsschäden hier wohl mehr Transparenz gewährleistet hätte.

Abschließend ist in diesem Zusammenhang noch zu erwähnen, dass § 479 II 1 gegebenenfalls¹⁴²³ auch die Rechte aus Garantien¹⁴²⁴ erfasst.

c) Gemeinsame Grundvoraussetzungen von § 479 II und § 478 I, II, III

Für die Anwendbarkeit der Ablaufhemmung des § 479 II 1 müssen zunächst prinzipiell die gleichen Grundvoraussetzungen wie bei § 478 I, II, III erfüllt sein. Dies lässt sich aus § 479 II 1 ableiten, wonach es um die „Verjährung der in den §§ 437 und 478 Abs. 2 bestimmten Ansprüche des Unternehmers gegen seinen Lieferanten wegen des Mangels einer an einen Verbraucher verkauften neu hergestellten Sache gehen“ muss. Damit verlangt § 479 II 1 nämlich das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs zwischen dem Letztverkäufer und seinem Abnehmer, einen Unternehmer-Lieferanten als Regressschuldner, eine „neu hergestellte“¹⁴²⁵ und bewegliche Sache sowie die Erfüllung

¹⁴¹⁹ Bereska, ZGS 2002, 59, 61.

¹⁴²⁰ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 250.

¹⁴²¹ Vgl. die Begründung dazu bei BT-Drucksache 14/7052, 196, 199.

¹⁴²² Maultzsch, JuS 2002, 1171, 1173, möchte Rücktritt und Minderung als „Ansprüche“ iSd § 479 II 1 verstehen.

¹⁴²³ C.IV.5.a.bb.bbb.(1) sowie D.IV.3.

¹⁴²⁴ Palandt/Putzo, § 479 Rn. 6.

¹⁴²⁵ Speziell zu § 479 stellen Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 197, noch einmal fest, dass es hier an einer

eines Anspruchs oder Rechts des Verbrauchers aus § 437 oder § 478 II¹⁴²⁶.

aa) Ausschluss bei Kulanz oder anderen Gewährleistungsgründen

Ogleich auch bei § 479 II 1 generell die Grundvoraussetzungen von § 478 I und II gelten, könnte hier möglicherweise dann eine Ausnahme greifen, wenn der Letztverkäufer aus Kulanz oder anderen Haftungsgründen gehandelt hat. Entsprechende Zweifel könnten daraus folgen, dass es für diese Fälle, anders als nach dem Wortlaut des § 478 I („zurücknehmen musste“) oder des § 478 II („zu tragen hatte“)¹⁴²⁷, in § 479 II 1 an einem vergleichbaren, ausdrücklichen Ausschluss des Regresses fehlt. Andererseits deutet § 479 II 1 schon mit der Bezugnahme auf „die Ansprüche des Verbrauchers“ darauf hin, dass die Ablaufhemmung grundsätzlich nur bei tatsächlich bestehenden Gewährleistungsrechten anzuwenden ist.

§ 479 II 1 ist jedenfalls auch hier im Zusammenhang mit § 478 zu sehen. Denn zum einen bezieht sich § 479 II 1 ausdrücklich auf § 478 II und dieser Anspruch verlangt gerade, dass der Letztverkäufer die erbrachten Aufwendungen iSd § 478 II, 439 II auch „zu tragen hatte“.

Aus systematischer Sicht folgt der Ausschluss des Regresses bei Kulanz zum anderen aus der (nunmehr allgemein) amtlichen Paragrafenüberschrift des § 479. Da diese „Verjährung von Rückgriffsansprüchen“ lautet und § 479 im Untertitel 3 „Verbrauchsgüterkauf“ steht, basiert § 479 direkt auf § 478. Die Überschrift des § 479 bezieht sich also systematisch eindeutig auf § 478, wonach der Verkäuferregress bei einem Handeln aus Kulanz generell eingeschränkt ist. Zwar ist nur § 478 II ein Rückgriffsanspruch, wie von der Überschrift des § 479 („Rückgriffsansprüche“) verlangt wird.

Hier zeigt aber schon die Entstehungsgeschichte des § 437, dass die Verwendung der Worte „Ansprüche“ und „Rechte“ bei der Schuldrechtsreform nicht unbedingt verbindlich ist¹⁴²⁸. Im übrigen kann es nicht Sinn und Zweck gerade des § 479 II sein, innerhalb des Verkäuferregresses unterschiedliche Grundvoraussetzungen aufzustellen. Vielmehr soll § 479 II umgekehrt einheitlich auf der eigentlichen Rückgriffsregel des § 478 aufbauen.

Schließlich folgt das Erfordernis des § 479 II nach einer tatsächlichen Verpflichtung zur konkret durchgeführten Gewährleistung auch aus dem allgemeinen Regressgedanken, dass der Letztverkäufer nicht zu Lasten Dritter, also des Lieferanten, aus „eigennützigen Motiven“ auf eigene Rechtspositionen verzichten darf. § 479 ist daher entsprechend teleologisch zu reduzieren¹⁴²⁹. Vergleichbare Erwägungen gelten für das Erfordernis des

ungewollten Regelungslücke fehlt.

¹⁴²⁶ F.III.1.b. zur Erfassung des Rücktritts- und Minderungsrechts.

¹⁴²⁷ Vgl. auch C.III.5.a.bb.bbb.(1) und D.I.3.b.

¹⁴²⁸ Nur eine redaktionelle Änderung stellt die Überschriftenänderung des § 478 I 1 RE („Ansprüche und Rechte“) in den Oberbegriff „Rechte“, aufgrund des Vorschlags des Rechtsausschusses vom 9.10.2001, dar; BT-Drucksache 14/7052, 196, 199.

¹⁴²⁹ Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 194, 195; so ausdrücklich auch Mansel, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 1 Rn. 162; derselbe, NJW 2002, 89, 95 und dort speziell Fn. 73; Schwab/Witt, 56; ferner Bereska, ZGS 2002, 59, 61; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 479 Rn. 3; Hoeren/Martinek(-Bohne), § 479 Rn. 3; der Sache nach auch Kainer, AnwBl 2001, 380, 388; Leenen, DStR 2002, 34, 38.

§ 479 II 1 nach einem seitengleichen Mangel¹⁴³⁰.

bb) Die allgemeine Rückgriffsvoraussetzung der „tatsächlichen Erfüllung der Verbraucherrechte“ im Lichte des § 479 II 1

aaa) Der Wortlaut des § 479 II 1

Die Ablaufhemmung des § 479 II 1 könnte sich jedoch insofern von den §§ 478 I, II, III unterscheiden, als hier neben der tatsächlichen Gewährleistungspflicht eventuell keine tatsächliche Erfüllung der Verbraucherrechte mehr verlangt werden müsste. Denn nach dem Wortlaut des § 479 II 1 „tritt die Verjährung frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Unternehmer die Ansprüche des Verbrauchers erfüllt hat.“ Man könnte § 479 II 1 demgemäss so verstehen, dass die Ablaufhemmung stets greift, wenn nur irgendwelche Gewährleistungsrechte des Verbrauchers bestehen. Danach ist es also denkbar, dass der Zeitpunkt der Erfüllung nur für den Ablauf der zweimonatigen Frist des § 479 II 1 maßgeblich wäre. Die Zweitmonatsfrist liefe folglich „frühestens ab Erfüllung“ aus, wäre aber selbst nicht von dieser abhängig – die Erfüllung wäre mithin keine Voraussetzung der Ablaufhemmung.

Die Konsequenzen eines solchen Verständnisses wären bemerkenswert. Der Letztverkäufer käme bei mangelhaften Massenerlieferungen auch dann in den Genuss der Ablaufhemmung, wenn nur wenige, tatsächliche Inanspruchnahmen durch einzelne Verbraucher erfolgten. Denn allen anderen Verbrauchern stünden wegen der Mangelhaftigkeit der ganzen Lieferung Gewährleistungsrechte zu, und dies reichte für die Anwendung des § 479 II 1. Dem Letztverkäufer wäre auch dann geholfen, wenn er gar nicht durch eine eigene Gewährleistungshaftung belastet wäre.¹⁴³¹

Hinzu kommt aber folgender Gedanke: Die eigentlichen und regelmäßig zweijährigen Gewährleistungsfristen gemäß §§ 438, 479 I mutierten bei der dargelegten Auslegung praktisch zu einer Fünfjahresfrist für den gesamten Handel¹⁴³². Denn der Letztverkäufer könnte den Ablauf der Zweimonatsfrist des § 479 II 1 dadurch beliebig und prinzipiell sanktionslos hinausschieben, dass er die Erfüllung der Verbraucherrechte nach seinem Willen verzögerte. Diesem Verhalten setzte nur die für die Ablaufhemmung geltende fünfjährige Maximalfrist des § 479 II 2 eine Grenze.¹⁴³³ Häufig hätte der Letztverkäufer auch ein Interesse an einem derartigen Hinauszögern. Denn je später er seiner eigenen Gewährleistungshaftung nachkäme, desto länger könnte er sein dafür sonst einzusetzendes Kapital sicher verzinsen. Zwar hätte er ebenfalls die Möglichkeit, sogleich nach der Erfüllung der Verbraucherrechte den Lieferanten zu verklagen und Zinsen seit Rechtshängigkeit zu verlangen. In diesem Fall hätte er aber jedenfalls zunächst das damit verbundene Prozess- und Insolvenzrisiko zu tragen. Die einzige dann noch denkbare Sanktion für eine verzögerte Erfüllung der Verbraucherrechte wäre indirekt, dass der Letztverkäufer dem Verbraucher gegebenenfalls aus Verzug haftet. Damit wäre jedoch

¹⁴³⁰ Vgl. D.I.1 und 2.

¹⁴³¹ Dazu Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1399 f.; kritisch Leenen, DStR 2002, 34, 38; Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 186 f.

¹⁴³² In diesem Sinn und gegen eine derart lange Frist Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 3 sowie Oefinger, Gesamttextil, 3.

¹⁴³³ Schimmel/Buhlmann, ZGS 2002, 109, 110 Fn. 12; kritisch Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 12.

gerade nicht die bei § 479 II 1 eigentlich relevante Belastung des Lieferanten erfasst. Schon aus diesen Ausführungen wird ersichtlich, dass es wenig hilft, dem Letztverkäufer die Ablaufhemmung nur bei tatsächlicher Erfüllung der Verbraucherrechte zu gewähren¹⁴³⁴.

Könnte der Letztverkäufer den Beginn der Ablaufhemmung entsprechend dem hier vorgestellten weiten Verständnis selbst beeinflussen, wäre es ihm außerdem möglich, eine bereits eingetretene Verjährung durch den erst dann erfolgten Weiterverkauf der mangelhaften Sache wieder auszuschalten. Dies könnte wiederum zu einem für den Verbraucher nicht wünschenswerten Verkauf von „alten Waren“ führen, der als solcher auch keine Anhaltspunkte für eine Pflichtverletzung und eine Haftung des Letztverkäufers gegenüber dem Verbraucher böte.¹⁴³⁵ Abhilfe wäre diesbezüglich somit allenfalls noch über eine entsprechende teleologische Reduktion wie bei § 438 I Nr. 2 lit. b denkbar¹⁴³⁶.

bbb) Versuche einer teleologischen Reduktion des § 479 II 1

Um Regressprobleme zügig geklärt zu wissen, können Gewährleistungsansprüche in der Republik Österreich nach Eintritt der eigentlich vollendeten Verjährung gemäß § 933 b II 1 ABGB nur dann geltend gemacht werden, wenn der Letztverkäufer auch selbst tatsächlich in Anspruch genommen wurde¹⁴³⁷. Da die österreichische Regressnorm grundsätzlich als Vorbild¹⁴³⁸ für die §§ 478, 479 diene, könnte man hier eine teleologische Reduktion dahingehend andenken, dass nur wenn und soweit die Verbraucheransprüche befriedigt wurden, § 479 II 1 greift¹⁴³⁹.

Während das Modell einer Ablaufhemmung iSd § 479 II die Letztverkäuferansprüche erst gar nicht verjähren lässt, könnten auf diese Weise bereits verjährte Letztverkäuferansprüche durch die Erfüllung der Verbraucherrechte aber wieder durchsetzbar werden.

Diese Möglichkeit kennt das deutsche Recht jedoch zum einen bisher nicht¹⁴⁴⁰. Zum anderen könnte der Letztverkäufer offenbar selbst danach die Erfüllung der Verbraucherrechte schadlos hinauszögern. Im übrigen könnte der Letztverkäufer auch nach einem weiten Verständnis von § 479 II nur dann gemäß § 478 I oder II vorgehen, wenn er tatsächlich seiner Gewährleistungspflicht nachgekommen wäre. Eine solche teleologische Reduktion brächte also keine erkennbaren Vorteile.

Möglicherweise kann man § 479 II 1 aber dahingehend auslegen, dass anstelle der Erfüllung schon das Feststehen der Verbraucherrechte für den Fristbeginn des § 479 II 1 genügt. Dadurch könnte man jedenfalls gerade vermeiden, dass der Letztverkäufer den effektiven Verjährungsbeginn hinauszögert¹⁴⁴¹. Das für eine solche Auslegung notwendige Abstellen auf den Zeitpunkt des Feststehens der Verbraucherrechte

¹⁴³⁴ So aber Maultzsch, JuS 2002, 1171, 1174; näher F.III.1.c.bb.bbb.

¹⁴³⁵ Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 186 f.; allgemein zu den §§ 478, 479 auch Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2564.

¹⁴³⁶ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1399 f.; vgl. F.I.3.b.aa zu § 438 I Nr. 2 lit. b.

¹⁴³⁷ Dazu Jud, ÖJZ 2000, 661, 667; Magnus, FS Kurt Siehr (2000), S. 429, 438.

¹⁴³⁸ Pick, ZIP 2001, 1173, 1176.

¹⁴³⁹ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1400.

¹⁴⁴⁰ Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 189.

¹⁴⁴¹ Bydliński, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 381, 397 f.

widersprüche jedoch nicht nur in unerträglicher Weise dem Wortlaut des § 479 II 1 und damit dem Grundsatz der Rechtsklarheit¹⁴⁴². Es drohte auch ein neuer Streit darüber, wann ein solches „Feststehen“ tatsächlich vorliegt. Die bloße Reklamation des Verbrauchers dürfte grundsätzlich noch nicht dazu führen.

Entsprechende Probleme treten auf, wenn sich der Letztverkäufer mit dem Verbraucher über längere Zeit über die Voraussetzungen der Gewährleistungshaftung streitet¹⁴⁴³. Denn da eine solche Auseinandersetzung auch zugunsten des Letztverkäufers ausgehen kann, wäre es hier wohl unbillig, ihn einseitig durch die Annahme des „Feststehens von Verbraucherrechten“ zu belasten.

Ebenfalls wegen des Wortlauts ist es abzulehnen, die Ablaufhemmung auf die Fälle zu beschränken¹⁴⁴⁴, in denen der Letztverkäufer tatsächlich in Anspruch genommen wurde – verstanden als bloßer Geltendmachung von Verbraucherrechten im Gegensatz zum Fall der tatsächlichen Gewährleistung durch den Letztverkäufer.

Mit dem Wortlaut des § 479 II 1 könnte es hingegen vereinbar sein, die Ablaufhemmung nur dort vorzusehen, wo der Letztverkäufer die Sache innerhalb von zwei Jahren weiterverkauft hat – hat er dies, käme eine Einrede des Lieferanten nach § 242 so lange in Betracht, bis der Letztverkäufer seiner Gewährleistungshaftung tatsächlich nachgekommen ist.¹⁴⁴⁵

Gegen eine solche Auslegung kann zunächst nicht eingewandt werden, dass dieser bei § 438 I Nr. 2 lit. b zulässige Weg beim Verkäuferrückgriff gerade wegen § 479 II 1 versperrt ist. Zwar soll § 479 II 1 ausdrücklich das Lagerrisiko des Letztverkäufers abfangen und sich daher vom „Bauhandwerkerregress“ unterscheiden. Damit ist aber noch nicht festgelegt, dass dem Letztverkäufer jedes Zwischenlagerungsrisiko genommen werden soll. Als Obergrenze könnten die vorgeschlagenen zwei Jahre vielmehr eine angemessene Interessensabwägung darstellen.

Allerdings ist dieser Zweijahreszeitraum weder an die Verjährung beim Verbraucher- noch an die beim Letztverkäuferregress angelehnt. Denn der Letztverkäufer könnte die Sache auch nach diesem Verständnis ohne Begründung zwei Jahre einlagern und durch einen erst dann erfolgten Verkauf eine nur durch § 479 II 2 beschränkte, neue „Verjährungsfrist“ in Gang setzen. Der Verbraucher hingegen hätte „nur“ die Möglichkeit, bis zum Ende der eigentlichen Zweijahresfrist zu warten¹⁴⁴⁶.

Es könnte daher angemessener sein, gemäß § 242 gegebenenfalls allgemein die fünfjährige Obergrenze des § 479 II 2 für die Ablaufhemmung einzudämmen¹⁴⁴⁷. Auf diese Weise könnte flexibel auf unterschiedliche Sachverhalte bzw. Fallgruppen eingegangen werden und nicht nur auf ungebührliche Zwischenlagerungen. Beispielsweise könnte man die Ablaufhemmung danach auch speziell für Waren, die

¹⁴⁴² C.IV.5.b.

¹⁴⁴³ Dazu F.III.4.

¹⁴⁴⁴ So Oetker/Maultzsch, 194, in Anlehnung an die Ausführungen von Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1400.

¹⁴⁴⁵ Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 190-193.

¹⁴⁴⁶ Vgl. zu letzterem Volker Beck (Bündnis 90/Die Grünen), Plenarprotokoll 14/171, 10; kritisch Oefinger, Gesamttextil, 2.

¹⁴⁴⁷ In diese Richtung von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 732; W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 251. Nach Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1400, können die genannten Probleme im Zusammenhang mit § 479 II 1 möglicherweise über eine teleologische Reduktion gelöst werden.

einem schnelleren Verfall ausgesetzt sind, auf einen entsprechenden Zeitraum ab Bekanntwerden der Verbraucherrechte begrenzen. Im Gegensatz zur vorgeschlagenen, pauschalen Zweijahresfrist ist somit auch eine punktgenaue Sanktion vorstellbar.

Für einen derartigen Ansatz nach der Wertung des § 242 spricht umgekehrt weiter, dass das Wort „frühestens“ in § 479 II 1 möglicherweise sogar die Funktion hat, die zweimonatige Ablaufhemmung im Einzelfall aus Billigkeitsgründen zu verlängern¹⁴⁴⁸.

Alternativ könnte man ferner erwägen, die Letztverkäuferrechte gegen den Lieferanten ab einem etwaigen Verzug mit der Erfüllung der Verbraucherrechte entsprechend abzuzinsen - indem man etwa „umgekehrte“ Prozess- oder Verzugszinsen ansetzt. Damit könnte man auch eine „Alles-oder-nichts-Lösung“ vermeiden, die dem Letztverkäufer die Ablaufhemmung des § 479 II 1 gänzlich verwehrt. Dieses Vorgehen widerspräche auch nicht dem zu § 478 I geäußerten Wunsch des Gesetzgebers, die Letztverkäuferrechte lediglich zu verstärken, nicht aber einschränken zu wollen. Zwar gibt es bei den §§ 437 ff. keine derartige Abzinsung. Gleichwohl wären diese Rechte gemäß § 438 ohnehin nicht mehr durchsetzbar, wenn sich das vorliegende Problem der Ablaufhemmung stellte.

Aufgrund der Vielzahl der diskutierten Lösungsmöglichkeiten ist hier mit andauernden Unsicherheiten zu rechnen. Insoweit ist es besonders bedauerlich, dass der effektive Beginn und Verlauf der Ablaufhemmung trotz entsprechender Mahnungen wohl nicht sorgfältig genug überdacht wurde¹⁴⁴⁹. Eine allgemeine Erleichterung kann es zugunsten des Lieferanten aber darstellen, dass der Letztverkäufer die Voraussetzungen des § 479 II beweisen und den Zeitpunkt der Erfüllung daher gegebenenfalls hinreichend dokumentieren muss¹⁴⁵⁰.

d) Der „frühestens“ zwei Monate ab der Erfüllung gegebene Verjährungseintritt und die denkbaren Erweiterungen dieser Zweitmonatsfrist

Wie erwähnt, kann man einerseits erwägen, die Zweimonatsfrist des § 479 II 1 oder deren Beginn restriktiv zu behandeln, um so eine lange Zwischenlagerung oder eine hinauszögerte Erfüllung der Verbraucherrechte zu verhindern.

Auf der anderen Seite könnte die Ablaufhemmung im Einzelfall aber auch zu kurz sein. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn der Lieferant nicht auffindbar ist. Deshalb könnte man das Wort „frühestens“ in § 479 II 1 so auslegen wollen, dass die Zweimonatsfrist nur eine Mindestfrist darstellt, die gegebenenfalls auszudehnen ist.

Für ein solches Verständnis spricht zunächst, dass das Wort „frühestens“ sonst allenfalls deklaratorische Bedeutung hätte und dass davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber sich der Wortwahl bewusst war, also keine überflüssigen Worte verwenden wollte.

Vor allem aber wäre der Letztverkäufer anderenfalls zur rechtzeitigen Geltendmachung seiner Rechte unter Umständen genötigt, die Erfüllung der Verbraucherrechte hinauszuzögern. Ein solches Ergebnis kann weder von der RL noch vom deutschen Gesetzgeber gewollt sein, wäre dem Letztverkäufer aber auch nicht nach § 242 entgegengenzuhalten¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁸ Dazu F.III.1.d.

¹⁴⁴⁹ Vgl. allgemein Bydlinski, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 381, 397; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1422 sowie den Vorschlag derselben, ZIP 2000, 1462, 1463 f.

¹⁴⁵⁰ KompaktKom-BGB/Tonner § 479 Rn. 8.

¹⁴⁵¹ Dazu F.III.1.c.bb.bbb.

Aus diesen Gründen bietet es sich somit an, die Zweimonatsfrist des § 479 II 1 mittels des Wortes „frühestens“ als eine an Treu und Glauben orientierte, „offene“ Frist aufzufassen.

Im Einzelfall wäre damit vermieden, dass der für die Vertragswidrigkeit nicht verantwortliche Letztverkäufer in einer „Verjährungsfalle“ gefangen bleibt, nur weil er seine Rechte gegen den Lieferanten nicht innerhalb von zwei Monaten geltend machen kann. Auch der so verstandene § 479 II 1 unterläge freilich der fünfjährigen Obergrenze des § 479 II 2.

Generell muss diese Ausnahmemöglichkeit aber wegen der frühzeitigen, der Erfüllung der Verbraucherrechte vorgeschalteten Konsultations- und Abstimmungsmöglichkeiten des Letztverkäufers mit dem Lieferanten auf besondere Härtefälle beschränkt bleiben. Dies gebieten auch die Prinzipien der im Rahmen des § 479 II ohnehin zweifelhaften Rechtsklarheit und –sicherheit.

e) Ablehnung einer teleologischen Reduktion auf das „reine Regressinteresse“

Man könnte, wie bei § 478 I, III, IV 1, auch hier, in Anlehnung an den österreichischen § 933 b I 3 ABGB, eine teleologische Reduktion der Ablaufhemmung auf das „reine Regressinteresse“ erwägen. Die Ablaufhemmung wäre danach nur bis zur Höhe der durch die Inanspruchnahme tatsächlich entstandenen Aufwendungen gegeben. Bedeutung erlangte diese Einschränkung vor allem bei Schadensersatz- oder Aufwendungsersatzansprüchen gegen den Lieferanten.¹⁴⁵² Bei § 479 II 1 setzt sich ebenfalls der allgemeine Vorschlag fort, den Regress auf das vom Verbraucher ausgeübte Recht zu beschränken. Bei einer bloßen Minderung durch den Verbraucher, könnte der Letztverkäufer also nicht etwa nach Maßgabe des § 479 II vom Kaufvertrag mit dem Lieferanten zurücktreten.¹⁴⁵³

Gegen eine solche Auslegung sprechen zunächst die gleichen Gründe wie schon bei der Ablehnung im Rahmen des § 478 I, III, IV¹⁴⁵⁴.

Hinzu kommt aber, dass § 479 II gerade erst auf § 478 aufbaut und deshalb auch entsprechend behandelt werden muss. Zwar könnte man § 479 II 1 als nachgeschalteten Regress betrachten und eine Einschränkung insofern als minder schwerwiegend ansehen. Gleichwohl sind keine hinreichenden Gründe ersichtlich, warum die vorgeschlagenen Beschränkungen gerade bei § 479 II 1 greifen sollen, wenn man sie schon bei § 478 abgelehnt hat.

2. Unterschiede zu anderen Lösungsmöglichkeiten

Die Wahl einer Ablaufhemmung, erst recht in der konkreten Ausprägung des § 479 II, ist zur Lösung von „Verjährungsfällen“ nicht zwingend. Dies zeigen schon die zahlreichen Versuche, § 479 II teleologisch einzuschränken. Darüber hinaus hätte man jedoch auch ganz andere Lösungsmöglichkeiten zur Überwindung der durch den zeitlich verschobenen Verjährungsbeginn drohenden „Verjährungsfalle“ wählen können. Beispielsweise wäre dazu die Einführung nachgeschalteter Fristen iSd § 439 III HGB, Art. 39 IV CMR¹⁴⁵⁵ denkbar gewesen¹⁴⁵⁶.

¹⁴⁵² Vgl. Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1400.

¹⁴⁵³ Oetker/Maultzsch, 191 f., 194; vgl. ferner C.V.3 und E.II.2.

¹⁴⁵⁴ Dazu C.V.3, 4; E.II.2 und G.II.3.

¹⁴⁵⁵ Convention relative au Contrat de transport international de marchandises par

Man hätte sich ferner an Art. 18 II des (von der Bundesrepublik Deutschland allerdings nicht ratifizierten) Übereinkommens über die Verjährung beim internationalen Warenkauf¹⁴⁵⁷ orientieren können. Demgemäss hätte man vorsehen können, dass die Verjährung der Letztverkäuferansprüche gehemmt wäre oder sogar neu begönne, wenn der Verbraucher gegen den Letztverkäufer vorgehe.¹⁴⁵⁸

Vor allem wäre zur Lösung von „Verjährungsfallen“ für den Rückgriff des Letztverkäufers aber auch bereits ein anderer Verjährungsbeginn denkbar gewesen als für den des Verbrauchers. Das dies prinzipiell möglich ist, folgt zunächst daraus, dass für Rechtsmängel etwa, schon der deutsche Gesetzgeber allgemein und ausdrücklich einen anderen Verjährungsbeginn erwogen hat¹⁴⁵⁹. In der Republik Österreich hat man sich sogar tatsächlich für einen besonderen Verjährungsbeginn für Rechtsmängel oder im Rahmen zugesagter Eigenschaften entschieden¹⁴⁶⁰. Art. 17:104 I PECL stellt wiederum auf die Fälligkeit ab¹⁴⁶¹.

Demzufolge wurde unter anderem vorgeschlagen, im Rahmen des Verkäuferregresses alternativ zur Wahl einer Ablaufhemmung für den Verjährungsbeginn auf den Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Letztverkäufers durch den Verbraucher abzustellen¹⁴⁶². Man hätte den Verjährungsbeginn auch auf den Zeitpunkt der Entstehung¹⁴⁶³, Erfüllung bzw. der Vollstreckbarkeit¹⁴⁶⁴ der Verbraucherrechte oder Letztverkäuferrechte sowie auf den einer Mängelanzeige durch den Verbraucher legen können. Denkbar wäre es ferner gewesen, es beim Verkäuferrückgriff beim allgemeinen Verjährungsbeginn nach § 199 zu belassen.

Zugunsten der Einführung der Ablaufhemmung iSd § 479 II 1 spricht allerdings die dadurch bewahrte Einheit des Kaufrechts.

Außerdem drohte jedenfalls bei der Wahl eines subjektiven Verjährungsbeginns (bei dem es auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen und nicht auf ein objektives Merkmal ankommt), anstelle der Ablaufhemmung, eine erhebliche Rechtsunsicherheit für den Lieferantenschuldner. Denn dann könnte sogar der Verjährungsbeginn eventuell erst nach Jahren erfolgen und bei verborgenen Mängeln letztlich nur durch eine Maximalfrist begrenzt werden.

Gerade im Gewährleistungsrecht hat man sich wegen dieser Zweifel bewusst und allgemein für ein objektives Kriterium für den Verjährungsbeginn entschieden.¹⁴⁶⁵

route/Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr vom 19. Mai 1956, BGBl. 1961 II, 1120.

¹⁴⁵⁶ Bydliński, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 381, 397.

¹⁴⁵⁷ Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods (A/CONF.63/15), YB V (1974), 210, 215.

¹⁴⁵⁸ Vgl. näher Schlechtriem/Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht(-Müller-Chen), Art. 18 VerjÜbk Rn. 6-8 m.w.N.

¹⁴⁵⁹ BT-Drucksache 14/6040, 229.

¹⁴⁶⁰ GewRÄG-E, 35 unter Verweis auf OGH 10.10.1990 SZ 63/171.

¹⁴⁶¹ Abgedruckt in ZEuP 2001, 400.

¹⁴⁶² Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 862; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1422; dieselben, ZIP 2000, 1462, 1463; Jud, ÖJZ 2000, 661, 666; vgl. auch Brüggemeier, JZ 2000, 529, 534.

¹⁴⁶³ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 228, allerdings grundsätzlich ablehnend unter Verweis auf BGHZ 77, 215, 221 f., zum Wortlaut des bisherigen § 477; BT-Drucksache 14/6857, 47.

¹⁴⁶⁴ So Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1422, für den Fall eines Befreiungsanspruchs des Letztverkäufers.

¹⁴⁶⁵ Zimmermann/Leenen/Mansel/Wolfgang Ernst, JZ 2001, 684, 688; vgl. ferner Leenen, JZ 2001, 552,

Aber auch gegenüber der bloßen Einführung eines anderen, späteren objektiven Verjährungsbeginns ist § 479 II 1 vorzugswürdig. Zwar hätte man mit einer solchen rein objektiven Anknüpfung (an die Entstehung von Ansprüchen etwa) vermeiden können, dass der Letztverkäufer den effektiven Verjährungszeitpunkt wie bei § 479 II 1 allein durch eine verzögerte Erfüllung der Verbraucherrechte hinausschieben könnte.¹⁴⁶⁶

Allerdings begönne auch bei diesen Modellen die (gleichgeschaltete) Verjährungsfrist für den Letztverkäuferregress häufig erst kurz vor Ablauf der Frist für die Verbraucheransprüche. Damit stünde dem Letztverkäufer ab dem jeweiligen, objektiven Verjährungsbeginn stets eine (neu beginnende) zweijährige Verjährungsfrist zu und nicht nur die zweimonatige Ablaufhemmung des § 479 II 1¹⁴⁶⁷. Angesichts der aus den genannten Gründen allgemein angestrebten Einschränkung selbst der Ablaufhemmung ist eine solche Fristvervielfachung abzulehnen. Insbesondere hätte diese das Haftungsrisiko des Lieferanten praktisch unkalkulierbar gemacht und die allgemein gewünschte zügige Geschäftsabwicklung im Handelsverkehr unangemessen belastet.¹⁴⁶⁸ Letzteres hätte man im Ergebnis auch nicht dadurch vermieden, dass man dem Letztverkäufer eine Anzeigepflicht über die für den Verjährungsbeginn relevanten Umstände aufgebürdet hätte. Schließlich hätte man sich durch ein solches Vorgehen auch unnötig weit von dem ausdrücklichen Wunsch des deutschen Gesetzgebers entfernt, für die kaufrechtliche Verjährung auf eine Zweijahresfrist und die Ablieferung¹⁴⁶⁹ abzustellen sowie Umgehungsversuche in Rechtsprechung und Praxis zu vermeiden, den Verjährungsbeginn nach hinten zu verlegen¹⁴⁷⁰.

3. Obergrenze für die Ablaufhemmung nach § 479 II 2

a) Fünfjahres-Grundsatz

Die durch § 479 II 1 gewährte Ablaufhemmung wird durch § 479 II 2 eingeschränkt. § 479 II 2 setzt eine fünfjährige Obergrenze für die Ablaufhemmung und damit für den Verkäuferregress ab Ablieferung der Sache an den Letztverkäufer. Nach Ablauf dieser Frist haftet der Lieferant nur noch, wenn allgemeine Hemmungs- oder Neubeginnsgründe greifen¹⁴⁷¹.

Wie schon die Ablaufhemmung selbst, greift § 479 II 2 über den Umweg des § 218 auch für das Rücktritts- und das Minderungsrecht, da der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist, wenn die Obergrenze erreicht ist¹⁴⁷².

Problematisch ist hingegen der Fall des so genannten „Ladenhüters“, in dem der Letztverkäufer die Sache erst vier Jahre nach der Ablieferung weiterverkauft und der Verbraucher nach einem weiteren Jahr Ansprüche geltend macht. Die Fünfjahresfrist des § 479 II 2 wäre hier eigentlich abgelaufen. Weil sie überhaupt nie zu laufen begonnen

558 f.

¹⁴⁶⁶ Vgl. Jud, ÖJZ 2000, 661, 666.

¹⁴⁶⁷ Vgl. Welser/Jud, 14. ÖJT, 160 und die Bedenken von Jud, ÖJZ 2000, 661, 666.

¹⁴⁶⁸ Von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 731 f.

¹⁴⁶⁹ Zimmermann/Leenen/Mansel/Wolfgang Ernst, JZ 2001, 684, 686, weisen in diesem Zusammenhang auf eine erfolgte Anhörung der Verbände am 19.3.2001 in Berlin hin.

¹⁴⁷⁰ BT-Drucksache 14/6040, 228.

¹⁴⁷¹ BT-Drucksache 14/6040, 250 und im übrigen zu letzterem F.III.4.

¹⁴⁷² Bereska, ZGS 2002, 59, 61.

hatte, „endet“ sie jedoch auch nicht, was der Wortlaut des § 479 II 2 für die Anwendbarkeit der Obergrenze voraussetzt. Um die Obergrenze dennoch greifen zu lassen, müsste es in § 479 II 2 daher heißen, dass eine Ablaufhemmung „nicht mehr gewährt wird“.¹⁴⁷³ Da der Gesetzgeber durch § 479 II 2 aber ausdrücklich den Interessen der Lieferanten an einer kalkulierbaren Haftung Rechnung tragen sowie Rechtsfrieden und –sicherheit eintreten lassen wollte¹⁴⁷⁴, ist § 479 II 2 wenigstens teleologisch zu erweitern: Die Ablaufhemmung des § 479 II 1 kann also fünf Jahre nach Ablieferung der Sache an den Letztverkäufer schon gar nicht mehr eintreten¹⁴⁷⁵.

§ 479 II 2 gilt allerdings auch trotz dieses restriktiven Verständnisses nicht für Fristen des § 438, die länger sind als fünf Jahre. Denn durch § 479 II 2 wird nur die eigentliche Ablaufhemmung begrenzt, nicht aber die Verjährungsfrist selbst.¹⁴⁷⁶

Hintergrund der Obergrenze ist der Wunsch des Gesetzgebers, das Risiko der an der Lieferkette beteiligten Kettenglieder angemessen zu verteilen. Einerseits sollen die Lieferanten zwar grundsätzlich die Belastung der Ablaufhemmung tragen. Andererseits soll dies dadurch relativiert werden, dass sie mit einer Maximalfrist von fünf Jahren kalkulieren können.¹⁴⁷⁷

Nach der Gegenansicht ist durch § 479 II 2 aber gerade keine verlässliche Kalkulationsbasis geschaffen worden¹⁴⁷⁸. Schränkt man die Ablaufhemmung bzw. die fünfjährige Obergrenze des § 479 II 2 nämlich nicht regelmäßig gemäß § 242 oder sonst wie ein¹⁴⁷⁹, führt die Obergrenze des § 479 II 2 aufgrund der verbleibenden Verzögerungsmöglichkeiten des Letztverkäufers faktisch zu einer fünfjährigen Gewährleistungsfrist, wie sie nach § 933 b II 2 ABGB etwa auch in der Republik Österreich existiert¹⁴⁸⁰. Der Lieferant hätte also allenfalls insoweit eine „Kalkulationsbasis“, als er im Regelfall von einer mindestens fünfjährigen „Gewährleistungsfrist“ ausgehen müsste¹⁴⁸¹.

Die Obergrenze des § 479 II 2 könnte sich auch deshalb als zu lang entpuppen, weil die nach dem DiskE noch geplante Anwendung der allgemeinen Gewährleistungsfrist von drei Jahren im Kaufrecht letztlich abgelehnt wurde.

Angesichts dieser Bedenken empfand der Bundesrat eine allgemeine Fünfjahresfrist für die Obergrenze des § 479 II 2 als zu lang und wollte sie daher grundsätzlich noch auf vier Jahre verkürzen. Die Fünfjahresfrist sollte danach vielmehr nur für den Spezialfall der Verwendung der Kaufsache für ein Bauwerk gelten, um Widersprüche zu der von § 438 I Nr. 2 lit. b gelösten „Bauhandwerkerfalle“ zu vermeiden.¹⁴⁸²

Die Bundesregierung lehnte die vom Bundesrat vorgeschlagene Einschränkung der

¹⁴⁷³ Leenen/Mansel/Peters/Zimmermann, Stellungnahme vom 26.2.2001, 5.

¹⁴⁷⁴ BT-Drucksache 14/6040, 250.

¹⁴⁷⁵ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 479 Rn. 2.

¹⁴⁷⁶ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 479 Rn. 3 für § 438 III; Magnus, RIW 2002, 577, 583.

¹⁴⁷⁷ Canaris, Schuldrechtsreform 2002, XXXII; Brox, § 7. Besondere Arten des Kaufs, Rn. 16.

¹⁴⁷⁸ Oefinger, Gesamtextil, 3; Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 3.

¹⁴⁷⁹ F.III.1.c.bb.bbb.

¹⁴⁸⁰ Welser, in: Schlechtriem (Hrsg.), 83, 94; Oefinger, Gesamtextil, 3; Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 3.

¹⁴⁸¹ Oefinger, Gesamtextil, 3.

¹⁴⁸² BR-Drucksache 338/01 (Beschluss), 62.

Obergrenze jedoch ab und begründete ihre Entscheidung zum einen mit der sonst drohenden Unübersichtlichkeit des § 479 II und zum anderen damit, dass man die Obergrenze gerade als eine zugunsten des Lieferanten eingeführte Maximalfrist und nicht als zu dessen Lasten gehende Haftungserweiterung verstehen dürfe¹⁴⁸³.

In diesem Sinne wertete die Bundesregierung die Möglichkeit immer schnellerer Lagerumsätze auch nicht als Argument für eine Verkürzung der Obergrenze¹⁴⁸⁴, sondern umgekehrt als Grund dafür, sich mit einer Fünfjahresobergrenze begnügen zu können¹⁴⁸⁵.

Bedenken hinsichtlich der Konformität des § 479 II 2 mit dem Verantwortungsprinzip des Art. 4 RL können genommen werden, wenn man den Zulieferer als von § 478 erfasst ansieht.

Denn dann bleibt die Haftung gerade nicht beim möglicherweise nicht für den Mangel verantwortlichen Endprodukthersteller „stecken“¹⁴⁸⁶. Auch in diesem Zusammenhang wird also deutlich, welche Auswirkungen eine mangelnde Ausdehnung der §§ 478, 479 auf den Zulieferer hätte¹⁴⁸⁷.

Der Zulieferer dürfte sich ferner kaum darauf einlassen, dem Endproduktehersteller zumindest eine vertragliche Einführung und Verlängerung der Obergrenze gegen ihn zu gewähren¹⁴⁸⁸.

Die verbleibende Kritik an § 479 II 2 kann dadurch berücksichtigt werden, dass man die fünfjährige Obergrenze gegebenenfalls gemäß § 242 einschränkt oder eine Abzinsung der Letztverkäuferrechte vornimmt¹⁴⁸⁹. Im übrigen gilt es zu bedenken, dass § 479 II 2 gerade auch zu Lasten des Letztverkäufers greifen kann und gewisse „Verjährungsfallen“ bewusst offen gelassen wurden¹⁴⁹⁰.

b) Bedeutungslosigkeit der Obergrenze bei Kaufsachen für Bauwerke und bei der Eviktionshaftung

§ 479 II 2 führt dazu, dass die Ablaufhemmung in einigen Gewährleistungsfällen überhaupt keine Anwendung findet.

Zunächst betrifft dies die Konstellation, in der der Letztverkäufer nach § 437 iVm § 438 I Nr. 2 lit. b wegen des Einbaus mangelhafter Sachen in ein Bauwerk haftet. Hier entspricht nämlich seine fünfjährige Verjährungsfrist gerade der Fünfjahresobergrenze des § 479 II 2.

Ein Wertungsgleichlauf des § 438 I Nr. 2 lit. b mit der Behandlung der zweijährigen Regelverjährung des § 438 I Nr. 3 hätte im Rahmen des § 479 II 2 jedoch insoweit eigentlich zu einer zwölfeinhalb Jahre betragenden Obergrenze führen müssen. Denn die Obergrenze des § 479 II 2 von fünf Jahren beträgt das Zweieinhalbfache der zweijährigen Verjährungsfrist gemäß §§ 438 I Nr. 3, 479 II 1 und eine folgerichtige Multiplikation der

¹⁴⁸³ So Oefinger, Gesamtextil, 3.

¹⁴⁸⁴ So Oefinger, Gesamtextil, 3.

¹⁴⁸⁵ BT-Drucksache 14/6040, 250.

¹⁴⁸⁶ Vgl. zu den Bedenken Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 7; so auch die allgemeinen Befürchtungen von Luther(-Steimle), 94, der den Zulieferer nicht als vom Regress nach den §§ 478, 479 erfasst ansieht; derselbe, ebenda, 92.

¹⁴⁸⁷ Vgl. auch C.IV.2.d.aa.bbb.

¹⁴⁸⁸ Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 7.

¹⁴⁸⁹ F.III.1.c.bb.bbb.

¹⁴⁹⁰ BT-Drucksache 14/6040, 250; Kirchner/Richter, 28.

fünfjährigen Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 2 lit. b mit dem Faktor Zweieinhalb ergäbe gerade diese zwölfeinhalbjährige Obergrenze.

Es ist zwar sicherlich zu berücksichtigen, dass zur Vermeidung einer „Verjährungsfalle“ auch im Zusammenhang mit § 438 I Nr. 2 lit. b nicht zusätzliche siebeneinhalb Jahre notwendig sein dürften.

Ein Wertungskonflikt bleibt hier aber jedenfalls dann erhalten, wenn man die Obergrenze des § 479 II 2 nicht wenigstens um zwei Monate erweitert. Denn sonst kommt die Ablaufhemmung unter Umständen gar nicht zum Tragen. Grundsätzlich entsprechen diese Bedenken auch dem Gedankengang des Bundesrates, die Frist des § 438 I Nr. 2 lit. b gegenüber einer allgemeinen, von ihm vorgeschlagenen vierjährigen Obergrenze zu privilegieren, um diesbezügliche Widersprüche zu vermeiden.¹⁴⁹¹

Vor allem aber ist zu bedenken, dass auch der Gesetzgeber im Rahmen der Verjährung bei Arglist gemäß § 438 III 2 gerade versucht, speziell auf die Frist des § 438 I Nr. 2 lit. b Rücksicht zu nehmen, indem er diese zum Mindeststandard erklärt.

Insoweit wird angesichts des von Art. 4 RL geforderten effektiven Verkäuferrückgriffs gegebenenfalls an eine teleologische Einschränkung (bzw. Erweiterung hinsichtlich der Frist) des § 479 II 2 gemäß § 242 zu denken sein.

Die angestellten Überlegungen müssen schließlich erst recht gelten, wenn es um die noch längere Dreißigjahresfrist des § 438 Nr. 1 lit. a geht.

4. Allgemeine Hemmung und Neubeginn der Verjährung nach den §§ 203 ff., 212

Die durch § 479 II 2 gesetzte Obergrenze schließt andere Hemmungsgründe als den des § 479 II 1 oder Gründe für einen Neubeginn der Verjährung nicht aus. Dadurch kann der Eintritt der Verjährung erneut hinausgeschoben werden. Dies ist schon deshalb zulässig, weil die RL diese Gebiete nicht regelt.¹⁴⁹²

Ein „Neubeginn“ der Verjährung kommt nach § 212 nur bei Anerkenntnis- und Vollstreckungshandlungen in Frage¹⁴⁹³. Hauptsächlich ist in diesem Zusammenhang folglich an eine Verjährungshemmung nach den §§ 203-209 zu denken. Hier kann wiederum insbesondere ein Gerichtsverfahren gemäß § 204 Nr. 6 dazu führen, dass die Verjährung über die Fünfjahresgrenze des § 479 II 2 hinaus gehemmt ist. Gerade weil die Obergrenze des § 479 II 2 bei einem langjährigen Gerichtsprozess nämlich zu kurz sein kann¹⁴⁹⁴, wollte der Gesetzgeber speziell diesen Hemmungstatbestand auch unberührt lassen.¹⁴⁹⁵ Dem Letztverkäufer ist in solchen Fällen wegen der Rechtskrafterstreckung nach den §§ 74, 68 ZPO daher anzuraten, bei einem Prozess mit dem Verbraucher dem Lieferanten den Streit zu verkünden. Diesem ist dann ebenfalls eine Streitverkündung gegenüber seinem Vordermann zu empfehlen.¹⁴⁹⁶

¹⁴⁹¹ BR-Drucksache 338/01 (Beschluss), 62.

¹⁴⁹² Vgl. Palandt/Putzo, § 479 Rn. 5; Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 273.

¹⁴⁹³ Diese Wertung entspricht Art. 17:112 I PECL, wonach die Verjährung bei einem Anerkenntnis oder nach dessen Abs. 2 nach jedem „angemessenen“ Vollstreckungsversuch neu beginnt; abgedruckt in: ZEuP 2001, 401 f.; vgl. allgemein BT-Drucksache 14/6040, 111.

¹⁴⁹⁴ Jud, ÖJZ 2000, 661, 667. Aufgrund der Anknüpfung an die allgemeinen Hemmungstatbestände bedurfte es dazu keiner besonderen Erwähnung in der Regressnorm selbst, wie dies in der Republik Österreich mit § 933 b II 3 ABGB erfolgte.

¹⁴⁹⁵ BT-Drucksache 14/6040, 250; Kirchner/Richter, 28.

¹⁴⁹⁶ Bereska, ZGS 2002, 59, 61.

Von Bedeutung ist grundsätzlich auch die bisher nur vereinzelt bekannte Hemmung aufgrund von Verhandlungen nach § 203. Es muss sich dabei um schwebende¹⁴⁹⁷ Verhandlungen über den Anspruch oder über die den Anspruch begründenden Umstände handeln.¹⁴⁹⁸ Die Verjährung ist dann nach § 203 S. 1 so lange gehemmt, bis der Letztverkäufer oder der Lieferant die Fortführung der Verhandlungen verweigert. Zu Schwierigkeiten dürfte hier führen, das die Verjährung nach § 203 S. 2 frühestens drei Monate nach dem gesetzlich nicht näher bestimmten „Ende“¹⁴⁹⁹ der Hemmung eintritt. Fraglich ist eine Verjährungshemmung ferner während eines Nachbesserungsversuchs. Nach der Neubewertung des Verhältnisses von Hemmung und Neubeginn wird man einen Nachbesserungsversuch jedenfalls grundsätzlich nicht mehr als Grund für einen Verjährungsneubeginn ansehen können¹⁵⁰⁰. Dies gilt auch für die Behandlung der Kettengewährleistung, bei der mehrmalige Nacherfüllungsversuche erfolgen und bei der die Gefahr einer „Verjährungsfalle“ für den Letztverkäufer drohen könnte¹⁵⁰¹. Ausreichend dürfte hier jeweils eine Hemmung für den Zeitraum des Nachbesserungsversuchs sein¹⁵⁰². Außerdem deuten auch die bisher einschlägigen §§ 639 II, 852 II aF und § 203 auf diese Wertung hin¹⁵⁰³.

¹⁴⁹⁷ Fraglich ist im Rahmen des § 203, wann Verhandlungen „schweben“. Nach einer Ansicht sind „schwebende Verhandlungen“ weit auszulegen; Mansel, NJW 2002, 89, 98. Da § 203 den Hemmungsgrund des bisherigen § 852 II verallgemeinert, wird man sich aber vor allem an dieser Vorschrift zu orientieren haben; BT-Drucksache 14/6040, 112. Dort wurde ein „Schweben“ dann angenommen, wenn der Gläubiger berechtigterweise von einer Auseinandersetzung mit dem Schuldner ausgehen konnte. Dabei musste eine Vergleichsbereitschaft oder ein Entgegenkommen nicht feststellbar sein. Ausreichend war die Erkundigung des vermeintlichen Schuldners und die daraufhin erkennbar beabsichtigte Anspruchsprüfung des scheinbaren Gläubigers; BGH, NJW 2001, 1723. Die rein außergerichtliche Aufforderung zur Nacherfüllung genügte indes nicht; näher Reinking, ZGS 2002, 140, 142, 145.

¹⁴⁹⁸ Vgl. Zimmermann/Leenen/Mansel/Wolfgang Ernst, JZ 2001, 684, 695; schon Reich, NJW 1999, 2397, 2401, forderte diesen Schutz auch für den Letztverkäufer.

¹⁴⁹⁹ Das Ende der Hemmung setzt nach § 203 S. 1 grundsätzlich die Verweigerung zur Fortsetzung der Verhandlungen voraus. Häufig wird diese jedoch nicht ausdrücklich vorliegen. Daher kommt es darauf an, ob hier auch eine Nichtfortsetzung oder ein „Einschlafen“ der Verhandlungen ausreicht. Anderenfalls droht eine „unbefristete Hemmung“. Während der Bundesrat und der BDI eine Hemmungsfrist von sechs Monaten ab der letzten Erklärung einer Partei empfohlen (BT-Drucksache 14/6857, 7; Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 4), sieht Art. 17:108 PECL etwa eine Einjahresfrist vor; abgedruckt in: ZEuP 2001, 400, 401. Nach der Bundesregierung und dem Rechtsausschuss kommt es für das Ende der Hemmung auf die Wertung des bisherigen § 852 II an. Entweder ist mithin die letzte Mitteilung bzw. Erklärung oder es ist der nach Treu und Glauben zu erwartende nächste Schritt einer Partei maßgebend; BT-Drucksache 14/6857, 43: Der Lieferant muss danach z.B. bei einer vereinbarten Verhandlungspause aktiv werden, der Letztverkäufer, wenn eine von ihm angekündigte Überprüfung länger dauert; BGH, NJW 1986, 1337; Palandt/Thomas, 61. Auflage, § 852 Rn. 19; Dauner-Lieb, Das neue Schuldrecht: Fälle und Lösungen, 269.

¹⁵⁰⁰ W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 246, zur Richtlinienkonformität mit Art. 5 I RL; kritisch Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1812, 1814.

¹⁵⁰¹ Anderer Ansicht aber Kirchner/Richter, 23, unter Verweis auf die Anregung von Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1420.

¹⁵⁰² Vgl. auch Kretschmer/Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 17. Januar 2000, 6.

¹⁵⁰³ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 111. Zwar wird man in der Nachbesserung schwerlich „Verhandlungen“ iSd § 203 sehen können. Der Lieferant darf die Verjährung andererseits nicht sanktionslos durch eine langsame Nacherfüllung beeinflussen können; Dauner-Lieb, Das neue Schuldrecht: Fälle und Lösungen, 271.

§ 213 dehnt die Hemmung, Ablaufhemmung und den Neubeginn der Verjährung schließlich auf konkurrierende Ansprüche aus. Hier ist vor allem problematisch, ob davon Ansprüche aus § 823 I Var. 5 erfasst sind.¹⁵⁰⁴

IV. Rechte auf das gleiche und das verschiedene Interesse

Die dargestellten Verjährungsgrundsätze gelten für die Letztverkäuferrechte wegen Mängeln der Kaufsache. D.h., nur soweit die Rechte aus den §§ 437 ff. iVm § 478 I bzw. aus § 478 II greifen, gelten die Verjährungsfristen der §§ 438, 479 I und die Ablaufhemmung des § 479 II. Dies kann zu Konflikten führen, wenn andere Rechte auf das gleiche oder auf das ähnliche Interesse abstellen, wie die §§ 437 ff. iVm § 478 I bzw. wie § 478 II. Aktuell wird dies, wenn der Letztverkäufer gegebenenfalls nach § 426 I bzw. II iVm dem fraglichen Verbraucheranspruch gegen den Lieferanten vorgehen könnte.¹⁵⁰⁵

Die deshalb notwendigen Abgrenzungen zum kaufrechtlichen Mangelbegriff führten schon bisher zu kaum überschaubaren Ergebnissen. Im wesentlichen geht es hier um die gesetzlich nicht endgültig geregelte Frage, wie Kollisionen der zweijährigen, objektiven kaufrechtlichen Regelfrist des § 438 I Nr. 3 mit der allgemeinen und subjektiven Regelverjährung von drei Jahren zu behandeln sind, die für andere Ansprüche als die aus kaufrechtlicher Gewährleistung gilt. Naheliegend ist dabei, dass man immer dann, wenn man die Frist des § 438 I Nr. 3 für zu kurz hält, auf die allgemeinere Regelverjährung als „Notlösung“ auszuweichen versuchen wird.¹⁵⁰⁶

Zunächst ist für die Beantwortung der hier aufgeworfenen Abgrenzungsfragen von Bedeutung, dass § 438 I Nr. 3 jedenfalls alle Rechte iSd § 437 Nr. 1 und 3 umfasst. Dies stellt eine Ausdehnung der kaufrechtlichen Verjährungsfristen auf die früher unterschiedlich beurteilten ehemaligen Institute der positiven Forderungsverletzung (vgl. jetzt: § 437 Nr. 3 iVm § 280) oder der culpa in contrahendo (vgl. jetzt: § 437 Nr. 3 iVm § 311a) dar, jedenfalls sofern diese auf einem Mangel beruhen. Insbesondere sind wegen § 437 Nr. 3 iVm den §§ 280, 281 auch der eigentliche Mangelschaden sowie der Mangelfolgeschaden erfasst, der auf der Lieferung einer mangelhaften Sache beruht und sich an anderen Rechtsgütern manifestiert.¹⁵⁰⁷

Auf der anderen Seite kann ferner festgehalten werden, in welchen Fällen es bei einer von § 438 I Nr. 3 unterschiedlichen Verjährung bleibt. Dies trifft etwa auf Ansprüche wegen Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht zu, die nicht auf einem Mangel der Sache beruht.¹⁵⁰⁸ Hier bleibt eine Abgrenzung zu den von § 438 I Nr. 3 wegen § 437 Nr. 3 iVm

¹⁵⁰⁴ Bejaht man dies, ist weiter fraglich, ob man im Rahmen des § 823 I Var. 5 von einem Mangel iSd §§ 434, 435 sprechen kann. Dies wäre für § 213 zu fordern, da dieser anders als der noch in dem im Januar 2001 in Berlin beratenen Entwurf eines § 202 II nicht mehr von Ansprüchen „gleich welcher Art“ spricht; vgl. Leenen/Mansel/Peters/Zimmermann, Stellungnahme vom 26.2.2001, 8.

¹⁵⁰⁵ Vgl. Köhler/Fritzsche, 155 Rn. 28.

¹⁵⁰⁶ Beispielsweise wurde hier bisher versucht, eine nicht mit dem Mangel zusammenhängende Nebenpflichtverletzung (insbesondere im Rahmen eines selbständigen Beratungsvertrages) oder einen Garantiefall zu konstruieren; vgl. die Beispiele bei BT-Drucksache 14/6040, 228 f. und Zimmermann/Leenen/Mansel/Wolfgang Ernst, JZ 2001, 684, 691 f.; Leenen, DStR 2002, 34, 38; Lorenz/Riehm, Rn. 579.

¹⁵⁰⁷ Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 134-137; Zimmermann/Leenen/Mansel/Wolfgang Ernst, JZ 2001, 684, 689.

¹⁵⁰⁸ Auch in der Republik Österreich sieht man durch die RL nur einen Harmonisierungsbedarf für den

den §§ 280, 281 nun erfassten Mangel- und den Mangelfolgeschaden grundsätzlich von Bedeutung¹⁵⁰⁹.

Abgrenzungsprobleme ergeben sich aber vor allem dann, wenn durch die mangelhafte Kaufsache auch der Bereich des Deliktsrechts berührt ist. Denn dort gilt zum einen die dreijährige Regelverjährung gemäß §§ 195, 199¹⁵¹⁰ und zum anderen bestand hier im Verhältnis zum Kaufrecht bislang der Grundsatz der freien Anspruchskonkurrenz.¹⁵¹¹

Konkrete Abgrenzungsschwierigkeiten könnten sich beim nach § 823 I Var. 5 zu beurteilenden „Weiterfresserschaden“ ergeben, bei dem sich ein nur „funktionell begrenzter“ Sachmangel nach der Übergabe in die „im Übrigen mangelfreien Teile“ der Kaufsache „weiterfrisst“¹⁵¹². Eine Eigentumsverletzung iSd § 823 I Var. 5 ist aber auch beim schon von den §§ 437 Nr. 3, 280 I erfassten Mangelfolgeschaden an einem anderen Rechtsgut denkbar¹⁵¹³. Auch hier kämen beide Verjährungsfristen in Betracht. Jedenfalls aus Sicht der Gesetzestransparenz ist es bedauerlich, dass es der Gesetzgeber gerade hier der Rechtsprechung überlassen hat, § 438 I Nr. 3 gegebenenfalls auf konkurrierende und auf einem Mangel der Sache beruhende deliktische Ansprüche auszudehnen. Die Brisanz dieser Abgrenzungsfragen dürfte allerdings in der Tat durch die Angleichung der Gewährleistungsfristen an die deliktischen Fristen auf ein „ausreichendes Maß reduziert“ worden sein.¹⁵¹⁴

Für eine umfassende und vorrangige Geltung des § 438 I Nr. 3 spricht in den aufgezeigten Grenzfällen jedenfalls der Wunsch, eine einheitliche Verjährung für die aus der Mangelhaftigkeit einer Sache folgenden Ansprüche zu schaffen. Dieser Aspekt zeigt sich vor allem bei der Einbeziehung der verschuldensabhängigen Schadensersatzhaftung (§ 437 Nr. 3) in § 438 I.¹⁵¹⁵ Aber auch bei diesem weiten Verständnis von § 438 I Nr. 3 wird man eine Schranke dann annehmen müssen, wenn es um andere als Sachschäden geht, also um den besonderen Schutz für Leben, Körper und Gesundheit. Denn hier wäre der Verzicht auf die längere Regelverjährung unbillig, wie auch die Wertung des § 199 II verdeutlicht.¹⁵¹⁶ Beim Mangelfolgeschaden ist zudem vorrangig § 12 ProdHaftG zu beachten¹⁵¹⁷.

Genau aus dem letztgenannten Aspekt kann man eine soeben skizzierte grundsätzlich

eigentlichen Mangel der Sache gegeben; GewRÄG-E, 38. Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 177 sehen die Verletzung eines Beratungsvertrags nur dann als ausgeschlossen an, wenn die Beratung einen ganz anderen Gegenstand als die Kaufsache betrifft; noch weitergehender dieselben, § 5 Rn. 175.

¹⁵⁰⁹ Diese wird allerdings durch die angleichende Verjährungsverlängerung bei den Mängelgewährleistungsansprüchen sowie durch die Erweiterungen des Sachmangelbegriffs erheblich entschärft; BT-Drucksache 14/6040, 229. Näher Lorenz/Riehm, Rn. 580; Zimmermann/Leenen/Mansel/Wolfgang Ernst, JZ 2001, 684, 692; Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 137.

¹⁵¹⁰ BT-Drucksache 14/6040, 270.

¹⁵¹¹ Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 138-166, die nun aber § 438 bis auf die Fälle der Personenschäden auf die Haftung nach Deliktsrecht ausdehnen möchten und dies ausführlich begründen.

¹⁵¹² Dazu B.I.1.b.

¹⁵¹³ Girgoleit, ZGS 2002, 78, 80.

¹⁵¹⁴ BT-Drucksache 14/6040, 229; so auch Zerres, VuR 2002, 3, 11; Westermann, NJW 2002, 241, 250.

¹⁵¹⁵ Vgl. nur Zimmermann/Leenen/Mansel/Wolfgang Ernst, JZ 2001, 684, 691; Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 143 ff.; Mansel, NJW 2002, 89, 95; Girgoleit, ZGS 2002, 78, 80; Leenen, DStR 2002, 34, 40.

¹⁵¹⁶ Mansel, NJW 2002, 89, 95; aA aber etwa Leenen, DStR 2002, 34, 37.

¹⁵¹⁷ Die noch im DiskE vorgesehene dreijährige Frist auch für kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche lag im Einklang mit der ProdHaftRL. Deliktische und vertragliche Ansprüche hätten daher einheitlich behandelt werden können; Willingmann, in: Micklitz/Pfeiffer/Willingmann (Hrsg.), 1, 25.

großzügige Ausdehnung des § 438 I Nr. 3 auf konkurrierende Ansprüche aus Delikt oder Gefährdungshaftung aber gerade auch ablehnen. Darüber hinaus wurde in der Literatur speziell bei den hier betroffenen und unterschiedlichen Bereichen des Äquivalenzinteresses einerseits und des Integritätsinteresses andererseits auf die eigentliche Bedeutung der freien Anspruchskonkurrenz hingewiesen¹⁵¹⁸.

Für den Verkäuferregress entscheidend ist, dass sich aufgrund des vom Gesetzgeber grundsätzlich bezweckten Gleichlaufs der Gewährleistungsrechte¹⁵¹⁹ das Ergebnis durchsetzen wird, das man allgemein für den Verbrauchsgüterkauf findet. Welche Frist auch immer dabei herauskommen wird ist für den Rückgriff wegen der Ablaufhemmung des § 479 II 1 ohnehin von geringerer Bedeutung. Dem Letztverkäuferregress könnte eine weite Anwendbarkeit der kurzen Frist des § 438 sogar eher förderlich sein, da hier für den „kaufrechtlichen“ Schadensersatzanspruch immerhin die Verschuldensvermutung nach der Grundregel des § 280 I 2 greift.

¹⁵¹⁸ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 438 Rn. 12-14; ausführlich Staudinger, ZGS 2002, 145, 146.

¹⁵¹⁹ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 247.

G. Begrenzte Abdingbarkeit des Verkäuferrückgriffs nach § 478 IV

I. Vertragsfreiheit versus besondere Schutzbedürftigkeit des Letztverkäufers – Die Antwort des § 478 IV als weiterer Versuch eines Kompromisses

Von zentraler Bedeutung für den Verkäuferregress ist die Möglichkeit, abweichende Vereinbarungen von den §§ 478 f. zu treffen¹⁵²⁰. Wenn der Letztverkäufer mit seinem Regress „von unten“ geschützt wird, werden die Rückgriffsgläubiger versuchen, diesen „von oben“ vertraglich einzuschränken¹⁵²¹.

§ 478 IV stellt diesbezüglich klar, dass die Rückgriffsrechte grundsätzlich dispositiv bleiben. Dies folgt neben dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers¹⁵²² auch aus der negativen Formulierung des § 478 IV 1, dass sich der Lieferant auf abweichende Vereinbarungen von den in § 478 IV 1 genannten Vorschriften zum Nachteil des Rückgriffsgläubigers grundsätzlich „nur“ dann nicht berufen kann, wenn diesem kein gleichwertiger Ausgleich eingeräumt wird.

Das Prinzip der Vertragsfreiheit war für den deutschen Gesetzgeber zunächst so wichtig, dass er deswegen einen Stufen- und keinen direkten Letztverkäuferregress gegen den für den Mangel letztlich verantwortlichen Unternehmer einführte. Nach § 478 IV sollen nämlich gerade die einzelnen Glieder der Absatzstufen den Rückgriff durch Vereinbarungen grundsätzlich selbst gestalten können, um so die den jeweiligen Vertragsbeziehungen zugrunde liegenden Umstände angemessen berücksichtigen zu können. Dies wäre bei einem direkten Anspruch gegen einen anderen als den direkten Vormann in der Lieferkette kaum möglich. Denn der Letztverkäufer hat nur mit seinem unmittelbaren Lieferanten einen Kaufvertrag geschlossen, so dass prinzipiell auch nur hier Haftungsfragen durch Vereinbarungen regelbar sein sollen bzw. sind.¹⁵²³ Damit war die Vertragsfreiheit also von grundlegender Bedeutung für die generelle Konzeption eines Verkäuferregresses in der Bundesrepublik Deutschland¹⁵²⁴.

§ 478 IV ist außerdem vor dem Hintergrund des Erwägungsgrundes 9 RL zu sehen, der ausdrücklich die Vertragsfreiheit erwähnt¹⁵²⁵. Nach Erwägungsgrund 9 S. 3 RL kann der Mitgliedstaat die Abdingbarkeit des Verkäuferrückgriffs vorsehen und nach dessen Satz 4 wird der „Grundsatz der Vertragsfreiheit in den Beziehungen zwischen dem Verkäufer, dem Hersteller, einem früheren Verkäufer oder einer anderen Zwischenperson“ durch die RL nicht berührt. Daraus wird überwiegend gefolgert, dass der Mitgliedstaat den Vertragsparteien offen halten kann (nicht etwa muss¹⁵²⁶), den Verkäuferregress zu beschränken oder auszuschließen. Das Unabdingbarkeitspostulat des Art. 7 I RL ist

¹⁵²⁰ „Grundsätzliche Bedenken“ gegen § 478 IV 1 hat daher etwa Hk-BGB/Saenger §§ 478, 479 Rn. 8.

¹⁵²¹ Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 435.

¹⁵²² BT-Drucksache 14/6040, 249.

¹⁵²³ BT-Drucksache 14/6040, 247; Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 10; dazu auch Welser/Jud, 14. ÖJT, 161.

¹⁵²⁴ BT-Drucksache 14/6040, 247; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1394.

¹⁵²⁵ Micklitz, EuZW 1999, 485, 487, 489; Faber, JBl 1999, 413, 429 f. Fn. 140; Jud, 14. ÖJT Bd. II/2, 39; dazu auch B.II.2.b.

¹⁵²⁶ Seeliger, 14. ÖJT Bd. II/2, 89.

ferner auf die für den Verbraucher vorteilhaften Regeln der RL begrenzt.¹⁵²⁷ Die generelle Anerkennung der Vertragsfreiheit beim Verkäuferrückgriff steht auch im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen des Handelsrechts¹⁵²⁸ und der Kommentierung zu Art. 3 V des Richtlinienvorschlages von 1996. Denn danach hielt man Ausschlussklauseln in bezug auf die gesetzliche Gewährleistungshaftung für gemeinschaftskonform. Die RL 93/13/EWG über missbräuchliche Vertragsklauseln sollte nur zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern zwingend zur Anwendung kommen.¹⁵²⁹

Aus Sicht der RL sowie aus der des UN-Kaufrechts als allgemeines Vorbild für die RL (konkret: Art. 6 CISG) hätten daher die „normalen Marktverhältnisse“ grundsätzlich erhalten bleiben können¹⁵³⁰. Andererseits wurde deshalb schon frühzeitig vor den danach möglichen Haftungsfreizeichnungen der Lieferanten und einer damit einhergehenden „Regressfalle“ des Letztverkäufers gewarnt¹⁵³¹. Diese „Regressfalle“ könnte konkret darin bestehen, dass sich der Lieferant (ohne die Existenz des § 478 IV) möglicherweise gegenüber dem Letztverkäufer in weiten Teilen von seiner Haftung freizeichnen könnte. Eine solche Gefahr bestand zwar grundsätzlich auch bisher, doch wurde sie durch die RL in ihrer Bedeutung verschärft. Denn die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte sind nun nach § 475 im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs grundsätzlich zwingend. Der Letztverkäufer kann also die Haftungsbegrenzungen des Lieferanten schon vom Grundsatz her nicht mehr nach „unten“ an den Verbraucher weitergeben.¹⁵³² Hinzu kommt, dass dies gerade für die besonders schneidigen Verbraucherhilfen aufgrund der RL gilt¹⁵³³.

Man befürchtete somit, dass der Letztverkäufer sein höheres Haftungsrisiko ohne besondere Schutzmaßnahmen nur durch höhere Preise und nur auf Spezialmärkten umlegen könnte. Dies wiederum könnte dann eine für den Mittelstand nachteilige Konzentration des Handels nach sich ziehen.¹⁵³⁴ Auch wenn man nach Art. 4 S. 2 RL die Abdingbarkeit des Rückgriffs grundsätzlich bejaht, gebietet der Effektivitätsgrundsatz des Art. 4 S. 1 RL angesichts dieser „Regressfalle“ daher, dass der Letztverkäuferregress nicht regelmäßig abbedungen werden kann¹⁵³⁵.

¹⁵²⁷ W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 249; speziell zu letzterem Faber, JBl 1999, 413, 429 f. Fn. 140; Staudenmayer, NJW 1999, 2393, 2396; derselbe, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 27, 43; Kainer, AnwBl 2001, 380, 388.

¹⁵²⁸ Staudenmayer, NJW 1999, 2393, 2396; derselbe, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 27, 43.

¹⁵²⁹ KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 14.

¹⁵³⁰ Staudenmayer, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 27, 43.

¹⁵³¹ So etwa Faber, JBl 1999, 413, 429 f. Fn. 140.

¹⁵³² Ehmann/Rust, JZ 1999, 853; Brüggemeier, JZ 2000, 529, 533; Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 353; Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 276;

¹⁵³³ Selbst wenn diese Rechte zumindest nach deutschem Recht nun grundsätzlich auch dem Letztverkäufer zustehen, wären diese ohne eine Regelung wie § 478 IV wohl deutlich eher einschränkbar als gegenüber dem Verbraucher; vgl. Seeliger, 14. ÖJT Bd. II/2, 38 f.

¹⁵³⁴ Schäfer/Pfeiffer, ZIP 1999, 1829, 1835, der daher unter Verweis in Fn. 47 auf Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 860, 861, 863, wenigstens die Untersagung eines solchen Regressausschlusses durch AGB forderte.

¹⁵³⁵ W.-H. Roth, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 113, 121 Fn. 39.

§ 478 IV 1 nahm diese Bedenken wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit des „meist schwächeren Händler[s]“ zur Vermeidung einer „Regressfalle“ auf¹⁵³⁶. Danach ist es zwar aus Gründen der Vertragsfreiheit generell möglich, für den Letztverkäufer nachteilige Vereinbarungen vorzusehen, der Regress kann auch ganz ausgeschlossen werden¹⁵³⁷. Entscheidend aber ist, dass es dazu nach § 478 IV 1 grundsätzlich eines „gleichwertigen Ausgleichs“ selbst bei Individualvereinbarungen bedarf¹⁵³⁸. Ausgenommen sind davon lediglich Vereinbarungen nach Mitteilung des Mangels (§ 478 IV 1) und solche über die Schadensersatzhaftung (§ 478 IV 2). Damit wird der Letztverkäufer grundsätzlich ähnlich geschützt wie der Verbraucher (diesem gegenüber sind Haftungsbegrenzungen bzw. -freizeichnungen gemäß § 475 freilich noch sehr viel weniger möglich).

Es handelt es sich bei § 478 IV aber nicht um eine eigentliche Ausdehnung des Verbraucherschutzes auf den Unternehmer¹⁵³⁹, sondern um den Wunsch, die daraus resultierenden Haftungsbelastungen ohne größere Rückgriffsgefahren an den tatsächlich verantwortlichen Haftungsadressaten weiterzuleiten. Dazu hielt man es nur gerade für erforderlich, dem Letztverkäufer keinen wesentlich geringeren Schutz zu bieten als dem Verbraucher ihm gegenüber.¹⁵⁴⁰

Allerdings hat man sich durch § 478 IV auch weit von den Vorstellungen des Diskussionsentwurfes entfernt, in dem die vertragliche Gestaltungsmöglichkeit des Regresses besonders betont wurde¹⁵⁴¹.

Hinzu kommt, dass die nach § 478 IV noch verbleibende Vertragsfreiheit¹⁵⁴² durch die Ungewissheit über den jeweils zu gewährenden „gleichwertigen Ausgleich“ faktisch weiter abgewertet wird. Bedauerlich ist hier insbesondere, dass durch den Gesetzgeber bis auf die Nennung von „pauschalen Abrechnungssystemen“ im Rahmen des § 478 II, keine weiteren Anhaltspunkte für die Bestimmung eines solchen „gleichwertigen Ausgleichs“ gegeben wurden¹⁵⁴³. Eine weitere Konkretisierung hätte nicht etwa der Vertragsfreiheit oder einer größeren Flexibilität der Regressabwicklung geschadet. Denn einem Ausleben der Vertragsfreiheit stehen gerade die durch die weite Fassung des § 478 IV drohenden Kassationen von Vertragsklauseln entgegen. Erschwerend kommt dazu, dass der an solchen Vereinbarungen interessierte Lieferant die Beweislast für die

¹⁵³⁶ BT-Drucksache 14/6040, 249; für eine solche Regelung deshalb grundsätzlich Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 862-864, die sogar eine „unabdingbare Garantiehafung“ zugunsten des Letztverkäufers forderten.

¹⁵³⁷ Stock, GewArch 2002, 61, 63.

¹⁵³⁸ Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 18; vgl. ferner BT-Drucksache 14/6040, 249.

¹⁵³⁹ So argumentiert etwa Markat, 14. ÖJT Bd. II/2, 51.

¹⁵⁴⁰ Graf von Westphalen, DB 1999, 2553, 2255; Seeliger, 14. ÖJT Bd. II/2, 40, nach dem die Beschränkung der Vertragsfreiheit praktisch als Reflex auf die Unabdingbarkeit beim Verbrauchsgüterkauf zu werten ist.

¹⁵⁴¹ DiskE, 213.

¹⁵⁴² Generell kann man die Manifestierung der Privatautonomie aber vor allem auch in dem Kaufvertrag selbst sehen und nicht in dem nur mehr oder weniger „freiwilligen“ Verzicht auf die eigentlichen Gewährleistungsrechte; Wilhelm, 14. ÖJT Bd. II/2, 40.

¹⁵⁴³ Westermann, JZ 2001, 530, 541; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 733; Lorenz/Riehm, Rn. 596.

Existenz des „gleichwertigen Ausgleichs“ trägt¹⁵⁴⁴. Diese Vorgaben sind noch einschneidender, wenn man durch § 478 IV 1 nicht nur einzelne Rechte, sondern die „gesamte Rechtsstellung“ des Letztverkäufers als erfasst ansieht¹⁵⁴⁵. Zumindest ist eine Haftungsbegrenzung oder gar ein Haftungsausschluss einzelner Gewährleistungsrechte durch § 478 IV folglich erheblich erschwert, wenn nicht sogar in den meisten Fällen unmöglich gemacht worden¹⁵⁴⁶. Nach einer Meinung sollen etwa Verjährungsverkürzungen sogar gänzlich unzulässig sein und der Nacherfüllungsanspruch nur ausnahmsweise ausgeschlossen werden können¹⁵⁴⁷.

Als Zwischenergebnis kann man mithin festhalten, dass jedenfalls mittelbar auch unter Unternehmern die schon anlässlich des Richtlinienentwurfs von 1996 befürchtete¹⁵⁴⁸ Einschränkung der Vertragsfreiheit durch den ausgedehnten Verbraucherschutz¹⁵⁴⁹ wahr wurde. Gerade deswegen handelt es sich bei § 478 IV um ein „neues Institut“ im deutschen Recht¹⁵⁵⁰. In diesem kann man daher einerseits den Hauptbaustein¹⁵⁵¹, andererseits aber auch das Hauptproblem der §§ 478, 479 sehen¹⁵⁵². Neben der erwähnten Schwierigkeit mit der Bestimmung des „gleichwertigen Ausgleichs“ ist keinesfalls unzweifelhaft, ob der Letztverkäufer tatsächlich immer das Bild des „schwachen Einzelhändlers“ erfüllt¹⁵⁵³. Oftmals hat vielmehr auch der Lieferant nur die Funktion, die Kaufware durch die Absatzkette durchzureichen, ohne dabei einen wesentlichen Mehrwert zu erbringen. Dann ist er grundsätzlich der gleichen Wettbewerbssituation ausgeliefert wie der Letztverkäufer.¹⁵⁵⁴ Häufig werden aber auch große Einzelhandelsunternehmen (vor allem Lebensmittelmärkte und -ketten) kleineren Lieferanten bzw. Herstellern gegenüberstehen, die sich auf wenige, hochwertige Produkte spezialisiert haben. Die Marktmacht liegt in diesen Fällen also umgekehrt bei

¹⁵⁴⁴ Dies folgt aus der Formulierung des § 478 IV 1 („wenn nicht“) und auch daraus, dass die Möglichkeit des Lieferanten, *sich* auf abweichende Vereinbarungen berufen zu können, für ihn vorteilhaft ist; vgl. auch Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 491.

¹⁵⁴⁵ Hk-BGB/Saenger §§ 478, 479 Rn. 9, der ohne weitere Ausführungen in bezug auf § 478 IV „einen außerordentlich weiten Anwendungsbereich, von dem nur der Ausschluß oder die Beschränkung des Schadensersatzes ausgenommen ist“, erkennt; so auch Bereska, ZGS 2002, 59, 62.

¹⁵⁴⁶ Kritisch vor allem Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1402; in Anlehnung an Kainer, AnwBl 2001, 380, 388, könnte man auch von einer Zwangsversicherung zugunsten des Letztverkäufers sprechen.

¹⁵⁴⁷ Kainer, AnwBl 2001, 380, 388.

¹⁵⁴⁸ Dreher, JZ 1997, 167, 177.

¹⁵⁴⁹ Eine Verletzung des auch im Europarecht geltenden Verhältnismäßigkeitsprinzips sieht Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 9, hier sogar schon beim Verbrauchsgüterkauf.

¹⁵⁵⁰ Hassemer, ZGS 2002, 95, 100; kritisch deshalb etwa Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1401 f.; Jud, ZfRV 2001, 201, 217.

¹⁵⁵¹ Schimmel/Buhlmann, 160.

¹⁵⁵² „Wichtigste Vorschrift“; Harms, BRAK-Mitt. 6/2001, 278, 282.

¹⁵⁵³ Kretschmer/Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 17. Januar 2000, 5.

¹⁵⁵⁴ Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 123.

den Letztverkäufern¹⁵⁵⁵: Der Schutz des § 478 IV ist hier nicht notwendig.¹⁵⁵⁶ Ferner sind, anders als im Verhältnis des Verbrauchers zur „Wirtschaft“, strukturell unterschiedliche Informationsniveaus innerhalb der Lieferkette zweifelhaft¹⁵⁵⁷. Aber selbst, wenn man typischerweise von einem übermächtigen Lieferanten ausgeht, ist fraglich, ob dieser aus Gründen der Geschäftspflege regelmäßig nicht eher von sich aus einen angemessenen Letztverkäuferrückgriff zulässt¹⁵⁵⁸. Hinzu kommt, dass dem kleinen Letztverkäufer noch durch die kartellrechtliche Nicht-Diskriminierung gegenüber den marktmächtigen Letztverkäufer geholfen wird¹⁵⁵⁹.

Aus ablehnender Perspektive kann man § 478 IV daher einerseits beispielsweise nur deshalb als gerechtfertigt ansehen, weil ein geschützter und somit solventer Letztverkäufer auch einen mittelbaren Verbraucherschutz fördert¹⁵⁶⁰.

Da der Letztverkäufer allerdings schon bisher über die Grundsätze des „seitengleichen Regresses“¹⁵⁶¹ geschützt wurde und § 478 IV den Regress nicht zwingend ausgestaltet hat, kann man § 478 IV im Lichte des Art. 4 RL andererseits auch lediglich als einen weiteren Versuch des Gesetzgebers auffassen, zwischen den Interessen des Letztverkäufers und denen des Lieferanten einen angemessenen Ausgleich herzustellen¹⁵⁶².

II. Beschränkungen des § 478 IV

1. Teilübernahme des § 475

a) Erstrebter Gleichlauf mit den Verbraucherrechten

Der Rechtsausschuss bewirkte bei der Regelung des Verkäuferrückgriffs gegenüber dem Regierungsentwurf vom Mai 2001 in der Schlussphase der Gesetzgebungsarbeiten noch eine gravierende Änderung. Während der Vorgänger des jetzigen § 478 IV (§ 478 V RE) „nur“ eine Erweiterung des § 307 darstellen sollte, will man jetzt mit § 478 IV die Wertung des § 475 auch für den Verkäuferregress umgesetzt wissen¹⁵⁶³. Diese Anlehnung an § 475 drückt sich ebenfalls in der Formulierung des § 478 IV 1 aus, die

¹⁵⁵⁵ Voith, 14. ÖJT Bd. II/2, 91 f., der z.B. von Forderungen gegenüber den Lieferanten spricht, eine zehnjährige, verschuldensunabhängige Haftung einzuführen. Im übrigen sieht er die mächtigen Letztverkäufer tatsächlich in der Überzahl; vgl. auch Mankowski, DB 2002, 2419, 2420 f.

¹⁵⁵⁶ Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 430. Eine andere Frage ist es, ob der Letztverkäufer stets voll auf seinen Regressrechten beharren wird; vgl. dazu G.II.1.c.

¹⁵⁵⁷ Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 281, 311, 319; kritisch bei gleich starken Vertragspartnern Bydlinski, 14. ÖJT Bd. II/2, 46.

¹⁵⁵⁸ Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 430; Seeliger, 14. ÖJT Bd. II/2, 90, geht dagegen stets von einer Durchsetzung des mächtigeren Vertragspartners aus.

¹⁵⁵⁹ Ausführlich Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 430, 431.

¹⁵⁶⁰ In diese Richtung Büdenbender; in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 93; derselbe, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 2; Hauptfleisch, 14. ÖJT Bd. II/2, 89, sieht diesen Aspekt jedenfalls als Grund für die zu schaffende Unabdingbarkeit des Regresses.

¹⁵⁶¹ Vgl. dazu B.I.2.

¹⁵⁶² Ehmann/Sutschet, 235; in diese Richtung auch die Begründung zum Regierungsentwurf; BT-Drucksache 14/6040, 249.

¹⁵⁶³ BT-Drucksache 14/7052, 199; Schimmel/Buhlmann, 160. Schon prinzipiell gegen § 475 ist etwa Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 2.

grundsätzlich derjenigen des § 475 I 1 entspricht.

Die wesentliche Aussage des § 475, der das Unabdingbarkeitspostulat des Art. 7 I RL für die Verbraucherrechte der RL umsetzt, ist, dass die Letztverkäuferhaftung beim Verbrauchsgüterkauf mit Ausnahme der Schadensersatzhaftung grundsätzlich zwingend ist und dies auch für Individualvereinbarungen gilt. Diese Wertung soll § 478 IV 1 also prinzipiell für das Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten übernehmen. § 478 IV 1 enthält der Sache nach jedoch eine entscheidende und bereits öfters erwähnte Ausnahme. Im Gegensatz zu § 475 kann die Verkäuferhaftung zu Lasten des Letztverkäufers beschränkt oder sogar ausgeschlossen werden. Allerdings bedarf es dazu stets eines „gleichwertigen Ausgleichs“. Insofern wurde § 475 von § 478 IV 1 „nur“ teilübernommen.

Das gesetzgeberische Anliegen sah der Rechtsausschuss durch die beschriebene Übernahme des § 475 besser ausgedrückt.¹⁵⁶⁴ Dieses besteht darin, dem Letztverkäufer die gleichen Rechte bzw. den gleichen Schutz wie dem Verbraucher im Verhältnis zu ihm zu gewähren: Durch § 478 IV soll der Lieferant seine Haftung grundsätzlich nur in dem Umfang beschränken können, wie dies der Letztverkäufer gegenüber dem Verbraucher kann.¹⁵⁶⁵ Dahinter steht die generelle Erwägung, dass die schon bisher wirtschaftlich und rechtlich zweifelhafte Lage des Letztverkäufers ohne eine solche Regelung durch die sehr weitreichenden Verbraucherrechte der RL noch zusätzlich verschärft worden wäre¹⁵⁶⁶.

§ 478 IV bewirkt gegenüber § 478 V RE zunächst, dass Individualvereinbarungen nun ausdrücklich erfasst sind. Dies ergibt die eindeutige Bezugnahme des § 478 IV auf § 475¹⁵⁶⁷. Zwar hätte § 478 V RE dem Wortlaut nach auch schon für Individualvereinbarungen gelten können. Doch war hier zumindest die Begründung zum Regierungsentwurf insofern mehrdeutig, als § 478 V RE eine „Ergänzung und Erweiterung“ des § 307 sein sollte, der gerade nur für AGB gilt¹⁵⁶⁸.

Durch die Anknüpfung des § 478 IV 1 an § 475 (und nicht an § 307) wird auch klargestellt, dass § 478 IV 1 eine eigenständige Inhaltskontrolle¹⁵⁶⁹ ist und nicht bloß eine Verweisung auf § 307. Als Prüfungsmaßstab kann das Kriterium einer „unangemessenen Benachteiligung“ im Rahmen von AGB jetzt also keinesfalls mehr genügen. Da § 478 IV, im Gegensatz zu § 478 V RE und in Anlehnung an § 475 I 1, zusätzlich explizit Abweichungen von den §§ 433 bis 435, 437 sowie 439 bis 443 erfasst, stellt er eine wesentlich letztverkäuferfreundlichere Regelung dar als § 478 V RE.

Weil aber § 475 über den Schutz der §§ 307 ff. hinausgeht und § 478 IV an § 475 anknüpft, wird zur Auslegung des § 478 IV andererseits auch auf § 307 zurückgegriffen

¹⁵⁶⁴ Vgl. BT-Drucksache 14/7052, 199.

¹⁵⁶⁵ Lorenz/Riehm, Rn. 596; Schimmel/Buhlmann, 159 f. Durch § 478 V RE sah der Rechtsausschuss zudem nicht alle Regressregeln zweifelsfrei von der Begrenzung der Vertragsfreiheit erfasst; BT-Drucksache 14/7052, 199.

¹⁵⁶⁶ Vgl. nur Schimmel/Buhlmann, 159 f.; ferner B.I.2, G.I sowie G.II.2.c.aa.

¹⁵⁶⁷ Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 18; missverständlich Ball, ZGS 2002, 49, 53, der ohne weitere Begründung die „praktische Bedeutung“ des § 478 IV „aller Voraussicht nach“ nur bei AGB-Klauseln sieht. Zur Erfassung von Individualvereinbarungen bei § 475 BT-Drucksache 14/6040, 244.

¹⁵⁶⁸ BT-Drucksache 14/6040, 249.

¹⁵⁶⁹ Westermann, NJW 2002, 241, 253. Ansonsten hielt der Gesetzgeber eigenständige Klauselverbote für den Unternehmensverkehr grundsätzlich nicht für sinnvoll; BT-Drucksache 14/6040, 158.

werden dürfen - zumindest unter dem Aspekt eines Mindestschutzes. Dies ergibt sich unter anderem daraus, dass § 307 auch im Rahmen des § 475 und sogar des § 478 IV 1 greifen kann¹⁵⁷⁰.

b) Die Relevanz des § 475 für § 478 IV

Da sich § 478 IV an § 475 orientiert, ist auch bei der konkreten Auslegung und Anwendung des § 478 IV eine allgemeine Anlehnung an die Grundsätze des § 475 geboten. Es ist dabei aber nur auf die Aspekte des § 475 besonders einzugehen, für die § 478 IV zum einen keine Besonderheiten vorsieht und die zum anderen speziell für § 478 IV relevant sind.

Ferner ist zu beachten, dass, bevor auf § 475 zurückgegriffen werden kann, vorrangig wiederum § 444 Anwendung findet. Denn § 475 baut erst auf dieser allgemeinen Regel des Kaufrechts auf¹⁵⁷¹. Vor einer Vertragskontrolle nach § 478 IV iVm den Wertungen aus § 475 ist also gemäß § 444 zunächst zu fragen, ob der Lieferant den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. Ist dies der Fall, kann er sich nicht auf einen etwaigen Gewährleistungsausschluss oder eine -beschränkung berufen. Dabei kommt es im Gegensatz zu den §§ 475 I, 478 IV 1 gerade nicht auf das Vorliegen der Vereinbarung vor bzw. nach der Mitteilung des Mangels an¹⁵⁷².

aa) Abweichungen vor Mitteilung des Mangels gemäß § 478 IV 1

Aufbauend auf § 475 I 1 sind von § 478 IV erstens nur „abweichende Vereinbarungen“ betroffen.

In Anlehnung an § 307 III ist jedoch eine „Abweichung“ dann zu verneinen, wenn weder ein eigentlicher Unterschied zur gesetzlichen Regelung besteht noch diese sonst wie ergänzt wird¹⁵⁷³.

Es muss sich zweitens um eine Abweichung vor Mitteilung des Mangels an den Letztverkäufer handeln. Die Mitteilung selbst ist als geschäftsähnliche Handlung wie eine Mängelanzeige zu behandeln. Daher erfolgt sie auch erst mit Zugang iSd § 130. Es müssen durch sie die Tatsachen genannt werden, aus denen sich der Sach- oder Rechtsmangel ergibt. Ferner muss deutlich werden, dass die Vertragswidrigkeit geltend gemacht wird, obgleich nicht erforderlich ist, dass ein bestimmtes Gewährleistungsrecht benannt wird.¹⁵⁷⁴

Drittens muss es sich bei der Vereinbarung zwischen dem Letztverkäufer und dem Lieferanten grundsätzlich um eine Abweichung von den in § 478 IV 1 genannten

¹⁵⁷⁰ Westermann, NJW 2002, 241, 247 sowie speziell ebenda, 253 in bezug auf § 478 IV. Im übrigen erlangt § 307 bei der Schadensersatzhaftung gemäß § 478 IV 2 im Rahmen von AGB sogar stets direkte Bedeutung. Hier gilt § 478 IV 1, 3 gerade nicht.

¹⁵⁷¹ Zur Anwendbarkeit des § 444 im Rahmen des § 475 BT-Drucksache 14/7052, 199; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 16; kritisch zur Geltung des § 444 auch für Individualvereinbarungen hingegen Westermann, NJW, 2002, 241, 247 und dort Fn. 65, unter Verweis auf Graf von Westphalen, ZIP 2001, 2107.

¹⁵⁷² Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 16.

¹⁵⁷³ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 154.

¹⁵⁷⁴ Palandt/Putzo, § 475 Rn. 3.

Vorschriften handeln. Im Sinne des erstrebten Gleichlaufs des Verbraucher- und des Letztverkäuferrückgriffs sind die in § 478 IV 1 genannten Abweichungen konsequenterweise prinzipiell mit denen in § 475 I 1 identisch¹⁵⁷⁵. Anders als noch im RE wird in § 478 IV also nicht mehr nur auf eine abweichende Vereinbarung von den Absätzen 1 bis 3 des § 478 oder von § 479 abgestellt. Um den Regress nicht unbeabsichtigt scheitern zu lassen, war hier vielmehr die ausdrückliche und ausführliche Nennung der in Frage kommenden Abweichungen iSd § 478 IV notwendig. Insbesondere erfasst § 478 IV deshalb nun auch die für den Verkäuferregress eigentlich „maßgebliche Anspruchsgrundlage“ der §§ 437 ff.¹⁵⁷⁶ Wenn der Gesetzgeber mit § 478 IV 1 alle in Betracht kommenden Abweichungen erfassen wollte, heißt dies umgekehrt aber, dass dessen Aufzählung grundsätzlich als abschließend zu betrachten ist. Demgemäß betrifft § 478 IV 1 nur die dort explizit genannten Rechte und nicht etwa die „gesamte Rechtsstellung“ des Letztverkäufers¹⁵⁷⁷.

Gleichwohl ist zweifelhaft, ob der Gesetzgeber mit § 478 IV 1 beispielsweise die Verjährungsvorschriften tatsächlich umfassend geregelt hat. § 478 IV 1 übernimmt zwar im wesentlichen § 475 I 1, könnte aber gleichzeitig eine Regelung in Anlehnung an die Sonderregel des § 475 II für die Verjährung ungewollt unterlassen haben. Entsprechende Bedenken bestehen hinsichtlich der Regelung des Gefahrübergangs und der Gewährleistungsausführung.¹⁵⁷⁸ Jedenfalls im letztgenannten Fall dürften aber häufig zumindest Umgehungen iSd § 478 IV 3 in der Form einer mittelbaren Haftungsbeschränkung vorliegen¹⁵⁷⁹.

Viertens muss die abweichende Vereinbarung iSd § 478 IV 1 für den Letztverkäufer nachteilig sein. Positive Abweichungen sind also nicht betroffen. Unter nachteilige Abweichungen fallen zunächst ausdrückliche Benachteiligungen, wie etwa sachliche und zeitliche Beschränkungen, Beweislastumkehrungen, Kostenvereinbarungen oder Strafmaßnahmen.

Ebenso sind aber verdeckte Benachteiligungen, wie beispielsweise Fiktionen oder abweichende Begriffsdefinitionen, davon erfasst.¹⁵⁸⁰ Nachteilige Abweichungen liegen jedoch nicht nur bei Beschränkungen vor, sondern auch dann, wenn zusätzliche Voraussetzungen für die Käuferrechte aufgestellt werden¹⁵⁸¹. Die Gewährleistung darf deshalb nicht etwa an die Rückgabe der Originalverpackung geknüpft werden, selbst wenn nur mit ihr ein Transport möglich ist¹⁵⁸².

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob der Lieferant die Rüge- und Untersuchungsobliegenheiten nach § 377 HGB ohne weiteres auf den nichtkaufmännischen Unternehmer ausdehnen kann, für den § 377 HGB iVm § 478 VI

¹⁵⁷⁵ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 42.

¹⁵⁷⁶ BT-Drucksache 14/7052, 199.

¹⁵⁷⁷ So aber Hk-BGB/Saenger §§ 478, 479 Rn. 9; ebenso der Sache nach Bereska, ZGS 2002, 59, 62.

¹⁵⁷⁸ Dazu im Einzelnen G.V.

¹⁵⁷⁹ Zur Vorsicht mahnt generell Hoeren, ZGS 2002, 68, 71 in bezug auf § 475.

¹⁵⁸⁰ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 475 Rn. 3.

¹⁵⁸¹ Schubel, JZ 2001, 1113, 1118.

¹⁵⁸² Zum alten Recht schon Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 11 Nr. 10 c AGBG Rn. 5, 7.

eigentlich nicht anwendbar¹⁵⁸³ ist¹⁵⁸⁴. Geht man davon aus, dass § 377 HGB auch keine analoge Anwendung auf alle Unternehmer findet¹⁵⁸⁵, handelt es sich für den nichtkaufmännischen Letztverkäufer um eine zusätzliche Voraussetzung für die Geltendmachung der Letztverkäuferrechte, so dass es grundsätzlich eines „gleichwertigen Ausgleichs“ iSd § 478 IV 1 bedarf.

Schließlich ist zu erwähnen, dass man bei Nichtvorliegen dieser Voraussetzungen des § 478 IV 1 oftmals aber eine Umgehung iSd § 478 IV 2 bejahen können wird.

bb) Vereinbarungen nach Mitteilung des Mangels, § 478 IV 1

Wie erwähnt, werden von § 478 IV 1, basierend auf § 475 I 1, nur abweichende Vereinbarungen erfasst, die vor Mitteilung des Mangels an den Lieferanten getroffen werden.

Unberührt von § 478 IV 1 bleiben im Umkehrschluss daher Abweichungen, die erst nach Mitteilung des Mangels an den Lieferanten erfolgen. Allerdings gilt § 478 IV 1 auch dann nur insoweit nicht, als sich diese Vereinbarung tatsächlich auf den mitgeteilten Mangel bezieht - bisher nicht erkannte Mängel unterliegen also grundsätzlich der Schranke des § 478 IV 1.¹⁵⁸⁶

Dadurch, dass Vereinbarungen nach Mitteilung des Mangels von der Vorgabe des § 478 IV 1 ausgenommen sind, können insbesondere für den Letztverkäufer nachteilige Vergleiche iSd § 779 und Prozess- oder Anwaltsvergleiche geschlossen werden. Hier bedarf es somit keines „gleichwertigen Ausgleichs“ iSd § 478 IV 1.¹⁵⁸⁷ Der Gesetzgeber hat es den Parteien auf diese Weise ermöglicht, die Durchführung der Gewährleistung wenigstens nachträglich elastisch zu gestalten und dabei den praktischsten Weg zu wählen.¹⁵⁸⁸ Damit ist diese Regelung für die Praxis zumindest nicht bedeutungslos¹⁵⁸⁹.

Zweifelhaft ist aber, ob es danach etwa tatsächlich zulässig sein soll, die Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 2 lit. b von fünf auf zwei Jahre zu reduzieren oder einen anderen Verjährungsbeginn zu vereinbaren¹⁵⁹⁰. Denn Vereinbarungen nach Mitteilung des Mangels müssen sich auch unter Unternehmern zumindest an den dann greifenden Mindeststandards der §§ 307 ff. bzw. an den §§ 138, 242 messen lassen¹⁵⁹¹.

Fraglich ist zudem, ob man für diese Ausnahme des § 478 IV 1 nicht eher auf die

¹⁵⁸³ Zweifelhaft ist deshalb, was Laws, Neue Zivilrechtspraxis, Rn. 148, damit meint, dass der Rückgriff nur dann greift, wenn „die Sache bei Übergabe an den regressnehmenden unternehmerischen Käufer nicht erkennbar (§ 377 HGB!) mangelhaft war“.

¹⁵⁸⁴ Wegen der Annäherung des Kaufmanns- an den von Unternehmerbegriff bejahend Matthes, NJW 2002, 2505, 2509 und dort in Fn. 23 auch mit Bezugnahme auf Hoeren, ZGS 2002, 68, 71 f.; ferner Palandt/Putzo, § 478 Rn. 17; dazu auch J.I.1.a.

¹⁵⁸⁵ Näher J.I.1.a.

¹⁵⁸⁶ Palandt/Putzo, § 475 Rn. 3 f.

¹⁵⁸⁷ BT-Drucksache 14/6040, 244; Palandt/Putzo, § 475 Rn. 3 f.; Kainer, AnwBl 2001, 380, 388.

¹⁵⁸⁸ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 475 Rn. 8; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 439 Rn. 7.

¹⁵⁸⁹ So Westermann, NJW 2002, 241, 251.

¹⁵⁹⁰ So jedoch Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 475 Rn. 9.

¹⁵⁹¹ Dies kann nicht nur für Schadensersatzvereinbarungen im Rahmen des § 478 IV 2 gelten, da § 478 IV als Erweiterung und Ergänzung des § 307, nicht aber als Ausschlussgrund dafür gedacht ist; vgl. BT-Drucksache 14/6040, 249; vgl. aber Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 15, mit Verweis auf BR-Drucksache 338/01, 575.

Kenntniserlangung vom Mangel hätte abstellen sollen, anstatt auf den Zeitpunkt der Mangelmitteilung. Zwar wird die Kenntnis regelmäßig erst bei Mitteilung des Mangels nachweisbar sein und daher typischerweise praktisch das gleiche Ergebnis vorliegen. Wenn jedoch eine vorherige Kenntnis des Letztverkäufers belegbar ist, ist dieser nicht schutzwürdiger als in dem Fall, in dem er den Mangel auch mitgeteilt hat.¹⁵⁹² Gegebenenfalls wird man dem Letztverkäufer daher die Einrede des § 242 entgegenhalten müssen.

cc) Umgehungen nach § 478 IV 3

aaa) Allgemeines

Nach dem - § 475 I 2 wörtlich entsprechenden - § 478 IV 3 finden die in § 478 IV 1 bezeichneten Vorschriften außerdem dann Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden sollen. Die in § 478 IV 1 genannten Rechte dürfen ohne „gleichwertigen Ausgleich“ also auch nicht „mittelbar“ beschränkt oder ausgeschlossen werden. Ausgenommen ist hiervon gemäß § 478 IV 2 erneut die Schadensersatzhaftung. Die Umgehungsregelung des § 478 IV 3 ist für alle Verbraucherschutzgesetze klassisch, die auf einer EG-Richtlinie beruhen¹⁵⁹³. Gemäß dem Wunsch, dem Letztverkäufer bei seinem Rückgriff grundsätzlich die gleichen Rechte wie dem Verbraucher zu geben, stellt § 478 IV 3 eine konsequente Übertragung dar.

Von diesem Umgehungsverbot sind allerdings nur Vereinbarungen vor Mitteilung des Mangels betroffen, selbst wenn man dem Wortlaut möglicherweise etwas anderes entnehmen könnte¹⁵⁹⁴. Der Wortlaut des § 478 IV 3 steht auch nicht etwa der generellen Möglichkeit von abweichenden Vereinbarungen entgegen, solange ein „gleichwertiger Ausgleich“ gewährt wird. Dies folgt schon aus dem systematischen Bezug des § 478 IV 3 auf dessen Satz 1.

Das Vorliegen einer „anderen Gestaltung“ beurteilt sich wie bei § 312 f und erfasst auch geschäftsähnliche und tatsächliche Handlungen¹⁵⁹⁵.

Eine „Umgehung“ liegt konkret dann vor, wenn eine gesetzlich verbotene Vereinbarung durch eine andere vertragliche Gestaltung durchgesetzt werden soll und sich dabei aus dem objektiven Interesse des Lieferanten ergibt, dass es ihm gerade um die „Umschiffung“ des entsprechenden Verbotes geht. Es kommt also nicht auf eine subjektive Umgehungsabsicht an, sondern nur auf die objektiven Voraussetzungen einer Umgehung.¹⁵⁹⁶ Entscheidend dafür ist die ökonomische Äquivalenz der zu vergleichenden Vereinbarungen¹⁵⁹⁷. Maßstab ist dabei der Zweck des jeweiligen

¹⁵⁹² Bydlinski, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 381, 399 f.

¹⁵⁹³ BT-Drucksache 14/6040, 244. Nach Westermann, NJW 2002, 241, 251, soll § 475 I 2 aber „kaum“ zur Verstärkung des § 475 erforderlich sein.

¹⁵⁹⁴ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 10, wonach § 475 I 2 bzw. § 478 IV 3 deshalb nicht oft zur Anwendung kommen sollen.

¹⁵⁹⁵ Palandt/Putzo, § 475 Rn. 7 f.

¹⁵⁹⁶ Palandt/Putzo, § 475 Rn. 7; Palandt/Heinrichs, § 306 a Rn. 2 sowie Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 10, mit weiterem Verweis auf Ulmer/Brandner/Hensen (Ulmer), § 7 AGBG Rn. 5.

¹⁵⁹⁷ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 475 Rn. 4.

Verbotes¹⁵⁹⁸. Unerheblich ist, ob sich die Umgehung auf die gesamte Regelung des § 478 IV 1 bezieht oder nur auf bestimmte Teile. Auch ohne ausdrückliche „Abweichung“ iSd § 478 IV 1 darf folglich ohne „gleichwertigen Ausgleich“ weder in Teilen noch insgesamt von den in § 478 IV 1 genannten Vorschriften zu Lasten des Letztverkäufers abgewichen werden.¹⁵⁹⁹

Eine Umgehung ist im Einzelnen zunächst hinsichtlich des Mangelbegriffs bzw. der vereinbarten Vertragsmäßigkeit denkbar. Hier nimmt Erwägungsgrund 22 RL eine mittelbare Einschränkung der Käuferrechte ausdrücklich dann an, wenn der Letztverkäufer im Rahmen des Art. 2 III RL bestimmte Eigenschaften der Kaufsache schlicht als bekannt bestätigt. Daraus ist beispielsweise abzuleiten, dass neue Sachen nicht als gebrauchte Sachen bezeichnet werden dürfen, nur um die Verjährungsfrist verkürzen zu können.¹⁶⁰⁰ Aber selbst bei einer Sache mit Gebrauchsminderungen¹⁶⁰¹ ist eine Umgehung schon dann gegeben, wenn der Lieferant die geschuldete Kaufsache mit der Klausel „wie er steht und liegt“ oder „so wie besehen“ bezeichnet. Ebenfalls ist es unzulässig, Werbung generell für unbeachtlich zu erklären. Etwaige Mängel werden also genau mitgeteilt und zum Vertragsgegenstand gemacht werden müssen, um eine Lieferantenhaftung gemäß § 442 I 1 ausschließen zu können.¹⁶⁰²

Hinsichtlich der eigentlichen Gewährleistungsrechte ist eine Umgehung beispielsweise dann gegeben, wenn eine nachteilige Abweichung durch die deklaratorische Einräumung von bestehenden Rechten ausgeglichen werden soll.

Umgehungen kommen aber etwa auch bei der Wahl gesellschaftsrechtlicher Regelungen oder einem Vertragsschluss im Ausland in Betracht¹⁶⁰³. Denkbar ist eine Umgehung ferner bei der Vereinbarung einer nicht unabhängigen Schiedsstelle¹⁶⁰⁴.

Im übrigen wird man sich für die Beurteilung einer Umgehung an der Wertung des § 306 a (dem bisherigen § 7 AGBG¹⁶⁰⁵) orientieren können¹⁶⁰⁶.

Nimmt man nach diesen Kriterien eine Umgehung an, greift die gleiche Rechtsfolge wie bei § 478 IV 1. Der Lieferant kann sich (nur) nicht auf sie berufen, sie bleibt aber wirksam¹⁶⁰⁷. Ein nichtiges Scheingeschäft iSd § 117 liegt außerdem schon deshalb nicht vor, da die Parteien die rechtlichen Wirkungen der Vereinbarungen regelmäßig auch wünschten¹⁶⁰⁸.

Bevor man jedoch nach den dargelegten Grundsätzen das Vorliegen einer Umgehung iSd § 478 IV 3 bejaht, ist zunächst eine Auslegung des fraglichen Umgehungsversuchs

¹⁵⁹⁸ Palandt/Putzo, § 475 Rn. 6.

¹⁵⁹⁹ Vgl. Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 10; Büdenbender, in: Dauner-Lieb (Hrsg.), AnwK, § 475 Rn. 4; Palandt/Heinrichs, § 306 a Rn. 2 m.w.N.

¹⁶⁰⁰ Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 7 Rn. 3, 7.

¹⁶⁰¹ G.II.1.d zur Frage ob gebrauchte Sachen überhaupt von § 478 IV erfasst sein können.

¹⁶⁰² Zum Fall des Gebrauchtwagenhändlers im Rahmen von AGB etwa Kessler, ZRP 2001, 70, 71 sowie Heinrichs, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 307 Rn. 14; vgl. auch Kirchner/Richter, 10 f.

¹⁶⁰³ Vgl. Palandt/Heinrichs, § 306 a Rn. 2 m.w.N.; zu letzterem aber M.II.

¹⁶⁰⁴ Vgl. indes zum umgekehrten Fall auch Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 445.

¹⁶⁰⁵ BT-Drucksache 14/6040, 153.

¹⁶⁰⁶ Dazu Palandt/Heinrichs, § 306 a Rn. 2 m.w.N.

¹⁶⁰⁷ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 4 zum Fall des Sichberufens.

¹⁶⁰⁸ Palandt-E/Putzo, § 475 Rn. 6 f.

vorzunehmen. Angesichts der weiten Fassung und des Schutzbereichs des § 478 IV 1 wird man dann nämlich häufig schon eine „abweichende Vereinbarung“ annehmen können.¹⁶⁰⁹ § 478 IV 3 wird daher oftmals nicht zur Anwendung kommen, weil z.B. entweder verdeckte Benachteiligungen oder zusätzliche Gewährleistungsvoraussetzungen vorliegen¹⁶¹⁰. Abgrenzungsschwierigkeiten können sich aber etwa bei irreführenden Beschaffenheitsvereinbarungen ergeben. Es ist folglich durchaus denkbar, anstelle der oben genannten Beispiele für „Umgehungen“ auch schon „abweichende Vereinbarungen“ iSd § 478 IV 1 zu bejahen.

Unabhängig von einer genauen Einordnung kann sich der Lieferant jedenfalls nicht auf die Vereinbarung bzw. anderweitige Gestaltung berufen, wenn zumindest entweder eine abweichende Vereinbarung oder eine Umgehung anzunehmen ist. Er darf sich demgemäß beispielsweise auch in keinem Fall die Bestimmung von Eigenschaften, Abweichungen oder von der Musterqualität bzw. von Verkaufsprospekten vorbehalten, wenn dies auf die vertragsgemäße Beschaffenheit Einfluss haben kann.¹⁶¹¹

bbb) Parallele Freizeichnungsgrenzen bei der Herstellergarantie bzw. beim Vertragshändlervertrag

Fraglich ist, ob eine Umgehung iSd 478 IV 3 bei der Gewährleistungsabwicklung im Rahmen einer Herstellergarantie bzw. eines Vertragshändlervertrages denkbar ist¹⁶¹².

Geht man davon aus, dass § 439 II Teil der allgemeinen Gewährleistungshaftung ist, die Herstellergarantie hingegen nur neben die Gewährleistungspflicht tritt, könnte man im letztgenannten Fall möglicherweise eine größere Freiheit gewähren müssen. Bedenkt man aber, dass die Garantie ganz allgemein die Rechte aus der gewöhnlichen Gewährleistungshaftung nach den §§ 437 ff. nicht einschränken soll¹⁶¹³, hat diese Wertung für etwaige Freizeichnungsmaßstäbe ebenfalls umfassend zu gelten. Dies folgt zudem daraus, dass § 478 IV 1 auch für Abweichungen von § 443 einen „gleichwertigen Ausgleich“ verlangt. Entsprechendes trifft für den zugrunde liegenden Vertragshändlervertrag zu. Der Letztverkäufer darf also nicht auf dem Umweg einer vereinbarten Gewährleistungsabwicklung über eine Herstellergarantie bzw. über einen Vertragshändlervertrag gegenüber den §§ 437 ff., 478 IV 1 benachteiligt werden. Damit kann die Gewährleistungsabwicklung zwar nach wie vor über eine Herstellergarantie erfolgen. Sie darf den Letztverkäufer jedoch nicht schlechter stellen, als es § 478 IV 1 erlaubt. Ansonsten wird man eine Umgehung iSd § 478 IV 3 annehmen müssen. Von Bedeutung ist dabei vor allem, dass dem Letztverkäufer heute der Aufwendungsersatzanspruch des § 478 II für die von ihm zu erbringenden Nacherfüllungsaufwendungen zusteht.

¹⁶⁰⁹ Palandt/Heinrichs, § 306 a Rn. 2.

¹⁶¹⁰ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 475 Rn. 3.

¹⁶¹¹ Vgl. Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 222.

¹⁶¹² Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 449 f. Zu den Freizeichnungsgrenzen bei der Gewährleistungsabwicklung im Rahmen einer Herstellergarantie oder eines Vertragshändlervertrages grundlegend schon Graf von Westphalen, NJW 1980, 2227-2234; Nickel, NJW 1981, 1490-1494.

¹⁶¹³ BT-Drucksache 14/6040, 239.

Nach der Wertung des § 478 IV 3 könnte es im Rahmen der Gewährleistungsabwicklung über eine Garantie ferner unzulässig sein, wenn der Hersteller längere Gewährleistungsfristen für die Verbraucheransprüche durchgesetzt hat, sich selbst aber gegenüber dem dadurch belasteten Letztverkäufer auf die normalen Fristen beruft¹⁶¹⁴.

c) „Sichberufen“ und Rechtsfolge des 478 IV 1

Als Rechtsfolge sieht § 478 IV 1 vor, dass sich der Lieferant auf eine Vereinbarung nicht berufen kann, die ohne einen „gleichwertigen Ausgleich“¹⁶¹⁵ negativ von einer dort genannten Norm abweicht. Dies gilt nach § 478 IV 3 auch für Umgehungen des § 478 IV 1, nicht jedoch für den Bereich der Schadensersatzansprüche¹⁶¹⁶.

Die §§ 475 I, 478 V RE sahen noch vor, dass die entsprechende Abweichung unwirksam sein sollte. Diese Rechtsfolge ist jetzt nicht mehr angeordnet. Es wird durch § 478 IV 1 nun klargestellt, dass sich der jeweilige Verkäufer nur nicht mehr auf diese Vereinbarung berufen kann und dadurch der Kaufvertrag im übrigen wirksam bleibt. Es kann also gerade keine Gesamtnichtigkeit des Vertrages mehr nach § 139 eintreten.¹⁶¹⁷ Die iSd § 478 IV 1 unzulässigen Abweichungen werden vielmehr isoliert als „unwirksam“ behandelt¹⁶¹⁸. Insofern kann auch § 306 II nicht greifen¹⁶¹⁹.

§ 478 IV 1 ist ferner lediglich „einseitig zwingend“ bzw. „halbzwingend“. D.h., dass sich nur der Lieferant, nicht aber der Letztverkäufer, nicht auf solche Vereinbarungen berufen kann.¹⁶²⁰ Insofern schützt § 478 IV 1 den Letztverkäufer also einerseits, bevormundet ihn andererseits aber nicht. Denn es steht ihm gerade frei, auf die Hilfe des § 478 IV 1 zu verzichten. Damit trägt diese Option des Letztverkäufers zugleich dem Prinzip der Vertragsfreiheit Rechnung und vermeidet eine unnötig starre Regressregelung. Praktische Bedeutung erlangt die beschriebene Verzichtsmöglichkeit, wenn mächtige Letztverkäufer kleineren Lieferanten gegenüberstehen. Hier ist nämlich sehr zweifelhaft, ob sich diese Letztverkäufer tatsächlich stets auf § 478 IV berufen werden. Häufig dürfte die Pflege der Lieferantenbasis für sie wichtiger sein als die volle Ausübung ihrer Regressrechte nach den §§ 478, 479. Daher werden sich solche Letztverkäufer etwa gut überlegen, ob sie ihre Lieferanten bis zu zwei Jahre in vollem Umfang in Anspruch nehmen.¹⁶²¹

¹⁶¹⁴ So schon zum alten Recht Graf von Westphalen, NJW 1980, 2227, 2233.

¹⁶¹⁵ Dafür trägt allerdings der Lieferant die Beweislast. Letzteres folgt aus der Formulierung des § 478 IV 1 („wenn nicht“) und auch daraus, dass die Möglichkeit des Lieferanten, sich auf abweichende Vereinbarungen berufen zu können, für ihn vorteilhaft ist; im Ergebnis zudem Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 491.

¹⁶¹⁶ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 8.

¹⁶¹⁷ Vgl. den Wortlaut der §§ 475 I 1, 478 V RE bei BT-Drucksache 14/6040, 23, 24 und die Erläuterungen bei BT-Drucksache 14/7052, 199; insofern kann Mansel/Budzikiewicz § 6 Rn. 29 nicht zugestimmt werden, die hier einen Verstoß iSd § 134 annehmen wollen.

¹⁶¹⁸ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 4; derselbe, ebenda, aber missverständlich bei § 478 Rn. 23.

¹⁶¹⁹ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 8.

¹⁶²⁰ Huber/Faust(-Huber), Verbrauchsgüterkauf, Rn. 10; Hassemer, ZGS 2002, 95, 100.

¹⁶²¹ Hinweis von Mankowski in einem Gespräch im Frühjahr 2002 in Hamburg; vgl. jedoch derselbe, DB 2002, 2419, 2420 f., wonach bei „marktmächtigen Abnehmern ...die wirtschaftliche Macht mehr zählen und sich durchsetzen“ wird, der Vordermann also „ökonomisch erpressbar“ ist.

Es ist jedoch problematisch, ob Voranstehendes uneingeschränkt für alle Vertragsabreden gilt. Denn während man einen bewussten Verzicht des Letztverkäufers auf den durch § 307 gewährten Schutz wohl regelmäßig noch akzeptieren kann, ist dies bei den §§ 134, 138, 242 fraglich¹⁶²². Entscheidend dürfte hier sein, dass diese Vorschriften absolute und allgemeine Mindeststandards darstellen¹⁶²³.

Beruft sich der Lieferant gerichtlich oder außergerichtlich¹⁶²⁴ auf eine iSv § 478 IV 1 unzulässige Vereinbarung, folgt nach einer Ansicht für den Letztverkäufer ein Schadensersatzanspruch aus § 311 II wegen Verschuldens bei Vertragsschluss. Dabei müsste dieser so gestellt werden, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung stünde. Es wäre also wenigstens das negative Interesse in der Form des Vertrauensschadens zu ersetzen. Dies erlangte insbesondere dann Bedeutung, wenn der Letztverkäufer wegen des „Sichberufens“ seine Rechte nicht geltend machte und sie daher wegen der inzwischen eingetretenen Verjährung verlöre.¹⁶²⁵ Zweifelhaft daran ist indes, dass das Sichberufen zunächst kein Akt zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist. Einen solchen kann allenfalls die unzulässige Vereinbarung selbst darstellen. Darüber hinaus liegt es wohl näher, dem Lieferanten z.B. die Einrede der Verjährung notfalls nach § 242 zu versagen.¹⁶²⁶ Es kommt bei einem unzulässigen Sichberufen ansonsten jedoch ein Bereicherungsanspruch nach § 812 in Betracht¹⁶²⁷.

d) § 478 IV und die Erfassung gebrauchter Sachen

Während bei § 478 I bis III gebrauchte Sachen vom Letztverkäuferregress ausgeschlossen sind, sieht § 478 IV eine solche Beschränkung jedenfalls ausdrücklich nicht vor¹⁶²⁸.

Zwar ist unter anderem eine für den Letztverkäufer negative Abweichung von § 478 I-III sowie von § 479 nicht zulässig, die gerade nur für „neu hergestellte Sachen“ gelten. Gleichwohl erfasst § 478 IV 1 auch abweichende Vereinbarungen von den §§ 433 bis 435, 437 und 439 bis 443, und diese Vorschriften gelten insbesondere für gebrauchte Sachen. Man könnte § 478 IV vom Wortlaut her also insoweit auch auf diese anwenden wollen. Damit verhinderte man zumindest hier eine richtlinienwidrige Einschränkung¹⁶²⁹ auf „neu hergestellte Sachen“. Aus systematischer Sicht könnte dafür zudem sprechen, dass § 478 IV im Untertitel „Verbrauchsgüterkauf“ steht, der diese Beschränkung nicht kennt.

Zunächst ist § 478 IV aber als Teil der Gesamtregelung der §§ 478, 479 zu verstehen und diese sehen die Einschränkung jedoch wiederum vor. Außerdem könnte die Transparenz innerhalb des Regressregimes der §§ 478, 479 gefährdet sein, wenn davon

¹⁶²² So für § 242, allerdings ohne nähere Begründung Mansel/Budzikiewicz § 6 Rn. 67.

¹⁶²³ Davon gehen Mansel/Budzikiewicz § 6 Rn. 29-31 aus, die in § 478 IV aber einen Fall des § 134 sehen.

¹⁶²⁴ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 4.

¹⁶²⁵ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 21 sowie § 475 Rn. 9, mit Verweis auf BGH, NJW 1994, 2754; Palandt/Heinrichs, 61. Auflage, vor § 8 AGBG Rn. 15.

¹⁶²⁶ Nach allgemein kritischem Hinweis von Mankowski vom 10.06.2003 in Hamburg.

¹⁶²⁷ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 9.

¹⁶²⁸ Darauf gehen etwa Schimmel/Buhlmann, 160, nicht ein, die auch hier die allgemeine Beschränkung auf neu hergestellte Sachen ohne weiteres annehmen.

¹⁶²⁹ Hierzu C.IV.3.b.

gebrauchte Sachen teilweise ausdrücklich ausgeschlossen und teilweise erfasst wären. Auch der Wille des Gesetzgebers, gebrauchte Sachen vom besonderen Verkäuferrückgriff gemäß §§ 478, 479 auszuschließen, ist nicht etwa auf spezielle Teile von § 478 beschränkt. Dies ergibt sich aus der allgemeinen Überzeugung in der Begründung zum Regierungsentwurf, geschlossene Vertriebssysteme nur bei „neu hergestellten Sachen“ annehmen und deshalb lediglich dort Regresserleichterungen einführen zu müssen¹⁶³⁰.

Nach dem Sinn und Zweck einer auf Art. 4 RL basierenden Regressregel muss aber ein umfassender Rückgriff gewährt werden¹⁶³¹. Fraglich ist also, ob hier nicht spätestens eine richtlinienkonforme Auslegung die Erfassung auch gebrauchter Sachen von § 478 IV gebietet. Angesichts des offenen Wortlauts scheitert diese bei § 478 IV 1 jedenfalls nicht an der mangelnden Umsetzungstransparenz hinsichtlich Art. 4 RL¹⁶³². Allerdings könnte man sich fragen, ob Art. 4 RL gerade auch im Rahmen des § 478 IV 1 eine Beschränkung auf „neu hergestellte Sachen“ untersagt. Denkbar ist nämlich, dass Art. 4 RL durch die Gesamtheit der Regresshilfen gemäß §§ 478, 479 ausreichend umgesetzt wurde. Da diese jedoch allesamt nicht für gebrauchte Sachen gelten, können sie auch nicht zu einem von Art. 4 RL geforderten, effektiven Regress für gebrauchte Sachen beitragen. Um der Richtlinie somit wenigstens so weit wie möglich zu genügen, ist § 478 IV also grundsätzlich auf Vereinbarungen über gebrauchte Sachen anzuwenden. Dies entspricht gerade auch dem nun ausdrücklichen Wunsch des Gesetzgebers, dem Letztverkäufer durch die Übernahme des § 475 prinzipiell die gleichen Rechte bzw. den gleichen Schutz zu gewähren, wie dem Verbraucher im Verhältnis zum ihm¹⁶³³.

2. Ergänzung und Erweiterung des § 307

a) § 307 als Auslegungshilfe bzw. als Teil-Prüfungspunkt im Rahmen des § 478 IV 1

Nach den Vorstellungen des Regierungsentwurfs sollte es sich bei dem Vorgänger des jetzigen § 478 IV (§ 478 V RE) noch um eine „bloße“ Erweiterung des § 307 handeln¹⁶³⁴. Gleichwohl sollte schon § 478 V RE jedenfalls dem Wortlaut nach auch für Individualvereinbarungen gelten, während § 307 selbst nur bei AGB anwendbar ist. Da § 478 V RE die Wertung des § 307 erweitern wollte und dabei in der Begründung zum Regierungsentwurf kein Unterschied zwischen AGB und Individualvereinbarungen gemacht wurde, spricht daher vieles dafür, dass die Wertungen des § 307 schon damals auch für Individualvereinbarungen einen Mindeststandard setzen sollten.

Durch die Teilübernahme des § 475 durch den jetzigen § 478 IV 1 war in jedem Fall wiederum ein „Mehr“ gegenüber § 478 V RE iVm § 307 geplant – und zwar auch für Individualvereinbarungen¹⁶³⁵. Denn zum einen gilt § 478 IV 1 iVm § 475 jetzt

¹⁶³⁰ BT-Drucksache 14/6040, 248.

¹⁶³¹ So im Grundsatz auch BT-Drucksache 14/6040, 247.

¹⁶³² Vgl. zur geforderten Umsetzungstransparenz C.IV.3.c.

¹⁶³³ BT-Drucksache 14/7052, 199; Lorenz/Riehm, Rn. 596; Schimmel/Buhlmann, 159, 160.

¹⁶³⁴ BT-Drucksache 14/6040, 249.

¹⁶³⁵ Huber/Faust(-Huber), Verbrauchsgüterkauf, Rn. 39 m.w.N.; aA ohne nähere Begründung jedoch Palandt/Putzo, § 478 Rn. 16 f., wonach nur Vereinbarungen „bei der Verwendung von AGB“ betroffen sind.

ausdrücklich sowohl für AGB als auch für Individualvereinbarungen¹⁶³⁶. Zum anderen wird durch die Anlehnung des § 478 IV an das Unabdingbarkeitspostulat des § 475 klargestellt, dass § 307 (mit seinem Kontrollmaßstab der „unangemessenen Benachteiligung“) dafür insgesamt nur ein „Minus“ sein kann.

Für § 478 IV bedeuten diese Erwägungen nun, dass dessen Vorgaben nach den Wertungen des § 307 im Sinne eines Mindeststandards geschützt werden und zwar bei AGB und Individualvereinbarungen. § 307 dient somit in diesem Sinne erstens als Auslegungshilfe und zweitens als Teil-Prüfungspunkt im Rahmen des § 478 IV 1. Auch wenn § 307 dadurch beim Verkäuferregress kaum je direkt zur Anwendung gelangen wird, erlangt er bei der Kontrolle von AGB und Individualvereinbarungen also zumindest mittelbare Bedeutung für § 478 IV. Dies ergibt sich auch daraus, dass der Gesetzgeber mit dem „gleichwertigen Ausgleich“ für § 478 IV wenigstens im Kern insgesamt auf den im Rahmen des bisherigen AGBG schon anerkannten „Kompensationsgedanken“¹⁶³⁷ anspielt. Sein weiterer Wunsch, mit der Anknüpfung des § 478 IV an § 475 einen Gleichlauf mit den Verbraucherrechten zu erreichen¹⁶³⁸, baut wiederum auf der Idee des „seitengleichen Regresses“ auf. Auch dieses Institut ist eine Errungenschaft im Rahmen des bisherigen § 9 AGBG, dem heutigen § 307¹⁶³⁹.

Zusammenfassend kann es sich bei § 478 IV aus diesen Erwägungen nicht nur um eine Inhaltskontrolle speziell für AGB handeln¹⁶⁴⁰.

Eine andere Frage ist es jedoch, ob die Grundsätze des § 307 iVm § 478 IV 1 bei Individualvereinbarungen stets genauso gelten sollen wie bei AGB.

Dabei ist von Bedeutung, dass der Gesetzgeber durch § 478 IV Abweichungen mittels AGB und Individualvereinbarungen zwar prinzipiell gleichbehandeln wollte. Im Vordergrund stand hier aber der erstrebte Gleichlauf mit den Verbraucherrechten¹⁶⁴¹.

Daraus wird man nicht ableiten können, dass im Verkehr unter Unternehmern eine völlig identische Behandlung von AGB und Individualvereinbarungen geplant war.

Folglich wird man bei der mittelbaren Maßgeblichkeit des § 307 im Rahmen des § 478 IV danach differenzieren dürfen, ob AGB oder Individualvereinbarungen vorliegen.

Schließlich ist im Rahmen der mittelbaren Berücksichtigung des § 307 bei § 478 IV zu erwähnen, dass § 478 IV stets vorrangig ist¹⁶⁴². Theoretisch ist es somit denkbar, dass eine Vertragsabrede einerseits als Verstoß gegen § 307 anzusehen wäre, während sie andererseits nach der besonderen Wertung des § 478 IV 1 zulässig sein könnte¹⁶⁴³.

Schon wegen der spezielleren Rechtsfolge des § 478 IV 1 (der Lieferant kann sich bei

¹⁶³⁶ Vgl. BT-Drucksache 14/7052, 199 zu § 475 und zu § 478 - in Verbindung mit BT-Drucksache 14/6040, 244 zu § 475 RE.

¹⁶³⁷ G.III.1.b.cc.aaa.(1).(a).

¹⁶³⁸ BT-Drucksache 14/7052, 199.

¹⁶³⁹ Für eine Beachtung dieses Grundsatzes im Rahmen des § 307, anstatt einer speziellen Regelung iSd § 478 IV, von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 734; vgl. außerdem Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1425.

¹⁶⁴⁰ So aber Palandt/Putzo, § 478 Rn. 16 f. und offenbar Westermann, NJW 2002, 241, 253.

¹⁶⁴¹ BT-Drucksache 14/7052, 199.

¹⁶⁴² Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 26.

¹⁶⁴³ Aber auch bei § 307 ist jedenfalls schon eine Gesamtbetrachtung anzustellen; BGH, NJW 1996, 389, 390; Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 132; vgl. G.III.1.b.cc.

einem Verstoß gegen § 478 IV 1 nur nicht auf die entsprechende Klausel berufen, während § 307 deren Unwirksamkeit zur Folge hätte) ist § 307 aber regelmäßig durch § 478 IV 1 verdrängt¹⁶⁴⁴.

§ 478 IV 1 muss auch insoweit eine andere Aussage als § 307 machen, als naturgemäß jedenfalls bei Individualvereinbarungen keine „überindividuelle“¹⁶⁴⁵ Betrachtung vorzunehmen ist. Dies bedeutet aber nicht, dass hier deshalb eine Kontrolle aus subjektiver Sicht des Letztverkäufers vorzunehmen wäre.

Vielmehr wird damit nur ausgedrückt, dass die konkrete Individualvereinbarung für den Einzelfall zu betrachten ist und nicht im Hinblick auf ihre Gesamtauglichkeit für eine Vielzahl von Verträgen.¹⁶⁴⁶

b) Mindestniveau des § 307

Wie erwähnt, hat § 478 IV 1 als geplante Erweiterung des § 307 dessen Grundsätze zu beachten: Prinzipiell bilden diese mittelbare Mindeststandards für § 478 IV 1¹⁶⁴⁷. Eine abweichende Vereinbarung iSd § 478 IV 1 darf also weder für AGB noch für Individualvereinbarungen eine „unangemessene Benachteiligung“ iSd § 307 I 1 sein¹⁶⁴⁸.

Dazu muss sie prinzipiell zunächst dem Transparenzgebot nach § 307 I 2 genügen, also klar und verständlich bzw. transparent, richtig und bestimmt sein. Von diesen Vorgaben sind auch Preisbestimmungen, leistungsbeschreibende und deklaratorische Klauseln erfasst.¹⁶⁴⁹

Die Vertragsabrede darf ferner keine „unangemessene Benachteiligung“ iSd § 307 II darstellen. Gemäß § 307 II Nr. 1 hat die Vereinbarung also auch nicht in unvereinbarer Weise von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung¹⁶⁵⁰ abzuweichen. Maßstab ist hier das jeweilige gesetzliche Leitbild. Es ist also der Grad der Abweichung von den §§ 478, 479 zu beurteilen¹⁶⁵¹. Je höher dieser ist, desto höher ist grundsätzlich der zu gewährende „gleichwertige“ Ausgleich iSd § 478 IV 1. Im Prozess erfolgt diese

¹⁶⁴⁴ Insoweit kann Mansel/Budzikiewicz § 6 Rn. 59 nicht zugestimmt werden, die hier im Rahmen von Verjährungsvereinbarungen stets auch § 307 zur Anwendung kommen lassen wollen.

¹⁶⁴⁵ So aber für AGB BGHZ 105, 24, 31.

¹⁶⁴⁶ Dazu mehr unter G.III.1.b.cc.bbb.(1).

¹⁶⁴⁷ So ohne nähere Begründung auch Mansel/Budzikiewicz § 6 Rn. 67.

¹⁶⁴⁸ Zur jetzt besonderen Bedeutung des § 307 I etwa Schubel, JZ 2001, 1113, 1120.

¹⁶⁴⁹ § 307 I 2 ist eine eigenständige Inhaltskontrolle, so dass eine weitere, inhaltlich unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners nicht erforderlich ist; BT-Drucksache 14/6040, 153 f., unter Bezugnahme auf BGHZ 106, 42, 49, Ulmer/Brandner/Hensen (Brandner), § 8 AGBG Rn. 8a, 45 sowie auf Ulmer/Brandner/Hensen (Brandner), § 9 AGBG Rn. 87 ff., 174; dazu auch Heinrichs, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 307 Rn. 9.

¹⁶⁵⁰ Zwar gehören zu den gesetzlichen Regelungen iSd § 307 II Nr. 1 auch solche nach Art. 2 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, vom 18. August 1896 (RGBl. 604/BGBl. III 400-1) in der ab 1. Oktober 1994 geltenden Neufassung vom 21. September 1994 (BGBl. I 2494, ber. 1997 I, 1061), in der Fassung des Dritten Gesetzes zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften vom 21. August 2002 (BGBl. I 3322); im Folgenden: EGBGB. Unter Art. 2 EGBGB fallen auch ungeschriebene Rechtsgrundsätze und das Gewohnheitsrecht; BGHZ 89, 206, 211; 100, 158, 163; 121, 13, 18. Doch muss eine solche Regelung stets Leitbildfunktion haben und darf nach dem BGH nicht bloß eine Zweckmäßigkeitsvorschrift sein; BGHZ 41, 151, 154; 54, 106, 110 f.; 89, 206, 211.

¹⁶⁵¹ Palandt/Putzo, § 478 Rn. 17, mit Verweis auf BGH, NJW 1994, 1069, 1070, für den bisherigen § 9 AGBG.

Abschätzung anhand von § 287 ZPO¹⁶⁵². Da die §§ 478, 479 Bestandteil der sonstigen Sondervorschriften über den Verbrauchsgüterkauf sind, sind aber auch die §§ 474 ff. zu beachten¹⁶⁵³. Zwar ist dabei generell zu berücksichtigen, dass dieses Leitbild unter Unternehmern möglicherweise anders aufzustellen ist¹⁶⁵⁴. Speziell beim Verkäuferrückgriff soll der Letztverkäufer jedoch im wesentlichen die gleichen Rechte wie der Verbraucher haben, um nicht in einer „Regressfalle“ gefangen zu bleiben.

Sofern die deutsche Umsetzung der RL und speziell des Art. 4 RL nicht richtlinienkonform oder zumindest bedenklich ist, ist bei § 307 II Nr. 1 als Leitbild auch eine Heranziehung der RL zu erwägen. Weitergehend könnte man hier auch das CISG, an dem sich die RL wiederum orientiert hat, berücksichtigen. Im Rahmen des § 307 II Nr. 1 könnten zudem die immanenten Schranken des Europäischen Schuldvertragsrechts und damit dessen allgemeine Rechtsgrundsätze oder generelle Rechtsstaatsprinzipien einbezogen werden¹⁶⁵⁵. Auch eine Auslegung des EuGH zu erfolgten Rechtsetzungsmaßnahmen und deren Annexen könnte Beachtung finden. Ferner bietet sich ein rechtsvergleichender Ansatz an.¹⁶⁵⁶

§ 307 II Nr. 2 stellt für § 478 IV 1 einen weiteren mittelbaren Standard auf. Nach § 307 II Nr. 2 dürfen sich aus der Natur des Vertrages ergebende, wesentliche Rechte oder Pflichten (vor allem die Kardinalpflichten) nicht derart eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Neben den Rechten und Pflichten, die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, können hier auch grundlegende Nebenpflichten erfasst sein¹⁶⁵⁷. Bedeutung wird erlangen, dass die Vertragsrechte und -pflichten nach der Schuldrechtsreform 2002 nun vor allem an die Parteivereinbarung gebunden sind. Dies bringt es unter anderem mit sich, dass bei der Übernahme eines Beschaffungsrisikos gemäß der Wertung der §§ 276 I 1, 443 f. dem widersprechende Klauseln unzulässig sind.¹⁶⁵⁸ Insgesamt wäre daher zumindest eine vollständige Abbedingung des Verkäuferregresses auch ohne § 478 IV 1 schon nach den skizzierten Vorgaben an kaum zu überwindende Hürden gebunden¹⁶⁵⁹.

c) Bedeutung des § 310 I im Rahmen des § 478 IV

aa) Bedeutung der §§ 308, 309, 310 I 2 für einen „seitengleichen Regress“

aaa) Allgemeine Herleitung der Berücksichtigung bei § 478 IV

Mehrfach wurde darauf hingewiesen, dass § 478 IV eine Erweiterung des § 307 ist, so

¹⁶⁵² Palandt/Putzo, § 478 Rn. 17; Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 7.

¹⁶⁵³ Anders beim allgemeinen Kauf; Heinrichs, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 307 Rn. 13.

¹⁶⁵⁴ Allgemein dazu Canaris, Schuldrechtsreform 2002, XXXIII; kritisch etwa auch Hassemer, ZGS 2002, 95, 98 f.

¹⁶⁵⁵ Zu letzterem gehört das Gebot des Vertrauensschutzes, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Rückwirkungsverbot.

¹⁶⁵⁶ Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 141 f.; allgemein zur Berücksichtigung dieser Aspekte Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, Rn. 193-197.

¹⁶⁵⁷ BGH, NJW 1985, 915.

¹⁶⁵⁸ Näher Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 307 Rn. 10-17.

¹⁶⁵⁹ Näher zum Konkurrenzverhältnis zwischen § 478 IV 1 und §§ 307 ff. unter G.II.2.a und vor allem d.

dass dieser bei der Beurteilung einer abweichenden Vereinbarung iSd § 478 IV 1 mittelbar zu berücksichtigen ist. Fraglich bleibt danach aber, inwieweit die speziellen AGB-Klauselverbote der §§ 308, 309 bei § 478 IV zu beachten sind. Denn nach § 310 I 1 finden diese gegenüber einem Unternehmer zwar einerseits keine direkte Anwendung. Andererseits sind sie dort nach § 310 I 2 über § 307 I und II mittelbar zu berücksichtigen.

Die §§ 308, 309 sind spezielle Klauselverbote im Rahmen der AGB-Inhaltskontrolle, die sich im wesentlichen an den bisherigen §§ 10, 11 AGBG anlehnen¹⁶⁶⁰. Anders als bei § 309 besteht bei der Überprüfung nach § 308 eine Wertungsmöglichkeit.

Nach der bisherigen Ansicht des BGH war für deren Beachtung unter Unternehmern vor allem auf das Vorliegen eines eigenen Gerechtigkeitsgehaltes (im Gegensatz zu reinen Zweckmäßigkeitserwägungen) der betroffenen gesetzlichen Regeln abzustellen¹⁶⁶¹. Diesen bejahte man gerade bei den Regeln des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts und maß den jetzigen §§ 308, 309 konsequenterweise eine Indizwirkung¹⁶⁶² auch dort bei.

In der Literatur wurde hingegen insbesondere auf den für jeden Vertragstyp durch die gesetzliche Regelung vorgenommenen Interessenausgleich geachtet. Danach sollten Vorschriften unabdingbar sein, deren tragender Inhalt wesentliche Bedeutung für die Rechtsstellung der Vertragsparteien und die angemessene Verteilung der Vertragsrisiken hatte. Damit waren vorwiegend jene Regeln gemeint, die den Interessen des Vertragspartners dienen. Das Schrifttum stellte also eher auf den „Kernbereich des dispositiven Rechts“ ab und betonte die vom bisherigen § 24 AGBG (jetziger § 310 I 2) bezweckte „größere Flexibilität“ und die gruppentypisch geringere Schutzbedürftigkeit unter Unternehmern. Die bisherigen §§ 10, 11 AGBG sollten nach dieser Wertung dort folglich nur als Anhaltspunkte herangezogen werden.¹⁶⁶³

Insgesamt ist aber zumindest § 308 schon nach bisherigen Grundsätzen regelmäßig auf den Verkehr unter Unternehmern übertragbar¹⁶⁶⁴.

Bei § 309 ist zu berücksichtigen, dass hier speziell im Rahmen des Verkäuferregresses eine weitreichende „Parallelwirkung in der Unternehmersphäre“ stattfand. Dies war bisher besonders dann zu erwägen, wenn wirtschaftliche Abhängigkeiten bestanden oder bloße Nebentätigkeiten des Letztverkäufers von der Vereinbarung betroffen waren.¹⁶⁶⁵

Zum Schutz des Letztverkäufers wurde dabei der Gedanke vom „seitengleichen Regress“ entwickelt, wonach die §§ 308, 309 über die §§ 307, 310 I 2 grundsätzlich auch im Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten zu beachten waren¹⁶⁶⁶.

Dort bestand also schon damals die Grundidee der §§ 478, 479, dem Letztverkäufer die gleichen Rechte wie dem Verbraucher zu gewähren. Mithin wird man eine Indizwirkung der §§ 308, 309 nicht nur allgemein wegen der vom Gesetzgeber anlässlich der Begründung zur Schuldrechtsreform betont gewünschten „Ausstrahlungswirkung“ auf

¹⁶⁶⁰ BT-Drucksache 14/6040, 154.

¹⁶⁶¹ BGHZ 54, 106, 110; 63, 238, 239.

¹⁶⁶² BGHZ 90, 278, 103, 328; vgl. auch Mankowski, DB 2002, 2419, 2421.

¹⁶⁶³ Ausführlich Schubel, JZ 2001, 1113, 1114 f.

¹⁶⁶⁴ Ulmer/Brandner/Hensen (Brandner), § 24 AGBG Rn. 22.

¹⁶⁶⁵ MünchKomm/Basedow, Band 1, § 24 AGBG Rn. 6 f.

¹⁶⁶⁶ Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 123.

den Unternehmerverkehr als verstärkt ansehen dürfen¹⁶⁶⁷, sondern gerade auch wegen der diesen Gedanken fortführenden §§ 478, 479. Dies folgt ferner daraus, dass der Verkäuferrückgriff nach den §§ 478, 479 auf entsprechenden Gerechtigkeitsprinzipien beruht, wie dem Verantwortungsprinzip¹⁶⁶⁸. Insofern könnte die Schuldrechtsreform jedoch auch zu einer „Ausstrahlungsfalle“ im Rahmen des ohnehin schon letztverkäuferfreundlichen § 478 IV 1 führen.¹⁶⁶⁹

§ 310 I 2 setzt das Vorliegen von AGB voraus. Zu prüfen ist mithin, ob § 478 IV nicht nur als Erweiterung des § 307, sondern auch des § 310 I 2, auf Individualvereinbarungen zu verstehen ist. Entscheidend ist, dass § 310 I 2 den Anwendungsbereich des § 307 regelt und daher nur zusammen mit § 307 verständlich ist. Somit sind die §§ 308, 309 über § 310 I 2 bei § 478 IV selbst bei Individualvereinbarungen zu berücksichtigen.

bbb) Abgeschwächter Einfluss wegen der nur doppelt mittelbaren Relevanz für § 478 IV

Für den „gleichwertigen Ausgleich“ bedeutet die mittelbare Beachtung der §§ 308, 309 im Rahmen des § 478 IV, dass ein noch so großer „Ausgleich“ prinzipiell ungenügend ist, wenn die Abweichung zu Lasten des Letztverkäufers gegen die in den §§ 308, 309 enthaltenen Wertungen in unerträglichem Maße verstößt. Ein solcher Verstoß muss in doppelter Hinsicht „erheblich“ sein.

Denn erstens ist zu bedenken, dass die §§ 308, 309 für § 478 IV ohnehin nur in zweifach mittelbarer Weise Beachtung finden und ein Widerspruch zu diesen für § 478 IV daher besonders bedeutsam sein muss: § 307 findet bei § 478 IV nur deshalb Berücksichtigung, weil § 478 IV als dessen Erweiterung und Ergänzung zu verstehen ist, und zudem greifen die §§ 308, 309 dort dann nur nach Maßgabe des § 310 I 2.

Zweitens werden die meisten unter § 478 IV fallenden Abweichungen wenigstens irgendeinen „Ausgleich“ und daher keine gänzlich einseitige Benachteiligung des Letztverkäufers vorsehen.

Das bedeutet für die §§ 308, 309, dass bei isolierter Betrachtung der nachteiligen Abredenelemente zwar regelmäßig ein Verstoß gegen die Wertungen der §§ 308, 309 anzunehmen sein dürfte, der in der Vereinbarung getroffene „Ausgleich“ diesen Effekt aber wieder neutralisieren kann. Es darf also im Rahmen des § 478 IV (wie grundsätzlich schon bei § 307) gerade auch in die Schutzsphäre der §§ 308, 309 eingegriffen werden. Die Beachtung der §§ 308, 309 im Rahmen des § 478 IV hat somit nur die Bedeutung, einen mehrfach mittelbaren Mindeststandard für den „gleichwertigen Ausgleich“ zu setzen.

Daraus folgt das eingangs festgehaltene Berücksichtigungsausmaß: Ein Ausgleich ist im Lichte der mittelbar einbezogenen §§ 308, 309 nur dann nicht iSd § 478 IV 1 „gleichwertig“, wenn in unerträglicher Weise gegen deren Wertungen widersprochen wird.

Beispielsweise wäre es nach § 478 IV iVm den §§ 309 Nr. 8, 307, 310 I 2 demzufolge unzulässig, den Verkäuferregress gemäß §§ 478 I, 437 ff. gänzlich auszuschließen, auch wenn dem Letztverkäufer dafür eine dreißigjährige Verjährungsfrist für den Anspruch

¹⁶⁶⁷ Näher BT-Drucksache 14/6040, 158; vgl. auch Schubel, JZ 2001, 1113, 1117; MünchKomm/Basedow, Band 2 a, § 307 Rn. 69 f.

¹⁶⁶⁸ Mankowski, DB 2002, 2419, 2421.

¹⁶⁶⁹ Vgl. Schubel, JZ 2001, 1113, 1115, 1116.

aus § 478 II zustünde. Denn hiermit verstieße man in fundamentaler Weise, und ohne Ausgleich speziell in diesem Bereich, gegen die Wertung der AGB-Regeln für die Mängelgewährleistung.

Dieses Ergebnis wäre auch nicht mit Art. 4 RL vereinbar, da dem Letztverkäufer der Rückgriff von vornherein versperrt bliebe, wenn der Verbraucher etwa den Kaufpreis mindert oder vom Kaufvertrag zurücktritt. Insoweit nutzte dem Letztverkäufer selbst der durch die Vereinbarung aufgewertete Anspruch des § 478 II gerade nicht, es sei denn, er kann vergebliche Nacherfüllungsaufwendungen verlangen. Dies wird er aber vor allem bei besonders gravierenden Mängeln nicht können, da er sich in diesen Fällen auf § 439 III berufen müsste, um den Letztverkäuferrückgriff nicht an einem Handeln aus Kulanz scheitern zu lassen.

bb) § 310 I 2 und die konzeptionelle Einbindung von Netzverträgen und Verbundsystemen

Wegen der Berücksichtigung des § 310 I 2 bei § 478 IV ist dort prinzipiell auch § 310 I 2 Hs. 2 zu beachten. Wie schon generell erwähnt, kann dies aber nur doppelt mittelbar geschehen¹⁶⁷⁰. Nach § 310 I 2 Hs. 2 ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen¹⁶⁷¹. Die Schutzbedürftigkeit ist bei Unternehmern nämlich sehr unterschiedlich gegeben. Im Rahmen der §§ 307 I, 310 I 2 kann daher etwa die Unternehmensgröße, -branche, -organisation bzw. -funktion oder die Ausübung als Kern- oder Nebenbetrieb¹⁶⁷² zu unterschiedlichen Beurteilungen führen. Es bietet sich durch die mittelbare Beachtung des § 310 I 2 bei § 478 IV somit auch die Möglichkeit, die unterschiedlich starken Glieder der Lieferkette und das „Gesamtsystem“ des Vertriebsweges sowie dessen Funktionsfähigkeit hinreichend zu würdigen. Speziell die Besonderheiten der Kettenstufen und die Haftungsnähe der potentiellen Regressschuldner können hier berücksichtigt werden¹⁶⁷³.

Dazu wäre etwa auch eine Heranziehung der Idee vom „Netzvertrag“ denkbar, wonach die Lieferkette potentiell ein einheitliches Gebilde darstellt und möglicherweise als solches zu behandeln wäre.

Anhand dieser Kriterien kann bei einer durchgeplanten und –strukturierten Lieferkette beispielsweise der Fall bedacht werden, dass ein relativ unbedeutender Lieferant seine Ware an große Lebensmittelketten-Letztverkäufer liefert.¹⁶⁷⁴

¹⁶⁷⁰ G.II.2.c.aa.bbb.

¹⁶⁷¹ Vgl. Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 429. Der Bundesrat wollte die Unternehmen im Rahmen des § 310 bezüglich ihrer Vertragsfreiheit nicht unangemessen einschränken und dies hier etwa durch die Einführung einer zu berücksichtigenden „geringeren Schutzbedürftigkeit“ klarstellen; BT-Drucksache 14/6857, 17. Die Bundesregierung hielt die gewünschten „flexibleren Prüfungskriterien“ jedoch bereits ausreichend in § 310 I erwähnt und sah durch einen solchen vorgeschlagenen Verweis nur die Rechtsunsicherheit erhöht; BT-Drucksache 14/6857, 54.

¹⁶⁷² Vgl. BGH, NJW 1983, 159, 160; MünchKomm/Basedow, Band 1, § 24 AGBG Rn. 6 f.; Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 126.

¹⁶⁷³ Grundsätzlich auch Hassemer, ZGS 2002, 95, 101, unter Hinweis auf die damit verbundenen praktischen Probleme für die Rechtsprechung.

¹⁶⁷⁴ In diesem Sinne Möschel, AcP 186 (1986), 187, 211, 227; vgl. dazu außerdem RGZ 54, 329.

Durch die mittelbare Beachtung des § 310 I 2 im Rahmen des § 478 IV ist es folglich zum einen möglich, einem gegebenenfalls ungerechtfertigten Letztverkäuferschutz zu begegnen und damit auch die Kritik¹⁶⁷⁵ am pauschalen Bild vom „schwachen Letztverkäufer“ aufzunehmen. Zum anderen kann ein besonders schutzwürdiger Letztverkäufer entsprechend aufgewertet werden.

Es könnten hier sogar die nach Beendigung des Vertragshändlervertrages bestehenden Rücknahmeverpflichtungen des Lieferanten in bezug auf die verbleibenden Lagerbestände des Letztverkäufers in die Beurteilung gemäß § 478 IV einbezogen werden¹⁶⁷⁶. Darüber hinaus kann über § 310 I 2 Hs. 2 berücksichtigt werden, ob die betroffenen Unternehmerkreise an der Fassung der entsprechenden AGB mitgewirkt haben¹⁶⁷⁷. Denn bei kollektiv ausgehandelten und von den beteiligten Letztverkäufer- und Lieferantenkreisen allgemein als „gleichwertig“ anerkannten AGB wird man auch auf die Gesamtbilanz der beiderseitigen Interessen abstellen können¹⁶⁷⁸. Andererseits ist zu bedenken, dass sich die „Gleichwertigkeit“ des Ausgleichs dennoch jeweils anhand der im Einzelfall getroffenen Vereinbarung bemisst¹⁶⁷⁹. Da sich identische Abweichungen jeweils unterschiedlich auswirken können, ist es somit wohl kaum möglich, eine passende Formel für einen gesamten Wirtschaftszweig zu finden¹⁶⁸⁰.

d) Das Konkurrenzverhältnis zwischen § 478 IV 1 und den §§ 307 ff.

Allgemein fragt sich, in welchem Konkurrenzverhältnis § 478 IV 1 und die §§ 307 ff. stehen¹⁶⁸¹. Wie bereits erwähnt¹⁶⁸², ist im Rahmen der mittelbaren Berücksichtigung des § 307 bei § 478 IV letzterer jedenfalls vorrangig¹⁶⁸³, soweit es um den Anwendungsbereich der §§ 478, 479 und insbesondere die Bestimmung des „gleichwertigen Ausgleichs“ iSd § 478 IV 1 geht. Da § 478 IV 1 eine Spezialregelung gegenüber den §§ 307 ff. ist, muss dies auch bei einem direkten „Zusammenstoß“ des § 478 IV 1 mit den §§ 307 ff. gelten. Für den theoretischen Fall, dass eine Vertragsabrede einerseits als Verstoß gegen § 307 anzusehen wäre, während sie andererseits nach der besonderen Wertung des § 478 IV 1 zulässig sein könnte¹⁶⁸⁴, sind also auch hier schon wegen der spezielleren Rechtsfolge des § 478 IV 1 (der Lieferant kann sich bei einem Verstoß gegen § 478 IV 1 nur nicht auf die entsprechende Klausel berufen, während § 307 deren Unwirksamkeit zur Folge hätte) die §§ 307 ff. regelmäßig durch § 478 IV 1 verdrängt¹⁶⁸⁵.

¹⁶⁷⁵ Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 281, 311, 319; Kretschmer/Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 17. Januar 2000, 3.

¹⁶⁷⁶ Dazu allgemein Sommer (Diss. Köln 2000), 127-129.

¹⁶⁷⁷ Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 129.

¹⁶⁷⁸ BGHZ 86, 141 ff.

¹⁶⁷⁹ Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 491.

¹⁶⁸⁰ Scherer, ZGS 2002, 362, 366.

¹⁶⁸¹ Hinweis von Mankowski vom 10.06.2003 in Hamburg.

¹⁶⁸² G.II.2.a.

¹⁶⁸³ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 26.

¹⁶⁸⁴ Aber auch bei § 307 ist jedenfalls schon eine Gesamtbetrachtung anzustellen; BGH, NJW 1996, 389, 390; Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 132; vgl. G.III.1.b.cc.

¹⁶⁸⁵ Insoweit kann Mansel/Budzikiewicz § 6 Rn. 59 nicht zugestimmt werden, die hier im Rahmen von Verjährungsvereinbarungen stets auch § 307 zur Anwendung kommen lassen wollen; G.II.2.a.

§ 478 IV 2 führt allerdings hinsichtlich des Schadensersatzes dazu, dass sich diesbezügliche Regelungen umfassend nur nach § 307 richten. Die §§ 307 ff. müssen jedenfalls auch insoweit Anwendung finden, als § 478 IV 1 überhaupt nicht einschlägig ist. Dies ist dann der Fall, wenn die zu prüfenden Vertragsvereinbarungen die §§ 478, 479 nicht betreffen. Denkbar sind hier beispielsweise Abreden im Vertrag über die Rechtsnachfolge oder Gerichtsstandsvereinbarungen. Hier zeigt sich, dass auch ein Nebeneinander von § 478 IV 1 und den §§ 307 ff. in Frage kommt¹⁶⁸⁶.

Umgekehrt scheidet die Anwendung der §§ 307 ff. selbstverständlich stets aus, wenn es sich um Individualvereinbarungen handelt. Allerdings ist zuvor § 306 a zu beachten, wonach die AGB-Regeln nicht umgangen werden dürfen.

3. Ablehnung einer teleologischen Reduktion auf das „reine Regressinteresse“

Man kann, wie schon bei § 478 I, III oder im Rahmen des § 479 II, auch bei § 478 IV 1 eine teleologische Reduktion auf das „reine Regressinteresse“ des Letztverkäufers erwägen, um eine „überschießende Privilegierung“ zu vermeiden. Der Letztverkäufer könnte demgemäß auf das Gewährleistungsrecht zu beschränken sein, das der Verbraucher ihm gegenüber ausgeübt hat. Da der Letztverkäufer nach dieser Wertung schon nicht nach § 478 I vom Kaufvertrag mit dem Lieferanten zurücktreten könnte, wenn der Verbraucher nur gemindert hat, wäre nach § 478 IV 1 demzufolge auch eine entsprechende Beschränkung der Letztverkäuferrechte auf die Minderung zulässig¹⁶⁸⁷. Gegen eine solche teleologische Reduktion sprechen aber auch hier zunächst die gleichen Gründe wie bei der Ablehnung im Rahmen des § 478 I und III sowie bei § 479¹⁶⁸⁸. Wenn dort eine solche Beschränkung für den Verkäuferrückgriff schon im Grundsatz nicht vorgenommen wird, kann dies konsequenterweise erst recht nicht im Rahmen des diese Vorschriften nur schützenden § 478 IV 1 erfolgen.

III. Konkrete Kriterien für einen „gleichwertigen Ausgleich“ im Sinne des § 478 IV 1

1. Bezugsgrundlage für die „Gleichwertigkeit“

a) Ausgangslage

Es ist von entscheidender Bedeutung für vertragliche Haftungsvereinbarungen und für die Praxis damit wohl der wichtigste Punkt im Rahmen der §§ 478, 479, was unter einem „gleichwertigen Ausgleich“ iSd § 478 IV 1 zu verstehen ist. Denn die Wirtschaftspraxis hat ein Interesse an „weniger beschwerenden Lösungen“ als der gesetzlichen und eher komplizierten Ausprägung des Letztverkäuferschutzes in Form der §§ 478, 479¹⁶⁸⁹. Der Gesetzgeber selbst nennt ausdrücklich nur ein Beispiel. Es können bei § 478 II „pauschale Abrechnungssysteme“ an die Stelle einzelner Ansprüche gesetzt werden. Im

¹⁶⁸⁶ Hinweis von Mankowski vom 10.06.2003 in Hamburg.

¹⁶⁸⁷ Oetker/Maultzsch, 193.

¹⁶⁸⁸ Dazu C.V.3, 5 und E.II.1.c.

¹⁶⁸⁹ Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 429.

übrigen bleibt zunächst unklar, was ein „gleichwertiger Ausgleich“ sein soll.¹⁶⁹⁰ Denn als eindeutige Vorgabe ist § 478 IV 1 sonst nur zu entnehmen, dass eine einseitige Kostenbelastung des Letztverkäufers nicht möglich ist¹⁶⁹¹. Aus Art. 4 RL lässt sich ebenfalls nichts näheres herleiten. Der deutsche Gesetzgeber wollte dies allerdings auch gerade nicht genauer festlegen. Dahinter stand der Wunsch, den Vertragsparteien einen flexiblen Gestaltungsspielraum zu belassen.¹⁶⁹² Da aber die einzige Möglichkeit, vor Mitteilung des Mangels eine iSd § 478 IV 1 negativ abweichende Regelung zu vereinbaren, darin besteht, einen „gleichwertigen Ausgleich“ zu gewähren, ist es sehr misslich, dass dessen Festlegung somit weitgehend der Wissenschaft, Rechtsprechung und Praxis überlassen bleibt. Erschwerend kommt hinzu, dass speziell der „gleichwertige Ausgleich“ iSd § 478 IV als relativ unbestimmter Rechtsbegriff die Gefahr einer „erheblichen Rechtsunsicherheit“ birgt.¹⁶⁹³ Vorabentscheidungen¹⁶⁹⁴ des EuGH werden hier nur bedingt helfen können, da es bei § 478 IV um ein Tätigwerden des deutschen Gesetzgebers innerhalb des von der RL gewährten Spielraumes bei Art. 4 RL geht. Es rührt eher weitere Rechtsunsicherheit daher, dass der EuGH im Ergebnis nun auch im deutschen allgemeinen Kaufrecht für die Auslegung zuständig sein kann.¹⁶⁹⁵ Diese Ungewissheit muss umso bedauerlicher sein, als hier viele Streitfragen und Prozesse auftreten werden¹⁶⁹⁶ und § 478 IV erhebliche Auswirkungen auf die umfangreichen Verträge innerhalb der Absatzkette hat¹⁶⁹⁷. Hier könnte sich ferner der im Vorfeld der Schuldrechtsreform vermutete teure Schulungs- und Beratungsbedarf verwirklichen, der zudem in kurzer Zeit zu befriedigen ist bzw. war¹⁶⁹⁸. Immerhin dürfte aufgrund des eindeutigen Verständnisses des § 478 IV als Erweiterung des § 307 klar sein, dass ein „gleichwertiger Ausgleich“ nicht nur mittels Individualvereinbarungen zu erzielen ist¹⁶⁹⁹.

b) Einzelne Ansatzpunkte

aa) Voller wirtschaftlicher Ersatz im Sinne einer „kommerziellen Äquivalenz“

Nach einer Ansicht ist aus dem vom Gesetzgeber genannten Beispiel der „pauschalen Abrechnungssysteme“ die „kommerzielle Natur“ des Ausgleichs iSd § 478 IV 1 zu folgern. Letztlich soll danach entscheidend sein, ob dem Letztverkäufer durch die

¹⁶⁹⁰ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 24; kritisch zur mangelnden Genauigkeit der in den §§ 478, 479 enthaltenen Formulierungen auch Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1403.

¹⁶⁹¹ Reinking, DAR 2002, 15, 23.

¹⁶⁹² Bereska, ZGS 2002, 59, 62.

¹⁶⁹³ Zerres, VuR 2002, 3, 14; Lorenz/Riehm, Rn. 596.

¹⁶⁹⁴ Kainer, AnwBl 2001, 380, 388.

¹⁶⁹⁵ Zerres, VuR 2002, 3, 15.

¹⁶⁹⁶ Zerres, VuR 2002, 3, 14.

¹⁶⁹⁷ Brüggemeier, JZ 2000, 529, 534.

¹⁶⁹⁸ Einzelhandel und produzierendes Gewerbe mussten Verträge mit einem Gesamtvolumen von 789 Milliarden bzw. 2.340 Milliarden DM in kurzer Zeit und mit Hilfe einer nur bedingt geschulten Anwaltschaft ändern; Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 2 f.

¹⁶⁹⁹ Näher Schubel, JZ 2001, 1113, 1118; anders offenbar und ohne Begründung Heussen, MDR 2002, 12, 17 - zur Unzulässigkeit einseitiger Abweichungen durch AGB. Näher zum Konkurrenzverhältnis zwischen § 478 IV 1 und §§ 307 ff. unter G.II.2.a und vor allem d.

abweichende Vereinbarung die von Art. 4 RL beabsichtigten Rechte ohne „kommerzielles Äquivalent“ vorenthalten werden. Folglich hätte nach dieser Auffassung eine Saldierung der Vor- und Nachteile in Geld zu erfolgen, die zugunsten des Letztverkäufers wenigstens ein ausgeglichenes Ergebnis aufweisen müsste. Eine zum „endgültigen Rechtsverlust“ führende Abweichung hätte demzufolge den durch diesen Verlust entstandenen Nachteil in kommerzieller Hinsicht „voll“, d.h. mindestens in Höhe der erforderlichen, tatsächlichen Aufwendungen, zu ersetzen. Die jeweiligen Gewährleistungskosten des Letztverkäufers müssten danach also offenbar stets, auch im Rahmen von Pauschalierungen, voll ersetzt werden. Gleichzeitig soll die „Regreßfälle“ offen“ bleiben.¹⁷⁰⁰ Erste Schwierigkeiten bereitet ein solches Abstellen auf die „volle kommerzielle Äquivalenz“, wenn etwa Verjährungsverkürzungen in Geld auszugleichen sind. Hier ist es nämlich zum einen denkbar, dass sich diese später gar nicht auswirken. Denn dann wäre nach der geforderten „kommerziellen Äquivalenz“ offenbar überhaupt gar kein Ausgleich notwendig gewesen. Zum anderen kann die Verjährungserleichterung aber auch gerade der entscheidende Grund für das Scheitern des Regresses gewesen sein. Der Ausgleich wäre nach der These vom vollen Ausgleich dann wohl nur „gleichwertig“, wenn dieser Verlust schon in der Vereinbarung selbst voll kompensiert worden wäre. Der Lieferant hätte also, um stets sicher zu sein, alle nur erdenklichen Nachteile schon von vornherein in der Vertragsabrede zu berücksichtigen und damit auch den Verlust der Handelsspanne des Letztverkäufers. Dazu wird es wegen des gegenüber dem Verbraucher geltenden § 309 Nr. 8 lit. b Doppelbuchstabe aa bzw. § 475 I 2 prinzipiell nicht ausreichen, dass der Lieferant die Letztverkäuferhaftung gegenüber dem Verbraucher übernimmt¹⁷⁰¹. Blicke es bei diesem Verständnis vom „gleichwertigen Ausgleich“, wären abweichende Vereinbarungen für den Lieferanten nicht nur praktisch nutzlos, sie schädeten dem Lieferanten regelmäßig sogar. Denn da der Lieferant danach vorsichtshalber alle denkbaren Haftungsfolgen in seinem Ausgleich abdecken müsste – auch die für denkbare Rückrufaktionen¹⁷⁰² –, verspräche er häufig mehr, als nach den §§ 478, 479 eigentlich erzielbar ist. Deutlich wird dies vor allem bei der Handelsspanne des Letztverkäufers, die nur bei § 478 II oder beim Schadens- bzw. Aufwendungsersatz erhalten bleiben kann. Eine weitere, kaum handhabbare Herausforderung stellte es dar, jeweils schon zum Zeitpunkt der Vertragsaufstellung eine exakte Saldierung in Geld vornehmen zu müssen, was nach der „vollen kommerziellen Äquivalenz“ zumindest vom Wortlaut her zu fordern sein könnte¹⁷⁰³. Schließlich könnte eine solche Kompensation in

¹⁷⁰⁰ Vgl. Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 24-26, § 479 Rn. 5.

¹⁷⁰¹ Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 491 Fn. 390, zweifelt wegen der Wertung des § 309 Nr. 8 lit. b Doppelbuchstabe aa jedoch schon an der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens im Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten.

¹⁷⁰² Dies fordert Graf von Westphalen, Allgemeine Einkaufsbedingungen nach neuem Recht, 123 f.; derselbe, ZGS 2002, 389.

¹⁷⁰³ Dies wurde von Vertretern dieser Forderung zunächst nicht hinreichend klar beantwortet; vgl. Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 24 einerseits und Rn. 26 sowie derselbe, NJW 1980, 2227 ff., andererseits. Denn die dortigen Ausführungen schließen sich gerade erst an Verweise auf die bisherige Rechtslage an, wonach potentiell gleich wirksame Pauschalierungen ausreichen; vgl. zu letzterem nur BGH, NJW 1991, 1886, 1888; NJW-RR 1991, 570, 572, 995, 997. An anderer Stelle wird von dem Vertreter dieser Ansicht zu § 478 IV 1 jedenfalls Folgendes konstatiert: „Im Ergebnis ist also die Ausbeute, welche AGB-Klauseln einsetzbar sind, schmal“; Graf von

der Praxis nur durch Individualvereinbarungen getroffen werden¹⁷⁰⁴, was der vom Gesetzgeber durch § 478 IV 1 gewünschten Erweiterung des § 307¹⁷⁰⁵ widerspricht¹⁷⁰⁶.

bb) Kriterium der auszugleichenden Gefahr von „Rückgriffsfallen“

Für einen „gleichwertigen Ausgleich“ könnte es entscheidend darauf ankommen, eine „Regressfalle“ zu vermeiden. Aus der in § 479 II enthaltenen Wertung ist möglicherweise sogar zu folgern, dass die Gewährleistungsrechte zwingend so lange zu erhalten sind, wie diese im Regelfall nach § 479 II bestehen. Damit wäre jedoch fast jede Gewährleistungsbeschränkung unzulässig, wenn ein Verbrauchsgüterkauf am Ende der Lieferkette steht. Dies war sicherlich nicht das Anliegen des Gesetzgebers bei der Schaffung des § 478 IV 1.¹⁷⁰⁷ Aber selbst, wenn man vom „gleichwertigen Ausgleich“ nur verlangte, dass er die durch die §§ 478, 479 beseitigten „Regressfallen“ regelmäßig und typischerweise zu vermeiden hätte, könnte dem nur schwer genügen. Es ist nämlich im Voraus beispielsweise kaum messbar, inwieweit die durch eine Verjährungsverkürzung bewirkten Rückgriffsgefahren durch eine verlängerte Beweislastumkehr ausgeglichen werden können. Zudem müsste man sich dann noch allgemeiner fragen, ob das abbedungene oder das durch den Ausgleich neu gewährte Recht das „bessere“ ist. Dabei wäre es wiederum schwierig, subjektive Einschätzungen gänzlich unbeachtet zu lassen.¹⁷⁰⁸ Dem vom Gesetzgeber gegebenen Beispiel der pauschalen Abrechnungssysteme als für iSd § 478 IV 1 „gleichwertige“ Kompensationsmöglichkeiten dürfte außerdem eher ein wirtschaftlicher Bezug des § 478 IV 1 zu entnehmen sein. Dies legen die in diesem Zusammenhang angesprochenen und zu berücksichtigenden „berechtigten Interessen des Handels“ nahe.¹⁷⁰⁹

cc) Grundsatz der wirtschaftlichen Ausgewogenheit bei allgemein-pauschaler ex ante Betrachtung

aaa) Herleitungsquellen

(1) Orientierungshilfen des Gesetzgebers

(a) Übertragung des Kompensationsgedankens in Erweiterung des § 307

Möglicherweise gibt der Gesetzgeber selbst entscheidende Hinweise für die Anforderungen an einen „gleichwertigen Ausgleich“ iSd § 478 IV 1.

Westphalen, ZGS 2002, 389. Derselbe, Allgemeine Einkaufsbedingungen nach neuem Recht, 123 f., stellt jetzt explizit fest, dass alle Gewährleistungsschäden von Rückrufaktionen bedacht werden müssen.

¹⁷⁰⁴ So ausdrücklich Graf von Westphalen, Allgemeine Einkaufsbedingungen nach neuem Recht, 129; vgl. auch derselbe, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Teil Vertragsrecht, Verjährungsklauseln, Rn. 19.

¹⁷⁰⁵ BT-Drucksache 14/6040, 249.

¹⁷⁰⁶ Selbst Graf von Westphalen, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Teil Vertragsrecht, Verjährungsklauseln, Rn. 20, gibt die mit einem solchen Verständnis von § 478 IV 1 bewirkte praktische Überflüssigkeit dieser Vorschrift zu.

¹⁷⁰⁷ Vgl. Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1402.

¹⁷⁰⁸ Vgl. zum Verbrauchsgüterkauf auch Welser/Jud, 14. ÖJT, 34.

¹⁷⁰⁹ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 249.

Bei der Berücksichtigung des Gesetzgeberwillens ist insbesondere zu beachten, dass § 478 IV eine Erweiterung und Ergänzung des § 307 ist. Im Zusammenhang mit der Frage nach dem „gleichwertigen Ausgleich“ ist hier von Bedeutung, dass sich dessen Vorgänger (der bisherige § 9 AGBG) zur Erzielung eines angemessenen Ausgleichs im Rahmen von AGB-Klauseln des Kompensationsgedankens bediente. Da dieser wie § 478 IV 1 grundsätzlich auf der Idee aufbaut, dass sich Nachteile einer Vereinbarung im Rahmen einer Gesamtbetrachtung durch entsprechende Vorteile ausgleichen können¹⁷¹⁰, ist er schon allein deshalb als erste Orientierungshilfe des Gesetzgebers zur Bestimmung eines „gleichwertigen Ausgleichs“ anzusehen.

Ausschlaggebend für eine ernsthafte Berücksichtigung dieses Kompensationsgedankens ist aber der weitere Umstand, dass demgemäss dem Nachteil auf Seiten des Letztverkäufers ein etwa gleichwertiger Vorteil gegenüberstehen musste¹⁷¹¹. Damit ist er § 478 IV 1 sehr verwandt.

Bei einer näheren Untersuchung des Kompensationsgedankens stellt man zunächst fest, dass danach Vorteile genügen, die *typischerweise* einen gleichwertigen Ausgleich darstellen. Maßstab ist also der Vertragszweck und nicht der atypische Regressfall. Umgekehrt ist damit gerade nicht erforderlich, dass ein Ausgleich in jedem Einzelfall erreicht wird.

Nach diesen Vorgaben wurde es im Sinne des Kompensationsgedankens etwa als ausreichend betrachtet, bei geringwertigen Waren eine pauschale Transportversicherung von € 500 pro Schadensfall vorzusehen¹⁷¹².

Anhand dieses Beispiels wird deutlich, dass nach dem Kompensationsgedanken auch rein *potentielle* Vorteile zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausreichend sein können. Unter anderem sind demzufolge Nachbesserungskosten grundsätzlich pauschal auf den Letztverkäufer abwälzbar, wenn gleichzeitig seine Gewährleistungsfrist angemessen verlängert wird. Selbst wenn die so verlängerte Gewährleistungsfrist später für einen effektiven Rückgriff tatsächlich nicht erforderlich ist, liegt nach dem Kompensationsgedanken dennoch ein ausreichender Ausgleich vor.¹⁷¹³ Potentielle Vorteile in dem dargelegten Sinne sind auch generell gewährte Zinsvergünstigungen, ohne dass diese jeweils tatsächlich in Anspruch genommen werden¹⁷¹⁴.

Zwischen der Vorgabe, dass die gewährten Vorteile typischerweise einen gleichwertigen Ausgleich darstellen müssen und der Möglichkeit, dass diese nur potentiell einzutreten haben, besteht folgender Zusammenhang. Potentielle Vorteile genügen dann nicht, wenn sie sich regelmäßig nicht kompensatorisch auswirken¹⁷¹⁵. Verjährungsverkürzungen etwa können somit durch einen erweiterten Anwendungsbereich der Schadensersatzhaftung nur schwer ausgeglichen werden. Denn für einen Schadensersatzanspruch ist stets die weitere Voraussetzung des Verschuldens erforderlich, so dass der Letztverkäufer hier

¹⁷¹⁰ Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 132-134.

¹⁷¹¹ BGH, NJW 1996, 389, 390, mit Verweis auf BGHZ 114, 238, 246 = NJW 1991, 1886 = LM § 9 [B] AGBG Nr. 31.

¹⁷¹² BGH, NJW-RR 1991, 570, 572.

¹⁷¹³ Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 134; derselbe, § 11 Nr. 10 c AGBG Rn. 9 f.

¹⁷¹⁴ BGH, NJW 1991, 1886, 1888.

¹⁷¹⁵ Vgl. BGH, NJW 1996, 389, 390, für den Fall effektiv unnötiger Fristverlängerungen.

regelmäßig schlechter gestellt wäre.¹⁷¹⁶ Ebenso wenig wird daher eine Bürgschaft auf erstes Anfordern als Ersatz für einen Gewährleistungseinbehalt ausreichen können¹⁷¹⁷.

Ein Unterfall des Kompensationsgedankens ist die Einräumung einer „Waffengleichheit“ in der Form, dass beiden Vertragspartnern die gleichen Rechte gewährt werden¹⁷¹⁸. Ein kompensatorischer Ausgleich kann dabei aber nur dann vorliegen, wenn der Letztverkäufer diese typischerweise praktisch ähnlich effektiv nutzen kann wie der Lieferant¹⁷¹⁹. Denkbar sind hier für beide Parteien greifende, pauschalierte Verzugszinsen¹⁷²⁰.

Der Kompensationsgedanke stellt schließlich nicht darauf ab, ob und wie sich die vereinbarten Abweichungen beim Lieferanten auswirken¹⁷²¹.

Es kann also festgehalten werden, dass es nach dem bisherigen Kompensationsgedanken nicht erforderlich wäre, z.B. im Rahmen des § 478 II einen vollständigen Ersatz der Nachbesserungsaufwendungen zu erzielen. Über die vom Gesetzgeber genannten „pauschalen Abrechnungssysteme“ hinaus könnten hier vielmehr sogar auch andere Begünstigungen einen angemessenen Ausgleich für den Letztverkäufer bieten.¹⁷²²

(b) Einbeziehung der konkret genannten pauschalen Abrechnungssysteme

Fraglich ist, ob neben der allgemeinen Anlehnung an den Kompensationsgedanken prinzipiell auch die dargelegten, konkreten Grundsätze des Kompensationsgedankens für den „gleichwertigen Ausgleich“ iSd § 478 IV 1 übernommen werden können. Abgesehen von der vom Gesetzgeber grundsätzlich gewünschten Erweiterung des § 307, spricht dafür auch sein Beispiel der „pauschalen Abrechnungssysteme“.

Zwar betrifft dieses ausdrücklich zunächst nur die Aufwendungen iSd §§ 439 II, 478 II. Der Gesetzgeber hat sich mit seinem Beispiel offenbar auch auf die bereits seit Einführung des bisherigen AGBG allgemein anerkannte Pauschalierung gerade von Nachbesserungsaufwendungen (bei den bisherigen §§ 476 a BGB, 11 Nr. 10 c AGBG) bezogen¹⁷²³. Gerade aus diesem Aspekt wird man eine Beschränkung der genannten „pauschalen Abrechnungssysteme“ auf § 478 II aber nicht ableiten können. Denn § 478 II und § 439 II erfassen, anders als der bisherige § 476 a, auch die Nachlieferungsaufwendungen. Im Gegensatz zu § 476 a aF bilden diese Vorschriften außerdem (im Fall des § 478 II jedenfalls weitgehend) zwingendes Recht, das nicht erst vereinbart werden muss. Der in der Gesetzesbegründung genannten

¹⁷¹⁶ BGH, NJW 1996, 2097; daran ändert grundsätzlich auch nichts, dass das Verschulden jetzt regelmäßig nach § 280 I 2 vermutet wird.

¹⁷¹⁷ BGHZ 136, 27.

¹⁷¹⁸ BGH, NJW 1988, 55, 57; Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 136.

¹⁷¹⁹ BGH, NJW-RR 1991, 35.

¹⁷²⁰ Vgl. BGH, NJW 1991, 1886, 1888.

¹⁷²¹ Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 134, mit Verweis in Fn. 3 auf die angebliche Gegenmeinung des BGH, NJW 1996, 389. Dort ist aber auf Seite 391 nur dargestellt, dass für den Lieferanten vorteilhafte Regelungen keine Kompensation für den Letztverkäufer sein können.

¹⁷²² Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 134, § 11 Nr. 10 c AGBG Rn. 10.

¹⁷²³ Vgl. dazu nur Graf von Westphalen, NJW 1980, 2227 ff.; Palandt/Heinrichs, 61. Auflage, § 11 AGBG Rn. 62; Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 11 Nr. 10 c AGBG Rn. 10.

Pauschalierungsmöglichkeit wird man also keine Beschränkung auf § 478 II¹⁷²⁴, sondern eine allgemeine, grundlegende Wertung zu entnehmen haben¹⁷²⁵. Im Rahmen des § 478 IV 1 ist damit eine Generalisierung, Kategorisierung und Typisierung generell möglich.

Diese Einschätzung folgt zudem daraus, dass nach dem Hinweis des Gesetzgebers bei der Abbedingung von Einzelansprüchen aus § 478 II nur „insgesamt auch den „berechtigten Interessen des Handels Rechnung“ zu tragen ist¹⁷²⁶. Der Gesetzgeber möchte flexible Vertragsgestaltungen nicht an Detailfragen oder -abrechnungen im Einzelfall scheitern lassen. Unter diesem Aspekt dürfen buchhalterische Einzelposten bzw. exakte Saldierungen nicht entscheidend sein. Der volle Ersatz im Einzelfall, den man gemäß der Forderung nach „kommerzieller Äquivalenz“ verlangen könnte, ist somit nicht zu fordern.

Denn auch wenn bei den Pauschalierungen ein voller Kostenersatz geschuldet war¹⁷²⁷, zeigen die Urteile des BGH¹⁷²⁸, dass dazu pauschalierte Kostenerstattungen und verschiedene Arten von Vorteilen genügen¹⁷²⁹.

Mit diesem Verständnis von § 478 IV 1 hat man keinesfalls eine kommerzielle Kontrolle abgelehnt bzw. ausgeschaltet. Vielmehr hat sich auch ein so verstandener § 478 IV 1 maßgeblich an einem wirtschaftlichen Ausgleich zu orientieren¹⁷³⁰. Dies verlangt schon die Vorgabe der „Gleichwertigkeit“.

Wenn man also aus der Nennung dieser „pauschalen Abrechnungssysteme“ ein verallgemeinerungsfähiges Prinzip für den Ausgleich des § 478 IV herzuleiten versucht, wird dabei vor allem auf den Gedanken der Pauschalierung abzustellen sein.

Insgesamt genügt es für einen „gleichwertigen Ausgleich“ aus Sicht des Beispiels der pauschalen Abrechnungssysteme somit, dass die dem Letztverkäufer gewährten Vorteile typischerweise und regelmäßig einen gleichwertigen Ausgleich bieten.

Damit ist ebenfalls klargelegt, dass der bisherige Kompensationsgedanke prinzipiell im Rahmen des § 478 IV fortgeführt werden kann, ein Ausgleich folglich nicht in jedem Einzelfall gewährleistet sein muss, sondern rein potentieller Natur bleiben kann¹⁷³¹.

(2) Ableitung eines allgemeinen Pauschalierungsgedankens für § 478 IV

Schon aus den genannten Orientierungshilfen des Gesetzgebers lässt sich für § 478 IV grundsätzlich ein allgemeiner Pauschalierungsgedanke ableiten, wonach es für einen

¹⁷²⁴ So aber Graf von Westphalen, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Teil Vertragsrecht, Verjährungsklauseln, Rn. 21.

¹⁷²⁵ So ohne weiteres auch Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 442.

¹⁷²⁶ BT-Drucksache 14/6040, 249.

¹⁷²⁷ Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 11 Nr. 10 c AGBG Rn. 5.

¹⁷²⁸ Vgl. nur BGH, NJW 1991, 1886, 1888; NJW-RR 1991, 570, 572, 995, 997.

¹⁷²⁹ Näher auch Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 134; Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 11 Nr. 10 c AGBG Rn. 10.

¹⁷³⁰ Es ist eine „wirtschaftliche Inhaltskontrolle“ vorzunehmen, die etwa Kocher, Kritische Justiz, 133, 146, andenkt; vgl. auch Harms, BRAK-Mitt. 6/2001, 278, 282; Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 7; Graf von Westphalen, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Teil Vertragsrecht, Verjährungsklauseln, Rn. 19.

¹⁷³¹ So offenbar auch Schubel, JZ 2001, 1113, 1118 und Haas, BB 2001, 1313, 1320; aA vermutlich Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 24-26; § 479 Rn. 5.

„gleichwertigen Ausgleich“ ausreicht, wenn dieser typischerweise und regelmäßig die für den Letztverkäufer negativen Abweichungen kompensiert.

Dieser Befund wird durch weitere Überlegungen unterstützt. Zunächst ist von Bedeutung, dass der Gedanke der Pauschalierung dem deutschen Recht auch sonst nicht fremd ist. Beispielsweise können nach § 309 Nr. 5 lit. a Schadensersatzansprüche pauschaliert werden¹⁷³². Der Gesetzgeber will diesen Ansatz somit nicht auf den Spezialfall der Abrechnungssysteme im Rahmen des § 478 II iVm § 478 IV 1 beschränkt wissen.

Dies wird außerdem anhand der verallgemeinerungsfähigen Ziele der Pauschalierung iSd § 497 (neu eingeführte Zinsschadenspauschale für grundpfandrechtlich gesicherte Darlehen) deutlich. Dort sollte diese erstens eine vereinfachte Berechnung, zweitens die Reduzierung von Rechtsstreitigkeiten und drittens eine für beide Vertragspartner höhere wirtschaftliche Kalkulierbarkeit und Vorhersehbarkeit erreichen.¹⁷³³ Da „pauschale Abrechnungssysteme“ also allgemein die Abwicklung von Gewährleistungsfällen erleichtern, sind sie auch nicht als einseitiger Vorteil des Lieferanten bzw. als einseitige Belastung des Letztverkäufers zu bewerten¹⁷³⁴.

Ein allgemeiner Pauschalierungsgedanke verstößt ferner nicht gegen den Verbraucherschutz, indem er etwa durch die Einbeziehung der Regresskosten in die Verkaufspreise zu einer unangemessenen Erhöhung des allgemeinen Preisniveaus führte¹⁷³⁵. Denn gerade im Einzelhandel ist dies wegen des scharfen Wettbewerbs kaum zu befürchten. Überdies dürften die Gewährleistungskosten schon bisher in den entsprechenden Margen berücksichtigt gewesen sein¹⁷³⁶. Die EG-Kommission nahm etwaige nachteilige Auswirkungen zudem bewusst in Kauf¹⁷³⁷.

Mittels der Verallgemeinerung des Kompensations- bzw. eines Pauschalierungsgedankens im Rahmen des § 478 IV kann man durch das Abstellen auf einen regelmäßigen bzw. typischerweise eintretenden „gleichwertigen Ausgleich“ außerdem vermeiden, dass die zu gewährenden Kompensationen übervorsichtig gefasst werden müssen. Denn da eine diesen Vorgaben genügende Vereinbarung zulässig bleibt, wenn der gewährte Ausgleich im Einzelfall nicht zu einer tatsächlichen Gleichwertigkeit führt (etwa, wenn sich eine verlängerte Verjährungsfrist als unnötig erweist), kann sich der Lieferant grundsätzlich auf den Bestand der Abrede verlassen.

Im Rahmen eines allgemeinen Pauschalierungsgedankens ist es ferner möglich, mehrere Aspekte des Rückgriffs gleichzeitig zu berücksichtigen. Hier können gerade auch Interessen erfasst werden, die nicht primär nur auf die Vermeidung einer „Regressfalle“ oder das Erreichen einer „kommerziellen Äquivalenz“ gerichtet sind. Mit dem

¹⁷³² Näher dazu BT-Drucksache 14/6040, 155; Graf von Westphalen, NJW 2002, 12, 20.

¹⁷³³ BT-Drucksache 14/6040, 253, 256.

¹⁷³⁴ Nickel, NJW 1981, 1490, 1492; Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 439.

¹⁷³⁵ So die Befürchtungen von Schimmel/Buhlmann, 161; vgl. auch Eberenz, Hamburger Abendblatt vom 13./14. Oktober 2001, 21.

¹⁷³⁶ Markat, 14. ÖJT Bd. II/2, 51.

¹⁷³⁷ So schon das „Formblatt zu den Auswirkungen“ zum Regressentwurf des Art. 3 V RL-E von 1996; KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 24 f. Danach rechnete die Kommission andererseits generell nur mit geringen Mehrkosten unter Hinweis auf die Möglichkeit von Haltbarkeitsberechnungen und die Einsparungen aufgrund der angeglichenen Gewährleistungsrechte der Mitgliedstaaten.

Erfordernis, dass der gewährte Ausgleich regelmäßig und typischerweise „gleichwertig“ sein muss, wird nämlich zum einen grundsätzlich sichergestellt, dass er wirtschaftlich den abbedungenen Vorschriften entspricht – also eine „kommerzielle Äquivalenz“ wahrt. Zum anderen folgt daraus wiederum, dass damit ebenso regelmäßig und typisch etwaige Fallen für den Verkäuferrückgriff vermieden werden. Gleichzeitig gewährt ein allgemeiner Pauschalierungsgedanke die Möglichkeit, praxistaugliche, flexible Vertragsgestaltungen zu treffen.

Dieser Ansatz wird daher wohl auch am ehesten einem von den §§ 478, 479 sowie Art. 4 RL einerseits und Erwägungsgrund 9 RL andererseits geforderten Ausgleich gerecht. Es wird sowohl auf die Weitergabe einer unverantworteten Haftungsbelastung als auch auf die Vertragsfreiheit Rücksicht genommen.¹⁷³⁸ Diese Auslegung nimmt zudem darauf Rücksicht, dass es in der Praxis schon bisher eine Vielzahl anerkannter, freiwilliger Regresssysteme gab, die nicht unnötig von den §§ 478, 479 gestört werden sollten¹⁷³⁹. Der Wirtschaftsverkehr könnte gerade auch daran interessiert sein, dass es bei diesen oftmals „einfacheren Abwicklungsformen“ bleibt bzw. dass es zu diesen kommt¹⁷⁴⁰.

Zusammenfassend ist aus diesen Erwägungen für § 478 IV folglich ein umfassender, allgemeiner Pauschalierungsgedanke abzuleiten. Dieser verlangt nur einen regelmäßigen bzw. typischerweise eintretenden „gleichwertigen Ausgleich“ und nicht, dass alle erforderlichen, tatsächlichen Gewährleistungsnachteile des Letztverkäufers ersetzt werden müssen¹⁷⁴¹. Es ist kein vollständiger Kostenausgleich zu gewährleisten, insbesondere nicht bei jedem Einzelspruch¹⁷⁴².

Somit sind vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten auch außerhalb der Schadensersatzhaftung möglich. In der Rechtspraxis wird man daher nicht von einem faktisch zwingenden Rückgriff in der konkreten Form der §§ 478, 479 ausgehen dürfen¹⁷⁴³. § 478 IV 1 führt vielmehr nur dazu, dass diese im wirtschaftlichen Ergebnis erhalten sind¹⁷⁴⁴.

bbb) Folgen

Die Maßgeblichkeit des Pauschalierungsgedankens als Maßstab für § 478 IV 1 hat einige komplexe Konsequenzen.

¹⁷³⁸ Zu dieser Spannungslage schon B.II.2.b sowie G.I.

¹⁷³⁹ Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 430, 431.

¹⁷⁴⁰ Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 432, 438.

¹⁷⁴¹ So offenbar auch Schubel, JZ 2001, 1113, 1118 und Haas, BB 2001, 1313, 1320; Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 20; noch liberaler Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 7 („Lediglich bei völlig unangemessenem Verhältnis zwischen Vorteil und ausgeschlossenem Recht ist die Regelung unzureichend“), unter Verweis in Fn. 37 auf Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 43; aA vermutlich Hensler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 24-26, § 479 Rn. 5.

¹⁷⁴² Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 491, verlangt etwa im Rahmen des § 478 II bei Fallpauschalen nur, dass diese „grob dem mittleren typischen Schaden entsprechen müssen“.

¹⁷⁴³ So aber Frankfurter Handbuch/Winkelmann, E.I. Rn. 243; Bereska, ZGS 2002, 59, 62.

¹⁷⁴⁴ Lorenz/Riehm, Rn. 596; Harms, BRAK-Mitt. 6/2001, 278, 282.

(1) Überindividuelle Betrachtung bei AGB und individuelle Betrachtung bei Individualvereinbarungen

§ 478 IV 1 gilt sowohl für AGB als auch für Individualvereinbarungen. Wie erwähnt¹⁷⁴⁵, wäre dabei bei AGB nach der Wertung des § 307 eine überindividuelle Betrachtung der jeweiligen Abweichung hinsichtlich ihrer Tauglichkeit für eine Vielzahl von Verträgen vorzunehmen. Zumindest aber bei Individualvereinbarungen wird § 478 IV 1 insofern als eine vom Gesetzgeber vorgesehene „Erweiterung“ des § 307¹⁷⁴⁶ zu verstehen sein, als dort eine individuelle Betrachtung nur für den Einzelfall zu erfolgen hat.¹⁷⁴⁷

Man könnte sich fragen, ob dies nicht auch bei AGB gelten muss. Angesichts des bei § 478 IV anzuerkennenden Pauschalierungsgedankens, des Rücksichtnahmegebots auf die Vertragsfreiheit gemäß Erwägungsgrund 9 RL sowie des Gründungsgedankens zu § 478 IV ist dies jedoch abzulehnen: AGB haben zunächst eine andere Funktion als Individualvereinbarungen, da sie als typisierte Regelung eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen erfassen sollen.

Sinn und Zweck des § 478 IV 1 kann es mithin nicht sein, AGB an Maßstäben für Individualvereinbarungen messen zu wollen. Eine danach notwendige Differenzierung zwischen AGB und Individualvereinbarungen schafft ferner keine (auch nicht faktisch) unterschiedlichen Mindeststandards. Denn auch Abweichungen in AGB sind dann nicht „gleichwertig“, wenn sie dies nach dem Pauschalierungsgedanken nicht zugleich typischerweise und regelmäßig im Einzelfall sind. Mit anderen Worten muss bei AGB eher noch sorgfältiger als bei Individualvereinbarungen geprüft werden, ob sie „publikumstauglich“ sind. Der AGB-Verwender darf allerdings nicht noch weitergehender dazu gezwungen werden, jedes Einzelverhältnis tatsächlich zu prüfen. Es muss genügen, wenn bei AGB von der Eigenart des jeweiligen Vertrages auszugehen ist¹⁷⁴⁸.

Von der soeben behandelten Frage ist streng der eigentliche Grundsatz des allgemeinen Pauschalierungsgedankens zu unterscheiden. D.h., dass Abweichungen nach dem eben Erwähnten zwar jeweils entweder individuell (Individualvereinbarungen) oder überindividuell (AGB) zu beurteilen sind. Gleichwohl müssen diese in beiden Fällen allgemein-pauschal und aus einer ex ante Betrachtung gewährleisten, dass ein „gleichwertiger Ausgleich“ gegeben ist¹⁷⁴⁹. Rein subjektive Einschätzungen des Letztverkäufers können prinzipiell nicht relevant sein, weil man sonst keinen stichhaltigen Grund hätte, „freiwillige“ Vereinbarungen über § 478 IV 1 zu sanktionieren.

(2) Notwendige Gesamtbetrachtung und Verstärkereffekt innerhalb der abweichenden Vereinbarung

Kein Problem der überindividuellen bzw. individuellen Betrachtung oder der insgesamt zu fordernden pauschalen Allgemeintauglichkeit der jeweiligen Abweichung ist es, aus welchem Blickwinkel wiederum konkret diese Voraussetzungen zu beschauen sind. Anders formuliert, kann erst gemäß diesen Vorgaben bestimmt werden, auf welche

¹⁷⁴⁵ G.II.2.

¹⁷⁴⁶ BT-Drucksache 14/6040, 249.

¹⁷⁴⁷ Vgl. schon G.II.2.a.

¹⁷⁴⁸ BGH, NJW 1986, 2102, zum bisherigen § 9 AGBG.

¹⁷⁴⁹ So auch Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 7.

Weise die abweichende Vereinbarung analysiert werden muss.

Gemäß der grundsätzlich vom Gesetzgeber gewünschten Erweiterung des § 307 bietet sich hier eine Gesamtbetrachtung¹⁷⁵⁰ der Abweichung an. Der Grundsatz, dass innerhalb einer Vereinbarung nicht nur einzelne nachteilige und positive Aspekte berücksichtigt werden dürfen¹⁷⁵¹, ist auch nicht lediglich für AGB charakteristisch. Letztlich folgt das Prinzip der Gesamtbetrachtung aus § 478 IV 1 selbst. Ein „gleichwertiger Ausgleich“ kann nur dann richtig beurteilt werden, wenn alle Abweichungen den insgesamt gewährten Vorteilen gegenüber gestellt werden.¹⁷⁵²

Bei der Gesamtschau kann ein „Verstärkereffekt“ eintreten, indem ein eigentlich zulässiges Vereinbarungselement im Zusammenspiel mit einem anderen unangemessene Resultate liefert. Umgekehrt kann sich aber auch ein „Abschwächungseffekt“ ergeben.¹⁷⁵³

Die Gesamtbetrachtung darf jedoch nicht zu einer „Globalbetrachtung“ unter Einbeziehung anderer Lieferverträge werden. Diese haben für einen „gleichwertigen Ausgleich“ nämlich keine direkte Bedeutung. Allenfalls können sie dafür Indizien sein.¹⁷⁵⁴

Ebenso wenig kommt es somit grundsätzlich auf eine marktbeherrschende Stellung des Lieferanten an¹⁷⁵⁵.

2. Das Erfordernis eines Wechselverhältnisses von negativer Abweichung und gleichwertigem Ausgleich

Zweifelhaft ist, ob § 478 IV 1 einen sachlichen Zusammenhang bzw. ein bewusstes Wechselverhältnis zwischen der negativen Abweichung und dem „gleichwertigen Ausgleich“ verlangt. Bei dieser Frage handelt es sich um ein bekanntes Problem im Rahmen des § 307¹⁷⁵⁶.

Der Wortlaut des § 478 IV 1 gibt darüber keine klare Auskunft. Danach muss vielmehr nur überhaupt ein gleichwertiger Ausgleich vorliegen. Die Formulierung lautet gerade nicht: „wenn nicht *dafür* ein gleichwertiger Ausgleich gewährt wird.“ Die Begründung zum Regierungsentwurf gibt ebenso wenig nähere Aufschlüsse, weil daraus lediglich die Forderung nach einem „gleichwertigen Ausgleich“ abgeleitet werden kann¹⁷⁵⁷. Auch die dortige Bezugnahme auf § 307 bewirkt nur, dass auf die bisherigen Unsicherheiten verwiesen wird. Geht man davon aus, dass der Lieferant die Beweislast für das Vorliegen eines „gleichwertigen Ausgleichs“ trägt, könnte man den Umstand für unerheblich halten,

¹⁷⁵⁰ Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 129, 132.

¹⁷⁵¹ So etwa schon Nickel, NJW 1981, 1490, 1493.

¹⁷⁵² In diese Richtung BT-Drucksache 14/6040, 249; Schubel, JZ 2001, 1113, 1118; Hass, BB 2001, 1313, 1320 und für AGB nach bisherigem Recht Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 134.

¹⁷⁵³ Dazu für AGB Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 133.

¹⁷⁵⁴ Zum bisherigen AGBG Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 140. Hinzu kommt der dort greifende Gedanke, dass Lieferanten-AGB üblicherweise nicht auf einem transparenten Markt angeboten werden und deren Kenntniserlangung daher oftmals hohe Kosten erfordert. Dem Letztverkäufer ist dies nicht zuzumuten.

¹⁷⁵⁵ Beim bisherigen § 9 AGBG war hingegen eine überlegene Verhandlungsmacht zu berücksichtigen; Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 140; aA OLG Frankfurt, NJW-RR 1986, 895, 897.

¹⁷⁵⁶ Offengelassen in BGH, NJW 1996, 389, 390; dafür Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 132, 134 sowie Ulmer/Brandner/Hensen (Brandner), § 9 AGBG Rn. 85.

¹⁷⁵⁷ BT-Drucksache 14/6040, 249.

weshalb gerade ein „gleichwertiger Ausgleich“ erzielt wurde. Denn selbst wenn eine Abweichung nur rein zufällig zu einem „gleichwertigen Ausgleich“ führte, wäre der Letztverkäufer dadurch vom Grundsatz her nicht benachteiligt. Auf Auswirkungen beim Lieferanten kommt es nach dem Kompensationsgedanken erst gar nicht an¹⁷⁵⁸. Außerdem könnte man durch den Verzicht auf ein Wechselverhältnis möglicherweise sogar vermeiden, dass der Letztverkäufer gegebenenfalls unnötig privilegiert wird. Denn verlangte man ein Wechselverhältnis, wäre auch bei einem objektiv gegebenen „gleichwertigen Ausgleich“ stets eine weitere, zusätzliche Kompensation zu gewähren. § 478 IV 1 kann jedoch nicht die „ungerechtfertigte Bereicherung“ des Letztverkäufers¹⁷⁵⁹, sondern nur dessen berechtigten Schutz vor einer „Regressfalle“ zum Ziel haben. Indem man auf ein Wechselverhältnis verzichtet, könnte ferner die durch § 478 IV ohnehin sehr stark reduzierte Gestaltbarkeit des Verkäuferregresses soweit wie möglich gewahrt werden.

Entscheidend aber ist, dass sich der Lieferant bei einem Verzicht auf das „Wechselverhältnis“ wohl regelmäßig darauf berufen könnte, dass sich der von § 478 IV geforderte Ausgleich schon in den Verkaufspreisen befände – in Form von Rabatten, allgemeinen Preisminderungen oder Kommissionsabreden. Deshalb muss die gewährte Kompensation zumindest feststellbar und qualitativ einschätzbar sein. Es darf nicht auf ganz allgemeine Erhebungen abgestellt werden, selbst wenn diese branchentypisch sind.¹⁷⁶⁰ Nach einer Ansicht muss daher neben einem objektiven Ausgleich auch stets der subjektive Wille zu einem solchen bestehen¹⁷⁶¹.

Wirtschaftlich nichts anderes ergibt sich aus dem Hinweis des Gesetzgebers, wonach nur „insgesamt auch den berechtigten Interessen des Handels Rechnung“ zu tragen ist¹⁷⁶². Kann der Lieferant dies nämlich nachweisen, wird der „gleichwertige Ausgleich“ kaum je ein zufälliger Ausgleich ohne Sachzusammenhang bzw. Wechselverhältnis sein. Generell folgt daraus für den Lieferanten, dass er bei Abweichungen iSd § 478 IV 1 die dabei zugrundegelegten wirtschaftlichen Kompensationen faktisch stets deutlich machen muss¹⁷⁶³.

3. Die verschiedenen Kompensationsmittel

a) Pauschalierungen

Als denkbare Kompensationsmittel kommen vor allem Pauschalierungen in Betracht.

¹⁷⁵⁸ Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 134, mit Verweis in Fn. 3 auf die angebliche Gegenmeinung des BGH, NJW 1996, 389. Dort ist aber auf Seite 391 nur dargestellt, dass für den Lieferanten vorteilhafte Regelungen keine Kompensation für den Letztverkäufer sein können.

¹⁷⁵⁹ Vgl. Schubel, JZ 2001, 1113, 1118, der in § 478 nicht das Ziel sieht, dem „Einzelhandel neue Verdienstmöglichkeiten“ zu schaffen.

¹⁷⁶⁰ Frankfurter Handbuch/Winkelmann, E.I. Rn. 243.

¹⁷⁶¹ So Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 43 („erstrebt“); mit Verweis auf diesen auch Schulte-Nölke, ZGS 2002, 72, 73 und dort speziell Fn. 7.

¹⁷⁶² BT-Drucksache 14/6040, 249; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 961.

¹⁷⁶³ Vgl. Ziegler/Rieder, ZIP 2001, 1789, 1797; Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 199; in diese Richtung auch Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 7, unter Verweis in Fn. 38 auf Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 43.

Grundsätzlich können diese in einem einzelnen Kaufvertrag, in Vertragshändler- bzw. Rahmenverträgen oder in selbständigen Herstellergarantien auftreten.

Konkret schlagen sie sich etwa in Gewährleistungspauschalen oder pauschalen Preisnachlässen nieder¹⁷⁶⁴. Ein „gleichwertiger Ausgleich“ kann auch in einem in Intervallen zu zahlenden Pauschalbetrag liegen. Vorstellbar ist dabei beispielsweise ein pauschaler Ausgleich für die vertragswidrigen Kaufsachen zum Schluss eines bestimmten Lieferzeitraumes¹⁷⁶⁵. Pauschalierungen können zudem in Verjährungsverlängerungen, Beweiserleichterungen oder anderweitig spürbaren Vorteilen für den Letztverkäufer liegen¹⁷⁶⁶.

Angesichts der unterschiedlichen Branchen, der Vielzahl von Produkten und Betriebsabläufen ist es jedoch nicht möglich, allgemeingültige Prozentangaben hinsichtlich Umsatz, Gewährleistungsfälle, etc. vorzusehen. Isolierte Angaben, wie „pauschaler Ausgleich iSd § 478 IV 1: 2 % vom Umsatz“ oder „...40 % aller Haftungsfälle“, sind selbst dann zu ungenau, wenn sie auf die einzelne Lieferbeziehung beschränkt werden.

Derartige Bezifferungen sind erst und nur dann zulässig, wenn sie auch tatsächlich den regelmäßigen und typischerweise eintretenden „Gewährleistungsschaden“ des Letztverkäufers in bezug auf die konkrete Branche, den Produkttyp und die sonstigen für dessen Berechnung notwendigen Umstände der Lieferbeziehung erfassen. Der dort erforderliche, regelmäßige und typische Gewährleistungsaufwand muss also zunächst feststehen. Dazu wird man in aller Regel eine Untersuchung über einen repräsentativen Zeitraum vornehmen müssen, wenn nicht schon charakteristische Angaben bestehen. Den so ermittelten Gewährleistungsaufwand hat man dann entsprechend stellvertretend in die jeweils gewünschte Pauschalierung (Pauschalbetrag, pauschale Erhöhung der Verjährungsfrist, usw.) umzusetzen.

Bei der dafür erforderlichen Datenerhebung muss man sich vorrangig auf Vergleichstabellen verlassen¹⁷⁶⁷. Bei diesen ist über einen bestimmten Zeitraum der durch die unterstellte Abweichung erlittene fiktive geldwerte Verlust des Letztverkäufers einzutragen und zu saldieren.

Werden gemäß dieser Tabellen entsprechende Pauschalleistungen erbracht, sind später dann im Einzelfall nicht voll ersetzte, tatsächliche Nachteile oder überschießende Vorteile des Letztverkäufers unerheblich.

Insgesamt dürfen die Kostenpauschalen nur nicht unterhalb der ex ante ermittelten, durchschnittlichen Aufwendungen des Letztverkäufers liegen¹⁷⁶⁸. Hier ist auch die für Pauschalierungen allgemeine Wertung des § 309 Nr. 5 lit. b von Bedeutung, wonach die

¹⁷⁶⁴ Scherer, ZGS 2002, 362, 366.

¹⁷⁶⁵ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 43.

¹⁷⁶⁶ Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 134 sowie § 11 Nr. 10 c AGBG Rn. 10.

¹⁷⁶⁷ Auf „Erfahrungswerte“ verweist Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 442 f.; Heussen, MDR 2002, 12, 13, weist im Zusammenhang mit dem „Vertragscontrolling“ bzw. „Vertragsmanagement“ hinsichtlich der Zahl der Gewährleistungsfälle und der Rückgriffe in der Lieferkette iSd §§ 478, 479 auf die Möglichkeit von „statistische[n] Erkenntnis[s]e[n] hin“, die dem Management nützlich sein können.“

¹⁷⁶⁸ Nickel, NJW 1981, 1490, 1493; Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 442 f.; vgl. auch BGH, NJW 1996, 389, 390.

Zulässigkeit einer Pauschale von der Möglichkeit abhängt, wenn nötig, einen wesentlich niedrigeren Schaden nachzuweisen.¹⁷⁶⁹ Gegebenenfalls kann der Letztverkäufer deshalb eine periodisierte Anpassung des Pauschalbetrages verlangen. Dadurch wird der Möglichkeit begegnet, dass sich der ursprünglich gegebene „gleichwertige Ausgleich“ mit der Zeit zu einem unangemessenen entwickelt. Daraus folgt aber weiter, dass eine Pauschalierung nur bei einem gewissen Liefervolumen und vergleichbaren Lieferumständen möglich ist¹⁷⁷⁰.

Andererseits bleibt festzuhalten, dass diese Ausführungen nur für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage hinsichtlich des zu gewährenden Ausgleichs gelten. Die Mittel der Kompensation werden dadurch hingegen nicht berührt. Es kommen diesbezüglich also nicht etwa nur periodische Saldierungen im Rahmen von Gesamtabrechnungsmodellen¹⁷⁷¹, sondern zum Beispiel auch Pauschalbeträge für jeden einzelnen Gewährleistungsfall in Betracht¹⁷⁷².

Bereits im Rahmen der mittelbaren Berücksichtigung des § 310 I 2 wurde angedeutet, dass die einschlägigen, sachkompetenten Interessenverbände Referenztabelle anfertigen könnten. Auf eine von diesen Organisationen gemeinsam erzielte Empfehlung kann dann wiederum Bezug genommen werden, wenn diese auf die betreffenden Produktgruppen, Händler sowie die sonstigen Umstände der jeweiligen Lieferungen ausreichend Rücksicht nimmt¹⁷⁷³.

Für die Übergangszeit seit dem 1.1.2002, in der Vergleichstabellen möglicherweise noch nicht existierten, wird man eine einvernehmliche Einigung des Letztverkäufers und des Lieferanten dann ausreichen lassen können, wenn sie in etwa dem tatsächlichen Bild entspricht. Insofern ist zudem an eine allgemeine, „geltungserhaltende Auslegung“ der Abweichung zu denken, wenn es um spezifische „Umbruchsituationen“ bei der Schuldrechtsreform geht¹⁷⁷⁴.

b) Rabatte

Ein „gleichwertiger Ausgleich“ iSd § 478 IV 1 kann in Rabatten bzw. „Rabattstaffeln“ liegen¹⁷⁷⁵, auch im Rahmen pauschaler Abrechnungen - natural oder in Prozenten¹⁷⁷⁶.

Hier ist aber vorrangig eine Abgrenzung zu den gewöhnlichen Preisvereinbarungen vorzunehmen. Letztere sind nämlich bei der Gesamtwürdigung im Rahmen des § 478 IV 1 regelmäßig nicht zu berücksichtigen¹⁷⁷⁷, da sie hauptsächlich auf die

¹⁷⁶⁹ Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 442 f. Zu letzterem etwa BT-Drucksache 14/6040, 155; Graf von Westphalen, NJW 2002, 12, 20.

¹⁷⁷⁰ Matthes, NJW 2002, 2505, 2507.

¹⁷⁷¹ Mansel/Budzikiewicz § 6 Rn. 62.

¹⁷⁷² Matthes, NJW 2002, 2505, 2507.

¹⁷⁷³ Vgl. Matthes, NJW 2002, 2505, 2507.

¹⁷⁷⁴ Diesen Gedanken könnte man aus den allgemeinen Erwägungen zu AGB von Mansel/Budzikiewicz § 6 Rn. 43 f. ableiten.

¹⁷⁷⁵ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8 Rn. 88; Ball, ZGS 2002, 49, 53, mit dem Stichwort „Retourenbonus“; Ringstmeier/Homann, ZIP 2002, 505, 509; Matthes, NJW 2002, 2505, 2508; Koch, WM 2002, 2217, 2226; Wenzel/Hütte/Helbron(-Wenzel), 112, verlangt „hohe“ Rabatte; grundsätzlich ablehnend Graf von Westphalen, ZGS 2002, 389.

¹⁷⁷⁶ Palandt/Putzo, § 478 Rn. 17.

¹⁷⁷⁷ BGHZ 22, 98; 77, 131; 120, 226.

allgemeine Marktsituation und nicht auf die Regelung von Haftungsfragen zurückzuführen sind. Ein „Preisvorteil“ wird dort häufig ferner nicht feststellbar sein, weil der angemessene Preis unklar bleiben wird.¹⁷⁷⁸

Angesichts der aufgezeigten Abgrenzungsprobleme von Preisvereinbarung und „echtem“ Rabatt iSd § 478 IV 1, bietet sich gerade hier stets die ausdrückliche Darlegung der wirtschaftlichen Erwägungen zur abweichenden Vereinbarung an¹⁷⁷⁹.

Ist der Verkaufspreis jedoch so niedrig, dass die Haftungsrisiken daraus eindeutig nicht abgedeckt sind, kommt als Ausgleich auch eine besondere Preisvereinbarung bei gleichzeitigem Angebot einer Schadensversicherung in Betracht¹⁷⁸⁰.

Außerdem können Preisvereinbarungen ausnahmsweise im Rahmen der so genannten „Tarifwahl“ bedeutsam werden. Hier kann der Letztverkäufer zwischen verschiedenen Haftungsstufen wählen, die sich in entsprechenden Nuancen des Preises niederschlagen. Die Wertung des § 309 Nr. 7 wird dabei stets die untere Grenze bilden.¹⁷⁸¹ Die Preisunterschiede müssen ferner in der Form angemessen sein, dass der Letztverkäufer nicht deshalb einer weitgehenden Haftungsfreizeichnung zustimmt, weil ihn die nächste Preisstufe abschreckt. Stets wird dem Letztverkäufer bei einer „Tarifwahl“ auch ein höherer Preis mit voller Haftungsabdeckung parallel angeboten werden müssen. Die tatsächliche Kostenbelastung der Lieferanten muss in diesen Tarifen angemessen berücksichtigt werden.¹⁷⁸²

Außerdem ist die Tarifwahl grundsätzlich „offen“ und jedenfalls bei Haftungsfreizeichnungen mit einer angemessenen Schadensversicherung anzubieten. Es wird auch zu berücksichtigen sein, ob sich der Letztverkäufer gerade mit dem gewährten Preisvorteil gegen das entstehende Haftungsrisiko versichern kann oder dieses durch entsprechende Preiserhöhungen auf den Verbraucher umlegen kann.¹⁷⁸³ Letzteres kann aber nur geringe Bedeutung erlangen, da es nach § 478 IV 1 auf die Äquivalenz der Vereinbarung für den Letztverkäufer ankommt und nicht auf Haftungsvermeidungsmöglichkeiten.

Hat man nach entsprechender Auslegung der Vertragsabrede hingegen keine Preisvereinbarung, sondern einen „echten“ Rabatt bejaht, muss besonders auf dessen „Gleichwertigkeit“ geachtet werden. Denn geringe Rabatte können Haftungsfreizeichnungen in der Regel nicht hinreichend ausgleichen.¹⁷⁸⁴ Nicht „gleichwertig“ wäre somit etwa ein Rabatt von 2 % bei 10 % Ausschussware. Gleiches trifft auf einen Preisnachlass zu, der nur wegen eines ohnehin starken Wettbewerbs gewährt wird, also überhaupt nicht auf die mangelhaften Kaufsachen bezogen ist.¹⁷⁸⁵ Andererseits wird man nicht so weit gehen dürfen, Rabatte grundsätzlich nicht als taugliche Kompensationsmittel anzusehen. Zwar kann etwa bei Rückrufaktionen eine

¹⁷⁷⁸ In diese Richtung Ziegler/Rieder, ZIP 2001, 1789, 1797; näher Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 137-138.

¹⁷⁷⁹ Ziegler/Rieder, ZIP 2001, 1789, 1797; Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 7

¹⁷⁸⁰ Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 137-138.

¹⁷⁸¹ So schon Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 138, zum alten Recht.

¹⁷⁸² BGHZ 77, 134.

¹⁷⁸³ Vgl. Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 138; dazu aber auch sogleich G.III.3.d.

¹⁷⁸⁴ Näher Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 137-138.

¹⁷⁸⁵ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 43.

erhebliche Haftungsbelastung entstehen, die unter Umständen sehr hohe Boni oder Rabatte erfordern und die Festlegung eines ex ante zu treffenden Ausgleichs erschweren kann¹⁷⁸⁶. Bestehen hier, dies ist insbesondere in der Automobilindustrie denkbar, allerdings verlässliche und repräsentative Erhebungen, muss eine gleichwertige Kompensation auch über Rabatte möglich sein.

So soll für normale Ware gegebenenfalls ein allgemeiner Rabatt von 5 % auf die gesamte Lieferung ausreichen, um im Austausch insgesamt einen Regress nach den §§ 478, 479 ausschließen zu können¹⁷⁸⁷. Zulässig dürfte es weiter sein, für jedes Gewährleistungsrecht einzeln oder für alle Rechte insgesamt, die jeweiligen historischen Haftungskosten in einen entsprechenden (periodischen und gegebenenfalls im Laufe der Lieferbeziehung anzupassenden) Rabatt münden zu lassen¹⁷⁸⁸.

Ein „gleichwertiger Ausgleich“ könnte ferner darin liegen, dass der Lieferant sich späterer Preissteigerungen enthält¹⁷⁸⁹.

c) Besonderes Weiterreichen der Kaufsache

Einen „gleichwertigen Ausgleich“ kann man über besondere Rückgabeverfahren der Kaufsache¹⁷⁹⁰ oder Freistellungsvereinbarungen¹⁷⁹¹ erzielen. Damit ist es möglich, der dem Letztverkäufer beim Regress gegebenen Rolle einer reinen Vermittlungsstelle angemessen Rechnung zu tragen. Solange dem Letztverkäufer keine Regressvorteile abgeschnitten werden, ist hier insbesondere eine direkte Weitergabe der Kaufsache vom Verbraucher an den Lieferanten denkbar.

Dies kann zum Beispiel über einen Direktversand des Verbrauchers an den Lieferanten erfolgen. Eine Erleichterung könnte dem Letztverkäufer auch die (kostenfreie) Versandmöglichkeit ungeprüfter, aber von verschiedenen Verbrauchern reklamierter Waren bieten. Der Verwaltungsaufwand (vor allem in Form der Mangelprüfung und –allokation) wäre also nicht nur erst nachträglich in geldwertem Ausgleich neutralisierbar, sondern bereits auf tatsächlicher Ebene.

Der Lieferant könnte ferner ein gemeinsames Dienstleistungsnetz mit dem Letztverkäufer aufbauen und hierüber eine gesammelte und effiziente Mängelüberprüfung vornehmen. Dabei muss es nicht bei reinen Prüf- und Versandzentren bleiben.

Auch ein eigenes Dienstleistungsnetz des Lieferanten sowie die eigene Gewährleistungsdurchführung gegenüber dem Verbraucher vor Ort könnte vorgesehen werden. Dabei wäre es dem Lieferanten unter anderem möglich, die Seitengleichheit des Mangels zuerst und selbst zu überprüfen.¹⁷⁹²

¹⁷⁸⁶ Ablehnend deshalb Graf von Westphalen, ZGS 2002, 389; kritisch derselbe, Allgemeine Einkaufsbedingungen nach neuem Recht, 123 f.

¹⁷⁸⁷ Vgl. das Beispiel von Matthes, NJW 2002, 2505, 2507.

¹⁷⁸⁸ Vgl. Ziegler/Rieder, ZIP 2001, 1789, 1796.

¹⁷⁸⁹ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 26, der dabei allerdings einen vollen Kostenausgleich verlangt; aA derselbe, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Teil Vertragsrecht, Verjährungsklauseln, Rn. 20, wonach dies jedenfalls nicht in AGB „generell-abstrakt“ zu schaffen sein soll; grundsätzlich anders die hier grundsätzlich vertretene These vom typisierten „gleichwertigen Ausgleich“; zu dessen Herleitung G.III.1.b.cc.aaa.

¹⁷⁹⁰ Schmidt-Räntsch, DRiZ 2001, 501, 509.

¹⁷⁹¹ Koch, WM 2002, 2217, 2226.

¹⁷⁹² Schubel, JZ 2001, 1113, 1118; Koch, WM 2002, 2217, 2226; aber auch G.V.2.

Willigt der Verbraucher ein (dies muss er regelmäßig wegen § 309 Nr. 8 lit. b Doppelbuchstabe aa bzw. § 475 I 2), ist eine entsprechende Beschränkung der Letztverkäuferrechte denkbar.

Dann aber könnte praktisch sogar eine neue „Verdienstquelle“ für den Lieferanten entstehen, indem er eine Art „wirtschaftliche action directe“¹⁷⁹³ bzw. wirtschaftliche Direktabwicklung unter (gegebenenfalls gänzlichem) Ausschluss des Letztverkäufers einführt¹⁷⁹⁴, bei der er auch zusätzliche, kostenpflichtige Nebendienstleistungen anbietet. Zumindest Hersteller mit verschiedenen Geschäftsstellen könnten daran ein Interesse haben – schon um ihre standortgebundenen Fixkosten (Miete, etc.) besser auszugleichen und um ein Handeln des Letztverkäufers aus Kulanz auszuschließen¹⁷⁹⁵.

Ein eigentliches Weiterreichen der Sache durch den Letztverkäufer könnte damit gänzlich verhindert werden. Denkbar ist dann auch, dass allgemein eine vertragliche Vereinbarung zu einem Überspringen des Lieferanten durch ein beliebiges Kettenglied führt und dadurch eine mehrfache Geltendmachung von Regressansprüchen über die Lieferkette nach den §§ 478 V, 479 III vermeidet¹⁷⁹⁶. In der Praxis soll dies jedenfalls im Bereich der Markenwaren auch schon verbreitet sein. Zum Überspringen kann es im Ergebnis auch dann kommen, wenn der Verbraucher aufgrund einer Garantie des Herstellers, diesen direkt in Anspruch nimmt¹⁷⁹⁷. Dies kann aber zu einer „lästigen Zweispurigkeit“ der Herstellerhaftung gegenüber dem Verbraucher und dem eigenen Abnehmer führen¹⁷⁹⁸.

Im Rahmen der Weitergabemodalitäten der Sache kommt jedoch auch eine ganz andere Form des Ausgleichs in Betracht. Der Lieferant könnte nämlich allgemein darauf verzichten, sich auf ein eigentlich regresshinderndes Handeln des Letztverkäufers aus Kulanz oder bei ungeklärter Gewährleistungspflicht zu berufen. Dies wäre natürlich mit der Gefahr verbunden, dass er seinerseits Probleme bei der Haftungsweitergabe bekommen kann.

d) Kostenüberwälzung und Versicherbarkeit seitens des Letztverkäufers

Der Letztverkäufer hat regelmäßig, anders als der Verbraucher, die generelle Möglichkeit, Haftungsbeschränkungen durch den Lieferanten in Form von Preiserhöhungen auf eine Vielzahl von Endabnehmern abzuwälzen. Auch dies kann bei der Beurteilung eines „gleichwertigen Ausgleichs“ berücksichtigt werden.¹⁷⁹⁹ Es reicht für § 478 IV aber gerade nicht aus, dass der Letztverkäufer die Nachteile durch den Preis weitergeben oder sonst auf den Verbraucher verlagern kann. Denn darin allein ist kein „gleichwertiger Ausgleich“ iSd § 478 IV 1 zu sehen.

¹⁷⁹³ Zur französischen „action directe“ B.II.3.b.cc sowie L.II.1.

¹⁷⁹⁴ Diese Idee kam im Rahmen eines Vortrages von Karsten Schmidt zum Thema „Der Regreß des Letztverkäufers beim Verbrauchsgüterkauf – Theorie und Praxis –“ am 15.4.2003 in Hamburg auf; vgl. auch KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 35 f.

¹⁷⁹⁵ Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 452.

¹⁷⁹⁶ KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 35 f.; näher dazu G.III.3.d, g und h; H.III.2; H.V.3.

¹⁷⁹⁷ Ausführlich Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 430, 447-449 und G.III.3.h.

¹⁷⁹⁸ Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 449; G.III.3.h.

¹⁷⁹⁹ Nickel, NJW 1981, 1490, 1492; kritisch etwa Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 123.

Dieser potentielle Vorteil kann nur dann erheblich werden, wenn der Lieferant Preiserhöhungen tatsächlich leichter durchsetzbar macht, etwa, indem er einen direkten Produktservice gegenüber dem Verbraucher anbietet und sich dazu gegenüber dem Letztverkäufer verpflichtet.¹⁸⁰⁰ Der Verbraucher muss sich darauf aber nicht verweisen lassen, so dass es sich nur um eine interne Abrede handeln kann¹⁸⁰¹. Lehnt der Verbraucher diesen Service ab, kann der Lieferant immer noch einen internen Kostenanteil an den vom Letztverkäufer betriebenen Kundendienstleistungen übernehmen¹⁸⁰². Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass beispielsweise der Landesverband des Hamburger Einzelhandels im Oktober 2001 von durch die RL induzierten Mehrkosten für die Händler von bis zu 3 % ausging und Schwierigkeiten mit der Weiterbelastung der Lieferanten erwartete¹⁸⁰³.

Im Rahmen des § 478 IV 1 können zudem „Versicherungslösungen“ einen „gleichwertigen Ausgleich“ gewährleisten¹⁸⁰⁴. Dabei ist unter anderem darauf abzustellen, wer das Haftungsrisiko besser versichern kann und wer solche Versicherungen üblicherweise abschließt¹⁸⁰⁵. Auch hier kann für einen „gleichwertigen Ausgleich“ iSd § 478 IV 1 nicht die generelle Möglichkeit eines Versicherungsabschlusses genügen, sondern nur, dass diese gerade durch die ausgleichende Abweichung verbessert wird. Dann aber sind unter Umständen sogar Haftungshöchstbeträge denkbar¹⁸⁰⁶.

e) Warengutschriften

Anstelle einer Barzahlung, als Ersatz für Gewährleistungsaufwendungen, kommen als „gleichwertiger Ausgleich“ Warengutschriften in Betracht. Diese sind nicht nur im Rahmen von Gesamtabrechnungsmodellen¹⁸⁰⁷ denkbar, sondern auch bei Einzelabrechnungen. Sie belasten den Lieferanten oftmals weniger als eine Barzahlung. Ein mittels solcher Modelle erzielbarer „Buchungsausgleich“ könnte als „gleichwertig“ iSd § 478 IV 1 betrachtet werden, wenn er den Kosten des typischen und regelmäßigen Gewährleistungsaufwandes entspricht. Die Vergleichsgrundlage bildeten dabei die Einkaufspreise des Letztverkäufers.¹⁸⁰⁸

Allerdings darf diese Form der Kompensation nicht dazu führen, dass der Letztverkäufer gerade dadurch noch länger vom Lieferanten abhängig wird¹⁸⁰⁹. Daher kommen sie in

¹⁸⁰⁰ Schubel, JZ 2001, 1113, 1118; Buck, in: Westermann (Hrsg.), 105, 177; KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 26 und auch schon Nickel, NJW 1981, 1490, 1493;

¹⁸⁰¹ Schubel, ZIP 2002, 2061, 2068, wohl unter Bezugnahme auf § 309 Nr. 8 lit. b Doppelbuchstabe aa iVm § 475 I 2.

¹⁸⁰² KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 27.

¹⁸⁰³ Eberenz, Hamburger Abendblatt vom 13./14. Oktober 2001, 21.

¹⁸⁰⁴ Westermann, NJW 2002, 241, 253; Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 123, H2.

¹⁸⁰⁵ BGHZ 103, 326; Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. H2.

¹⁸⁰⁶ Palandt/Putzo, § 478 Rn. 17.

¹⁸⁰⁷ Mansel/Budzikiewicz § 6 Rn. 62.

¹⁸⁰⁸ Matthes, NJW 2002, 2505, 2509, speziell für § 478 II. Gleichwohl müssen diese Gedanken auch für den übrigen Regress nach §§ 478, 479 gelten.

¹⁸⁰⁹ Mankowski, Hinweis vom 10.6.2003 in Hamburg; so ohne nähere Ausführung konkret dazu auch Matthes, NJW 2002, 2505, 2509, der jedoch allgemein anerkennt, dass gegebenenfalls Sonderregelungen empfehlenswert sind.

den meisten Fällen nur bei längeren Lieferbeziehungen in Betracht. Ebenfalls ist zu bedenken, dass der Wert einer Warengutschrift dadurch gemindert werden kann, dass die Produktgruppe entweder nicht mehr hergestellt wird oder dass eine neuere auf den Markt kommt und dadurch die älteren Modelle schwer verkäuflich macht.¹⁸¹⁰

f) Ausdehnung des Anwendungsbereiches der §§ 478, 479

Ein „gleichwertiger Ausgleich“ iSd § 478 IV kann auch darin liegen, dass der Verkäuferregress nach den §§ 478, 479 in seinem Anwendungsbereich zugunsten des Letztverkäufers erweitert wird¹⁸¹¹.

Dies kann relevant werden, wenn zwischen dem Letztverkäufer und dem Lieferanten eine Geschäftsbeziehung besteht, die sowohl den Verkauf neuer als auch gebrauchter Waren zum Gegenstand hat. Entsprechendes gilt, wenn dort parallel Investitionsgüter oder Immobilien gehandelt werden. Gewährt der Lieferant dem Letztverkäufer auch in diesen Fällen Vergünstigungen iSd §§ 478, 479, kann dies einen „gleichwertigen Ausgleich“ für nachteilige Abweichungen im Rahmen des eigentlichen Anwendungsbereichs der Rückgriffsvorschriften darstellen. An solchen Ausdehnungen der §§ 478, 479 kann der Letztverkäufer auch ein Interesse haben, wenn er auf ein allgemeingültiges Gewährleistungsniveau in dieser Geschäftsbeziehung vertrauen und nicht stets etwa nach neuen und gebrauchten Sachen unterscheiden will. Der Letztverkäufer kann dadurch sein Haftungsrisiko und seine Regressmöglichkeiten für die gesamte Lieferung verlässlich kalkulieren. Entscheidend für die Gleichwertigkeit dieses Ausgleichs ist, zu welchem ungefähren Prozentsatz der Letztverkäufer bei vergleichbaren Lieferungen regelmäßig an Unternehmer verkauft bzw. inwieweit typischerweise gebrauchte oder immobile Sachen betroffen sind.

Über die genannten Beispiele hinaus sind außerdem differenzierende Vereinbarungen in der Form denkbar, dass eine (Teil-)Ausdehnung der §§ 478, 479 auf alle Weiterveräußerungen vorgenommen wird, eigentliche Einschränkungen vom ursprünglichen Anwendungsbereich der §§ 478, 479 aber nur für einen Teil der Lieferung erfolgen.

Stets muss auch hier transparent dargelegt werden, dass die Kosten des Letztverkäufers regelmäßig und typischerweise durch die Gesamtregelung nicht ansteigen, der Letztverkäufer also insgesamt nicht iSd § 478 IV 1 benachteiligt wird.

Bei einer bloßen Teilerweiterung der §§ 478, 479, bei der der Anwendungsbereich also nur in einzelnen Bereichen ausgedehnt wird, ist besonders darauf zu achten, wie wichtig diese Gebiete für den Rückgriff sind. Während nämlich z.B. der Aufwendungsersatz des § 478 II dem Letztverkäufer einen neuen Anspruch gewährt, bietet § 478 I „nur“ eine Fristerleichterung für ohnehin bestehende Rechte.

Im Rahmen dieser Ausdehnungen zeigt sich erneut, dass nicht isoliert das rein subjektive Interesse des einzelnen Letztverkäufers an der abbedungenen Vorschrift und der

¹⁸¹⁰ KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 27; Mankowski, Hinweis vom 10.6.2003 in Hamburg; kritisch auch Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 442 und dort speziell Fn. 74.

¹⁸¹¹ Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 14; Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 453 f.; vgl. aber auch H.I.5 zum Verhältnis zur allgemeinen vertraglichen Ausdehnbarkeit der §§ 478, 479.

entsprechenden Vereinbarung erheblich sein kann. Denn die erörterten „Kompensationen“ dürfen nicht dazu führen, dass der Letztverkäufer durch sie zwar Vorteile beispielsweise im Bereich des Gebrauchtwarenhandels erhält, andererseits aber in dazu unangemessene „Regressfallen“ bei „neu hergestellten Sachen“ gerät.¹⁸¹²

Im übrigen kann der Anwendungsbereich der §§ 478, 479, wie mehrfach erwähnt, auch dadurch vertraglich ausgedehnt und damit zu einem „gleichwertigen Ausgleich“ werden, dass der Lieferanten in der Rückgriffskette übersprungen wird¹⁸¹³.

g) Aufwertung anderer, in § 478 IV 1 genannter Letztverkäufer Vorteile / Reduzierung dort genannter Pflichten

Die Aufwertung anderer, in § 478 IV 1 genannter Letztverkäufer Vorteile kann ebenfalls einen „gleichwertigen Ausgleich“ darstellen. Vorstellbar ist daher, dass zwar die Fristerleichterung des § 478 I zu Lasten des Letztverkäufers eingeschränkt wird, ihm dafür aber Beweiserleichterungen gewährt werden.

Neben einer dadurch möglichen Reduktion der Zwischenlagerungszeiten, könnte ein Ausgleich für Haftungsfreizeichnungen ferner durch Verjährungsverlängerungen für das Gesamtprodukt oder auch nur für bedeutende Ersatzteile erzielt werden. Im Fall der Verjährungsverlängerungen kommt es dann auf die faktische Gewährleistungsfrist an, so dass gegebenenfalls auch ein Fristbeginn ab Herstellung oder Weiterverkauf möglich ist.¹⁸¹⁴ Da die Ablaufhemmung des § 479 II diese Risiken aber schon weitgehend abfängt, werden sie aus Sicht des § 478 IV 1 oftmals unbeachtlich sein, weil sie sich im Ergebnis regelmäßig und typischerweise nicht auswirken¹⁸¹⁵.

Effektiv regressfördernd könnte es bei komplexen Produkten jedoch gegebenenfalls sein, die Verjährung mit jedem Nacherfüllungsversuch des Lieferanten neu beginnen zu lassen¹⁸¹⁶.

Weil der Lieferant Verjährungsverlängerungen gerade als Ausgleich für für ihn vorteilhafte Abweichungen iSd § 478 IV 1 einsetzen kann, werden sie jedenfalls in diesem Zusammenhang regelmäßig nicht zugleich als eine zu seinen Lasten gehende unangemessene Benachteiligung iSd § 307¹⁸¹⁷ angesehen werden können. Man könnte diesbezüglich allerdings in der in § 479 II 2 zum Ausdruck kommenden Berücksichtigung der Kalkulationsinteressen der Verkäufer eine allgemeine Obergrenze für Verjährungsverlängerungen erkennen¹⁸¹⁸.

¹⁸¹² G.III.1.b.cc.bbb.(2).

¹⁸¹³ KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 35 f.; näher dazu auch G.III.3.c-d, g und h; H.III.1; H.V.3.

¹⁸¹⁴ Vgl. Nickel, NJW 1981, 1490, 1493; Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 11 Nr. 10 c AGBG Rn. 10; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 438 Rn. 16, speziell zur Automobilindustrie.

¹⁸¹⁵ Vgl. BGH, NJW 1996, 389, 390, für den Fall effektiv unnötiger Fristverlängerungen.

¹⁸¹⁶ Vgl. F.III.4.

¹⁸¹⁷ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 438 Rn. 23.

¹⁸¹⁸ Koch, WM 2002, 2217, 2227; vgl. allgemein auch Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 439; liberaler Graf von Westphalen, Allgemeine Einkaufsbedingungen nach neuem Recht, 128, 129; derselbe, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Teil Vertragsrecht, Einkaufsbedingungen, Rn. 24, empfiehlt dem Letztverkäufer stets die Vereinbarung der Fünfjahresfrist, auch außerhalb der Haftung aus einem Verbrauchsgüterkauf; vgl. derselbe, ebenda, Rn. 25.

Darüber hinaus kann eine Kompensation in weiteren Mängelbegriffen oder in der Abschaffung des Verschuldenserfordernisses¹⁸¹⁹ liegen. Ebenso können bestehende Pflichten des Letztverkäufers zum Ausgleich reduziert werden, wie etwa die nach den §§ 433 II, 439 IV.

h) Allgemeine Aufwertung bestehender oder Schaffung neuer Vorteile / Reduzierung von Pflichten

Eine Kompensation iSd § 478 IV 1 kann auch dadurch erzielt werden, dass außerhalb des § 478 IV 1 bestehende Rechte bzw. Vorteile des Letztverkäufers aufgewertet oder solche neu geschaffen werden.

Werden über die vereinbarte Anzahl von Kaufgegenständen hinaus unentgeltlich weitere Sachen geliefert, so kann darin ebenso ein „gleichwertiger Ausgleich“¹⁸²⁰ liegen, wie in zusätzlichen Rücktrittsrechten oder Freigabeklauseln¹⁸²¹. Ferner können vorteilhafte Zahlungsabreden eine hinreichende Kompensation iSd § 478 IV 1 darstellen, also etwa zinsgünstige Darlehen oder eine Stundung¹⁸²².

Bei der Beurteilung von Einkaufsbedingungen des Letztverkäufers könnten nun zudem zahlreiche, bisher unzulässige Klauseln möglich sein, da sie im Rahmen des § 478 IV 1 nur als Ausgleich für nachteilige Abweichungen und gerade nicht als isolierte Schlechterstellungen des Lieferanten zu betrachten wären.

Grundsätzlich ist es als Kompensation somit denkbar, einen neuen, ausgedehnten Schadensersatzanspruch einzuführen. Auch könnten Garantiezusagen einen Ausgleich bieten¹⁸²³. Erleichterungen von den von § 478 IV 1 nicht erfassten Rüge- und Untersuchungsobliegenheiten des § 377 HGB sind ebenfalls vorstellbar. Letztverkäuferfreundlicher könnten hier angesichts des § 478 IV 1 speziell die so genannten Qualitätssicherungsvereinbarungen ausfallen, durch die dem Lieferanten qualitätssichernde Maßnahmen auferlegt werden¹⁸²⁴. Dies darf aus allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen allerdings nicht zur vollständigen Abbedingung der Rügeobliegenheiten für offene Mängel führen¹⁸²⁵. Ebenso wenig kann ein hinreichender Ausgleich (aus kartellrechtlichen Gründen) in einer Meistbegünstigungsklausel liegen, nach der dem Letztverkäufer sämtliche günstigeren Konditionen anderer Abnehmer gewährt werden müssten¹⁸²⁶.

Da § 447 durch § 474 II zwar im Verhältnis des Verbrauchers zum Letztverkäufer ausgeschlossen ist, dies aber nicht für das Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten gilt, kann auch dessen Ausschluss einen „gleichwertigen Ausgleich“

¹⁸¹⁹ Vgl. Scherer, ZGS 2002, 362, 366.

¹⁸²⁰ Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 43; Palandt/Putzo, § 478 Rn. 17.

¹⁸²¹ BGHZ 90, 69, 78.

¹⁸²² Brox, § 7. Besondere Arten des Kaufs, Rn. 20; Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 43; Palandt/Putzo, § 478 Rn. 17; Wenzel/Hütte/Helbron(-Wenzel), 112, verlangt „weitreichende“ Stundungen.

¹⁸²³ Scherer, ZGS 2002, 362, 366.

¹⁸²⁴ Vgl. Micklitz, EuZW 1999, 485, 490; Graf von Westphalen, Vertragsrecht, Qualitätssicherungsvereinbarung, Rn. 4 f. und Rn. 6-22, ausführlich zur bisherigen Wirksamkeit von Qualitätssicherungsvereinbarungen im Verhältnis des Herstellers zum Zulieferer.

¹⁸²⁵ Insgesamt näher J.III.1; sehr liberal Medicus, Schuldrecht II Besonderer Teil, § 74 Rn. 78.

¹⁸²⁶ Dazu grundlegend BGHZ 80, 43.

darstellen¹⁸²⁷.

Wie bereits mehrfach erwähnt¹⁸²⁸, kann der Lieferant einen Ausgleich außerdem in der Form präsentieren, dass er einen direkten Produktservice gegenüber dem Verbraucher anbietet und sich dazu gegenüber dem Letztverkäufer verpflichtet. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass eine solche Dienstleistung typischerweise die sonst vom Letztverkäufer zu tätigen Gewährleistungsarbeiten abdeckt. Zu einem „Überspringen“ des Letztverkäufers und damit auch zu einem Ausgleich iSd § 478 IV kann es dann kommen, wenn der Verbraucher aufgrund einer Garantie des Herstellers, diesen direkt in Anspruch nimmt¹⁸²⁹. In der Praxis soll ein „Überspringen“ des Letztverkäufers bei der Nachlieferung im Bereich der Markenwaren jedenfalls schon verbreitet sein¹⁸³⁰. Allerdings dürfen auf diese Weise keine Regressrechte des Letztverkäufers abgeschnitten werden¹⁸³¹. Der Verbraucher muss sich auch hier nicht auf solche Direkthilfen verweisen lassen, so dass es sich nur um eine interne Abrede handeln kann¹⁸³². Dies kann zu einer „lästigen Zweispurigkeit“ der Herstellerhaftung gegenüber dem Verbraucher und dem eigenen Abnehmer führen¹⁸³³. Lehnt der Verbraucher diesen Service ab, kann der Lieferant aber immer noch einen internen Kostenanteil an den vom Letztverkäufer betriebenen Kundendienstleistungen übernehmen¹⁸³⁴. Dabei erlangen auch kostenfreie oder günstigere Servicehilfen des Lieferanten Bedeutung, wie zum Beispiel die Schulung und Betreuung von Arbeitspersonal des Letztverkäufers, der Einsatz von Serviceberatern des Lieferanten sowie die sonstige Bereitstellung von Arbeitshilfen und -anleitungen oder von Bauplänen¹⁸³⁵.

Ein kompensatorischer Ausgleich ist ferner durch letztverkäuferfreundliche Abweichungen von § 448 möglich. Werden hier Kosten des Letztverkäufers durch einen Pauschalbetrag oder durch eine eigene Abwicklung des Lieferanten vermieden, können entsprechende Kosten bei § 478 II ausgeschlossen werden. Als Ausgleich sind zudem Produkt- oder Einzelteilkennzeichnungen vorstellbar, wenn sie erhebliche Beweiserleichterungen bei der Gewährleistungsabwicklung bieten¹⁸³⁶. In Betracht kommen auch allgemein Kosteneinsparungen auf Seiten des Letztverkäufers durch Verwaltungsrationisierungen beim Lieferanten. Dies kann konkret dann Bedeutung erlangen, wenn der Verbraucher gemindert hat oder vom Vertrag zurückgetreten ist. Denn der dabei entstandene Verwaltungsaufwand des Letztverkäufers ist grundsätzlich weder von § 478 I noch von § 478 II erfasst.¹⁸³⁷

¹⁸²⁷ D.I.2.b.

¹⁸²⁸ Vgl. nur G.III.3.c.

¹⁸²⁹ Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 430, 448.

¹⁸³⁰ Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 447.

¹⁸³¹ Vgl. G.III.1.b.cc.bbb.(2) sowie G.II.1.b.cc.

¹⁸³² Schubel, ZIP 2002, 2061, 2068, wohl unter Bezugnahme auf § 309 Nr. 8 lit. b Doppelbuchstabe aa.

¹⁸³³ Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 449.

¹⁸³⁴ KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 27.

¹⁸³⁵ Nickel, NJW 1981, 1490, 1493.

¹⁸³⁶ Nickel, NJW 1981, 1490, 1493.

¹⁸³⁷ In diese Richtung auch Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 450-452, wenn er von einer Regressstrukturierung hin zum Hersteller spricht.

Es sind aber nicht alle denkbaren „Vorteile“ ausreichende Kompensationen iSd § 478 IV 1. Kein gleichwertiger Vorteil liegt z.B. vor, wenn der Lieferant die Kosten einer unbegründeten Inanspruchnahme durch den Letztverkäufer übernimmt. Denn diese Kosten hätte der Lieferant ohnehin grundsätzlich selbst zu tragen, da das Sichberufen auf vermeintliche Rechte regelmäßig keinen Schadensersatzanspruch zu seinen Gunsten begründet.¹⁸³⁸

Gleichwohl kann selbst darin ein kompensatorischer Ausgleich liegen, wenn der Letztverkäufer fachkundig war, und er eine notwendige Untersuchung vor der Inanspruchnahme des Lieferanten unterlassen hat¹⁸³⁹. Zumindest nur eine schwache Kompensation ist die Übernahme der Rücksendekosten bei unbegründeter Mängelrüge des Letztverkäufers. Dies liegt daran, dass diese Aufwendungen im Rahmen einer fortwährenden Geschäftsverbindung niedrig sind, eine Rücksendung regelmäßig nicht drängt, eventuell gar nicht mehr interessiert oder aber günstig mit einem anderen Transport verbunden werden kann.

Beispielsweise ist es jedoch zweifelhaft, ob wirklich kein ausreichender Vorteil für den Letztverkäufer vorliegt, wenn der Lieferant nicht auf den Nachweis besteht, dass die Kaufsache zum einen von ihm stammt und zum anderen tatsächlich auch vom Letztverkäufer an den Verbraucher veräußert wurde.

Nach Ansicht des BGH soll dies jedenfalls schon deshalb keine angemessene Kompensation darstellen, weil der Letztverkäufer auf diese Weise unter Umständen für einen möglicherweise gar nicht von ihm stammenden Kauf eintreten könnte.¹⁸⁴⁰

Andererseits ist hier zu berücksichtigen, dass der Letztverkäufer mit diesem Ausgleich immerhin nicht auf der so übernommenen, freiwilligen Haftung gegenüber dem Verbraucher „sitzen“ bliebe.

Da es für den „gleichwertigen Ausgleich“ grundsätzlich nicht auf die Auswirkungen der Kompensationen beim Lieferanten ankommt¹⁸⁴¹, ist prinzipiell auch unerheblich, dass dieser (vor allem der Hersteller-Lieferant) durch den Ausgleich wegen der scheinbar überall möglichen Reklamation zugleich die Reputation seiner Produkte steigert und sich dadurch einen eigenen Vorteil verschafft¹⁸⁴².

IV. Ausnahme der Schadensersatzerleichterungen vom Erfordernis eines „gleichwertigen Ausgleichs“ gemäß § 478 IV 2

1. Gründe für den Ausschluss

Nach § 478 IV 2 sind die Beschränkung und der Ausschluss der Schadensersatzhaftung vom Anwendungsbereich des § 478 IV 1 ausgenommen¹⁸⁴³.

Hier muss für Haftungserleichterungen folglich kein „gleichwertiger Ausgleich“ gewährt werden. Dies gilt auch, soweit es um eine „Beschränkung“ von

¹⁸³⁸ BGH, NJW 1996, 389, 390, mit Hinweis auf BGHZ 20, 169, 172 = NJW 1956, 787 = LM § 858 BGB Nr. 1.

¹⁸³⁹ Wolf/Horn/Lindacher (Wolf) Vor §§ 10, 11 AGBG Rn. 14 und § 11 Nr. 10 c AGBG Rn. 10.

¹⁸⁴⁰ Zum Voranstehenden ausführlich BGH, NJW 1996, 389, 390.

¹⁸⁴¹ Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 134.

¹⁸⁴² So aber BGH, NJW 1996, 389, 390.

¹⁸⁴³ Besonderheiten gelten aber für das Umgehungsverbot. Dazu grundsätzlich G.II.1.b.cc.

Schadensersatzansprüchen in Form einer Verjährungserleichterung geht¹⁸⁴⁴, obgleich es zur Haftungserleichterung dann zumindest eines sachlichen Grundes bedarf¹⁸⁴⁵. Da der Aufwendersatz iSd §§ 437 Nr. 3, 284 nur anstelle des Schadensersatzes möglich ist, er somit wenigstens die gleichen Voraussetzungen hat, muss der Prüfungsmaßstab des § 478 IV 2 dort ebenfalls gelten¹⁸⁴⁶.

§ 478 IV 2 lässt insoweit also eine weitergehende Haftungsbegrenzung bzw. -freizeichnung zu als § 478 IV 1. Für den Lieferanten bietet § 478 IV 2 neben Verschärfungen des § 377 HGB faktisch die einzige Möglichkeit, einseitige Haftungserleichterungen vorzunehmen.¹⁸⁴⁷ Dies gewinnt zusätzliche Bedeutung dadurch, dass jetzt erstens nach § 276 I schon einfache Fahrlässigkeit für eine Schadensersatzhaftung im Kaufrecht ausreicht und zweitens ein Verschulden typischerweise nach § 280 I 2 vermutet wird¹⁸⁴⁸. § 478 IV 2 ist umso bemerkenswerter, als Schadensersatzansprüche häufig einen umfangreicheren Rückgriff ermöglichen als andere Gewährleistungsrechte.

Die Freizeichnungsprivilegierung des § 478 IV 2 findet ihre Grundlage vorrangig darin, dass schon die RL selbst keine Aussagen über die Schadensersatzhaftung trifft. Die Forderung nach einem effektiven Verkäuferrückgriff iSd Art. 4 RL kann hier damit grundsätzlich nicht greifen.¹⁸⁴⁹

Vor allem aber ist der Letztverkäufer in diesem Bereich auch deshalb nicht schutzwürdig, weil § 475 III zu Lasten des Verbrauchers Entsprechendes bestimmt. Der Letztverkäufer wird durch § 478 IV 2 also nur mit diesem gleichbehandelt.¹⁸⁵⁰ Hinzu kommt, dass der Lieferant durch die Schadensersatzhaftung oft deutlich stärker belastet wird als durch andere Gewährleistungsrechte.

Gerade hier soll der zu § 478 IV 1 geäußerte Gedanke des Gesetzgebers, „der Vielgestaltigkeit der Vertragsbeziehungen Rechnung zu tragen,“ indem „keine ins Einzelne gehenden Vorgaben gemacht werden“¹⁸⁵¹, verstärkt gelten.

¹⁸⁴⁴ BT-Drucksache 14/7052, 199 zu § 475 III; Mansel/Budzikiewicz § 6 Rn. 58-60, 67; Hassemer, JURA 2002, 841, 846; so anscheinend auch Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 18; insgesamt dazu G.V.10.a.

¹⁸⁴⁵ Koch, WM 2002, 2217, 2225.

¹⁸⁴⁶ Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 450, zu der entsprechenden Regel des § 475 III; Graf von Westphalen, NJW 2002, 12, 23.

¹⁸⁴⁷ Ein Beispiel für eine Klausel, die die Schadensersatzhaftung angemessen zu begrenzen versucht, findet sich etwa bei: Allgemeine Lieferbedingungen für Erzeugnisse und Leistungen der Elektroindustrie zur Verwendung im Geschäftsverkehr gegenüber Unternehmern vom Zentralverband Elektrotechnik- und Elektronikindustrie (ZVEI) e.V., ZGS 2002, 359, 362. Andererseits dürften gerade die zuvor genannten Klauseln - unter Punkt VIII.5-9 (S. 361) - § 478 IV 1 nicht genügen und dementsprechend zudem nicht die entsprechenden Ausführungen von Scherer, ZGS, 2002, 362 ff.

¹⁸⁴⁸ Hassemer, ZGS 2002, 95, 97.

¹⁸⁴⁹ So die wegen der Ankopplung des § 478 an § 475 übertragbare Argumentation bei BT-Drucksache 14/6040, 244 zu § 475 I 2 RE, dem Vorgänger des jetzigen § 475 III.

¹⁸⁵⁰ BT-Drucksache 14/7052, 199.

¹⁸⁵¹ BT-Drucksache 14/6040, 249.

2. Gegengewichte zur Vermeidung einer „Regressfalle“

a) Direkte Inhaltskontrolle nach § 307 iVm § 478 IV 2 bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die dem Letztverkäufer durch § 478 IV 2 potentiell drohende „Freizeichnungsfalle“ wird vor allem durch die wegen des Vorliegens von AGB regelmäßig greifende Inhaltskontrolle des § 307 relativiert¹⁸⁵². Diese bleibt von § 478 IV 2 ausdrücklich unberührt. Dabei gilt § 307 selbst dann, wenn der Letztverkäufer in positiver Kenntnis des Mangels eine Vereinbarung trifft. Denn der Gesetzgeber führt hier die auf Art. 7 I RL beruhende Unterscheidung der §§ 475 I, 478 IV 1 nach dem Zeitpunkt der Vereinbarung gerade nicht fort.¹⁸⁵³

b) Weitgehende Geltung des § 307 auch für Individualvereinbarungen aufgrund des Umgehungsverbotes des § 306 a

Von Bedeutung ist, dass sich § 478 IV 2 dem Wortlaut nach nur auf AGB-Klauseln bezieht. Bei Individualvereinbarungen griffen daher nur die §§ 134, 138, 242¹⁸⁵⁴. Gleichwohl soll nach einer Ansicht auch hier das Umgehungsverbot des § 478 IV 3 mit der Folge Anwendung finden, dass der Lieferant § 478 IV 2 nicht durch Individualvereinbarungen umgehen darf¹⁸⁵⁵. Indes legen weder der Wortlaut des § 478 IV noch die Entstehungsgeschichte eine solche Auslegung nahe. Nach der Systematik des § 478 IV könnte sich zwar dessen Satz 3 auch auf Satz 2 beziehen. Es sprechen neben dem eindeutigen Wortlaut aber weitere gewichtige Gründe gegen eine allgemeine Erstreckung des § 478 IV 3 auf Satz 2. § 478 IV ist hier zunächst keine Erweiterung des § 307, sondern eine Bezugnahme darauf. Wenn für die Haftungserleichterung von Schadensersatzansprüchen nach § 478 IV 2 grundsätzlich § 307 greifen soll, wird damit außerdem allgemein auf das sonstige AGB-Recht verwiesen. Insbesondere ist auf diese Weise das spezielle Umgehungsverbot des § 306 a einschlägig, das § 310 I 1 unter Unternehmern unberührt lässt. Im Ergebnis ist auch darüber ein Ausweichen auf Individualvereinbarungen unzulässig, wenn gerade auf diese Weise lediglich eine weitergehende Haftungsbeschränkung bezweckt wird. Deshalb besteht wegen der Eigenschaft des § 478 IV 2, als besonderer Verweis auf die AGB-Regeln, kein Anlass, unnötig von diesen abzuweichen.

Im übrigen gelten neben den §§ 134, 138, 242 stets auch unter Unternehmern jedenfalls die §§ 202 I, 276 III, 444¹⁸⁵⁶.

¹⁸⁵² Vgl. Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 7.

¹⁸⁵³ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 15, mit Verweis auf BR-Drucksache 338/01, 575.

¹⁸⁵⁴ In diesem Sinne wohl auch Hoeren, ZGS 2002, 10; derselbe, ZGS 2002, 68, 69; zum alten Recht implizit Ulmer/Brandner/Hensen (Brandner), § 9 AGBG Rn. 32, 34, 41.

¹⁸⁵⁵ Vgl. zu § 475 III Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 17.

¹⁸⁵⁶ Heinrichs, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 307 Nr. 16 m.w.N.; näher dazu aus Sicht des § 307 II Nr. 2 auch unter G.IV.3.c.

3. Die Vorgaben des § 307

a) Allgemeine Schranken des § 307 I

Die bei § 478 IV 1 erwähnten, mittelbar geltenden Vorgaben des § 307 gelten für Schadensersatzansprüche wegen § 478 IV 2 direkt¹⁸⁵⁷. Gemäß § 307 I 1 sind Bestimmungen in AGB des Lieferanten unwirksam, wenn sie den Letztverkäufer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Für einen effektiven Letztverkäuferregress ist zunächst von Bedeutung, dass danach eine Haftungsbeschränkung zumindest dann unwirksam ist, wenn nicht wenigstens der typischerweise vorhersehbare Schaden verlangt werden kann. Zwar gilt diese Vorgabe lediglich, wenn hier auch schon eine Haftungsfreizeichnung unzulässig ist¹⁸⁵⁸. Eine vollständige Abbedingung der Schadensersatzhaftung kommt aber ohnehin nur selten in Betracht. Entsprechende Grundsätze gelten für die Vereinbarung eines Haftungshöchstbetrages¹⁸⁵⁹. Umgekehrt folgt aus dem Voranstehenden und aus der Wertung des Art. 74 CISG, dass die Schadensersatzhaftung auf vorhersehbare Ereignisse eingeschränkt werden kann¹⁸⁶⁰. Eine unangemessene Benachteiligung nach dem so genannten Transparenzgebot des § 307 I 2 kann sich daraus ergeben, dass die Klausel nicht klar und verständlich ist¹⁸⁶¹. Obwohl etwa eine „Mängelrechtsklausel“ grundsätzlich auf eine „allgemeine Haftungsklausel“ verweisen darf¹⁸⁶², ist deshalb stets darauf zu achten, dass Haftungsfreizeichnungs- bzw. Haftungsbegrenzungsklauseln für die Schadensersatzhaftung besonders sorgsam von der übrigen, von § 478 IV 1 erfassten, Mängelgewährleistungshaftung abzugrenzen sind. Anderenfalls kommt nämlich auch eine geltungserhaltende Reduktion grundsätzlich nicht in Betracht¹⁸⁶³. Soweit der Anwendungsbereich des § 478 IV 1, 3 betroffen ist, gelten vielmehr dessen Vorgaben. Nur sehr zurückhaltend wird man hier eine geltungserhaltende Ausnahme wegen „Umbruchsituationen“ der Schuldrechtsreform¹⁸⁶⁴ zulassen können.

b) Abweichung von wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Leitbildes nach § 307 II Nr. 1

Nach § 307 II Nr. 1 ist eine unangemessene Benachteiligung iSd § 307 I 1 im Zweifel dann anzunehmen, wenn eine Vertragsklausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Hier ist als Erstes auch im unternehmerischen Verkehr § 309 Nr. 7 lit. a zu berücksichtigen¹⁸⁶⁵.

¹⁸⁵⁷ Dazu G.II.2.

¹⁸⁵⁸ Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 9; im Umkehrschluss auch Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 467.

¹⁸⁵⁹ Entscheidend ist auch hier das Vorliegen eines angemessenen Verhältnisses zum konkreten Risiko; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 467, mit Verweis auf BGH, NJW 1993, 335; näher Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 9.

¹⁸⁶⁰ Hoeren, ZGS 2002, 68, 69; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 467.

¹⁸⁶¹ Scherer, ZGS 2002, 362, 365.

¹⁸⁶² Matthes, NJW 2002, 2505, 2510.

¹⁸⁶³ Schulte-Nölke/Behren, ZGS 2002, 33, 35; Mansel/Budzikiewicz § 6 Rn 39 m.w.N.

¹⁸⁶⁴ Vgl. Mansel/Budzikiewicz § 6 Rn. 43 f.

¹⁸⁶⁵ Hassemer, ZGS 2002, 95, 97 m.w.N.; Graf von Westphalen, NJW 2002, 12, 21; dazu auch Leenen, DStR 2002, 34, 41; Heinrichs, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 307 Nr. 16.

Danach kann die Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Lieferanten oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Lieferanten beruht, weder ausgeschlossen noch begrenzt werden. § 309 Nr. 7 lit. a erlangt beim Verkäuferregress wegen der oftmals fehlenden, aber erforderlichen Vertragsbeziehung zwischen dem Schädiger (einem Kettenglied) und dem geschädigten Rückgriffsgläubiger jedoch wenig praktische Bedeutung¹⁸⁶⁶.

Auch von § 309 Nr. 7 lit. b darf beim Letztverkäuferregress nicht abgewichen werden. Die Schadenersatzhaftung kann demzufolge also bei Vorsatz¹⁸⁶⁷ oder grobem Verschulden des Lieferanten, seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen weder ausgeschlossen noch begrenzt werden.¹⁸⁶⁸ Es ist ebenso wenig zulässig, anstelle des Verschuldensmaßstabs des § 276 den der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten iSd § 277 zu vereinbaren¹⁸⁶⁹. Dies ergibt sich daraus, dass man damit selbst bei besonders sorgfältigem Verhalten stets hinter dem Niveau des § 276 zurück bliebe¹⁸⁷⁰.

Beim Verkäuferrückgriff ist ferner § 309 Nr. 8 lit. b (Haftungsausschlüsse bei Pflichtverletzungen im Rahmen der Mängelgewährleistung) zu beachten¹⁸⁷¹. Denn selbst wenn zweifelhaft ist, inwieweit die besonderen Klauselverbote nach den §§ 308, 309 im Verkehr unter Unternehmern zu berücksichtigen sind, sind sie schon wegen der vom Gesetzgeber anlässlich der Begründung zur Schuldrechtsreform betont gewünschten „Ausstrahlungswirkung“ auf den Unternehmerverkehr als allgemein gestärkt anzusehen¹⁸⁷². Auch § 309 Nr. 5 lit. b muss deshalb Rechnung getragen werden, wonach die Wirksamkeit einer Schadenspauschale von einem ausdrücklichen Hinweis auf den möglich bleibenden Nachweis eines niedrigeren Schadens abhängt¹⁸⁷³.

c) Gefährdung der Erreichung des Vertragszwecks gemäß § 307 II Nr. 2

Da eine Erleichterung der Schadenersatzhaftung für vorsätzliches bzw. grob fahrlässiges Handeln des Lieferanten sowie seines gesetzlichen Vertreters bzw. seines Erfüllungsgehilfen bereits nach den §§ 307 II Nr. 1, 310 I 2 iVm § 309 Nr. 7 lit. b unwirksam ist¹⁸⁷⁴, kommt es darauf an, ob wenigstens eine Einschränkung der Schadenersatzhaftung für einfache Fahrlässigkeit möglich ist. Für diese Frage ist

¹⁸⁶⁶ Graf von Westphalen, NJW 2002, 12, 21.

¹⁸⁶⁷ Für den Lieferanten als Verwender von AGB folgt dies schon aus § 276 III; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 466; Marx/Wenglorz, 201.

¹⁸⁶⁸ Für die Beurteilung nach den Grundsätzen zum bisherigen § 11 Nr. 7 AGBG spricht sich zum Beispiel Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 29, mit Verweis auf Palandt/Heinrichs, § 11 AGBG Rn. 38, aus; derselbe, NJW 2002, 12, 21 - unter Verweis auf Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 11 Nr. 7 AGBG Rn. 39 ff. sowie Palandt/Heinrichs, 61. Auflage, § 11 AGBG Rn. 30 m.w.N.

¹⁸⁶⁹ Vgl. Graf von Westphalen, Vertragsrecht, Haftungserweiterungsklauseln, Rn. 10.

¹⁸⁷⁰ Palandt/Heinrichs, § 277 Rn. 5.

¹⁸⁷¹ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 29 in Verbindung mit § 309 Rn. 54. Danach darf etwa ein gemäß § 276 individualvertraglich vereinbarter Verschuldensmaßstab nicht durch AGB abgeändert werden.

¹⁸⁷² Näher BT-Drucksache 14/6040, 158; vgl. auch Schubel, JZ 2001, 1113, 1117 sowie G.II.2.c.aa.

¹⁸⁷³ Vgl. Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 10, zur Pauschalierung.

¹⁸⁷⁴ G.IV.3.b.

§ 307 II Nr. 2 heranzuziehen, demzufolge die Freizeichnung jedenfalls dann unwirksam ist, wenn sie die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet¹⁸⁷⁵. Letzteres beurteilt sich anhand der typischen Risiken der Haftungsbeschränkung bzw. -freizeichnung¹⁸⁷⁶. Der Vertragszweck ist danach zumindest dann gefährdet, wenn von der Freizeichnung eine Pflichtverletzung betroffen ist, die dem Letztverkäufer einen Schadensersatzanspruch statt der Erfüllung gäbe. Denn dann wäre das vertragliche Äquivalenzverhältnis entscheidend gestört. Der Letztverkäufer darf nicht einerseits seinen Erfüllungsanspruch nach § 281 IV verlieren, wenn er gemäß § 281 Schadensersatz statt der Erfüllung verlangt, und andererseits auch noch diesen Anspruch durch eine Haftungserleichterung einbüßen.¹⁸⁷⁷ Selbst ein eventuell verbleibendes Recht zum Rücktritt nach § 437 Nr. 2 kann daran nichts ändern. Das gemäß § 307 II Nr. 1 maßgebliche gesetzliche Leitbild sieht mit § 325¹⁸⁷⁸ jetzt nämlich gerade die Möglichkeit einer Kumulation von Schadensersatz und Rücktritt vor.¹⁸⁷⁹

Nach § 307 II Nr. 2 sind zudem Vereinbarungen unzulässig, die bei der Übernahme des Beschaffungsrisikos nach den §§ 276 I 1, 444, 443 den dortigen Haftungsmaßstäben widersprechen. Zumindest ist hier die völlige Freizeichnung vom Schadensersatz statt der Erfüllung unwirksam. Eine Haftungsbegrenzung beim arglistigen Verschweigen eines Mangels scheitert entsprechend an der Wertung des § 444.¹⁸⁸⁰

Schwieriger ist eine Haftungserleichterung im Rahmen des § 280 I zu beurteilen, da es dabei nicht um den besonders gravierenden Schadensersatz statt der Leistung geht. Hier muss es auf den durch die Pflichtverletzung entstandenen Schaden ankommen. In Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechung des BGH wird man die Freizeichnung von einer Pflicht dann als unwirksam ansehen können, wenn deren Erfüllung für die Durchführung des Vertrages unabdingbar ist, und der Letztverkäufer auf diese berechtigterweise und regelmäßig vertraut¹⁸⁸¹. Diese Pflicht muss nicht unbedingt eine Hauptpflicht sein.

Selbst bei nach diesen Prinzipien eigentlich zulässigen Freizeichnungen wird häufig ein Verstoß gegen § 307 I wegen regelmäßig möglicher und üblicher Versicherbarkeit auf Seiten des Lieferanten vorliegen. Andererseits ist eine Klausel denkbar, die die Haftung für leichte Fahrlässigkeit generell auf die Nachteile begrenzt, die nicht von einer bereits vom Letztverkäufer abgeschlossenen Versicherung (mit Ausnahme der Summenversicherung) umfasst sind. Darunter fallen etwa höhere Prämien oder

¹⁸⁷⁵ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 29, mit Verweis auf BGH, NJW-RR 1996, 783, 786.

¹⁸⁷⁶ Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 468.

¹⁸⁷⁷ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 29, § 309 Rn. 51, § 475 Rn. 14; auch nach BT-Drucksache 14/6857, 53, ist der vollständige Schadensersatzausschluss bei der Verletzung wesentlicher Vertragspflichten selbst bei leichter Fahrlässigkeit gemäß § 307 II Nr. 2 nicht möglich.

¹⁸⁷⁸ Näher BT-Drucksache 14/6040, 187 f.

¹⁸⁷⁹ Graf von Westphalen, NJW 2002, 12, 22; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 309 Rn 53; § 478 Rn. 29.

¹⁸⁸⁰ Ausführlich Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 307 Rn. 10-17, § 475 Rn. 16; vgl. auch Hoeren, ZGS 2002, 68, 69.

¹⁸⁸¹ Vgl. Graf von Westphalen, NJW 2002, 12, 23, unter Verweis auf BGH, NJW-RR 1998, 1426, 1427.

Zinsen.¹⁸⁸²

Bezüglich der Abbedingung des Schadensersatzes wegen Verzugs ist nach § 307 II Nr. 2 maßgebend, ob es sich bei der rechtzeitigen Erfüllung des Vertrags um eine „wesentliche“ Vertragspflicht handelt¹⁸⁸³.

V. Besonderheiten bei den im Einzelnen nach § 478 IV 1 zulässigen Abweichungen

Erst nachdem die Bezugsgrundlage für einen „gleichwertigen Ausgleich“ iSd § 478 IV 1 und die dafür denkbaren Kompensationsmittel bestimmt sind, können einige Vorschläge für konkrete, zulässige Abweichungen gegeben werden. Dabei ist gemäß dem Wortlaut grundsätzlich sogar ein gänzlicher Ausschluss des Regresses möglich¹⁸⁸⁴.

1. § 478 IV 1 als Selbstverständnis für § 478 IV

Nach dem Wortlaut des § 478 IV 1 darf ohne gleichwertigen Ausgleich unter anderem nur „von den Absätzen 1 bis 3“ des § 478 nicht abgewichen werden. § 478 IV selbst ist also nicht erwähnt, könnte danach also ohne Sanktion abbedungen werden.

Tatsächlich kann dies aber kaum bedeuten, dass man § 478 IV 1 dadurch umgehen könnte, dass man § 478 IV 1 zuvor selbst ausschließt. Zwar griffe in diesem Fall nicht das Umgehungsverbot des § 478 IV 3, denn von § 478 IV 1 wiche man gerade nicht ab, wenn man § 478 IV erst gar nicht zur Anwendung kommen ließe. § 478 IV 1 ist jedoch teleologisch dahingehend auszulegen, dass § 478 IV 1 als Selbstverständnis auch für die Dispositivität des § 478 IV selbst gelten muss. Alternativ wäre jedenfalls über § 242 bzw. über § 307 I eine Abbedingung des § 478 IV zu unterbinden.

Verwandt damit ist die Frage, ob § 478 praktisch dadurch ausgeschlossen -„umschifft“- werden kann, dass dem Letztverkäufer generell eine Veräußerung an Verbraucher verboten wird (bzw. dass den anderen Kettenglieder ein entsprechender Verkauf in bezug auf den folgenden Absatzweg untersagt wird)¹⁸⁸⁵. Eine solche Vereinbarung könnte dann nachvollziehbar und verständlich sein, wenn die entsprechenden Waren typischerweise gerade keine Verbrauchsgüter darstellen und somit nur mehr oder wenig zufällig an den Verbraucher gelangen.

Ein solches Vorgehen wäre indes nicht nur wegen § 14 GWB¹⁸⁸⁶, des Überraschungsverbotes des mittelbar zu berücksichtigenden § 305 c I und des Beschränkungsverbotes des § 137 zugunsten des Eigentümers iVm dem mittelbar zu berücksichtigenden § 307 II 1 Nr. 1 zu kritisieren. Vielmehr dürfte eine solche Abrede auch gegen die Kardinalpflicht des § 433 I 2 iVm mittelbar zu beachtenden § 307 II Nr. 2 verstoßen, dem Letztverkäufer lastenfrees Eigentum zu übertragen.¹⁸⁸⁷ Vor allem aber handelt es sich bei der hier fraglichen Vereinbarung um eine unzulässige Umgehung der §§ 478, 479, indem versucht wird, schon vor Eingreifen des § 478 IV eine faktische Haftungsfreizeichnung zu erzielen. Dies muss an § 478 IV 3 scheitern, insbesondere weil

¹⁸⁸² Dilchert, AGB für den Verkauf von Kraftfahrzeugen, ZGS 2002, 150, 152 sowie zum alten Recht Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 11 Nr. 7 AGBG Rn. 33; näher Stefan Ernst, MDR 2003, 4, 10.

¹⁸⁸³ Graf von Westphalen, NJW 2002, 12, 24.

¹⁸⁸⁴ Palandt/Putzo, § 478 Rn. 4.

¹⁸⁸⁵ Bejahend Palandt/Putzo, § 478 Rn. 17.

¹⁸⁸⁶ Matthes, NJW 2002, 2505, 2508.

¹⁸⁸⁷ Koch, WM 2002, 2217, 2226.

der deutsche Gesetzgeber gerade zu erkennen gegeben hat, dass der Lieferant das Risiko des weiteren Absatzweges und damit auch eines ungewissen Letztverkäuferregresses aufgrund eines Verbrauchsgüterkaufes tragen soll. Dies lässt sich aus der Begründung zu und der Entstehungsgeschichte des § 478 VI sowie dem letztlich nicht Gesetz gewordenen § 378 HGB-RE ableiten. Denn danach sollen beim Rückgriff die Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten iSd § 377 HGB gerade auch auf dem „Rückweg“ der Sache und unabhängig davon greifen, wer der zufällige Endabnehmer ist¹⁸⁸⁸. Deshalb kommt es nicht mehr darauf an, ob derartige Vertragsabreden eventuell nach § 16 GWB zulässig sind, der gegenüber § 14 GWB als spezieller zu werten sein wird¹⁸⁸⁹.

2. Die gesetzlichen Fristvorgaben, §§ 478 I, 437 Nrn. 2 und 3, 323 I 1, 440

Abweichungen von den gesetzlichen Fristvorgaben nach den §§ 478 I, 437 Nrn. 2, 3, 323 I 1, 440 sind in der Form vorstellbar, dass entgegen § 478 I ein Fristsetzungserfordernis eingeführt wird. Die Vereinbarung einer Ablehnungsandrohung¹⁸⁹⁰ kommt dem der Sache nach gleich (notfalls muss hier § 478 IV 3 greifen).

Nach der Grundüberlegung des § 478 IV 1 dürfte an derartigen Fristerschwerungen grundsätzlich nichts auszusetzen sein, wenn der Letztverkäufer einen „gleichwertigen Ausgleich“ iSd § 478 IV 1 erhält. Maßstab dafür ist hier der durch die Fristerschwerung entstandene „Rechtsverlust“ bzw. Nachteil des Letztverkäufers¹⁸⁹¹. Für die erforderliche Kompensation ist vor allem von Bedeutung, inwieweit durch die vereinbarte Fristerschwerung die Gefahr einer „Regressfalle“¹⁸⁹² hervorgerufen wird. Gegebenenfalls kann nämlich gerade das Fristsetzungserfordernis zu einem Eintritt der Verjährung führen. Für einen „gleichwertigen Ausgleich“ muss also unter Umständen die Verjährungsfrist bzw. der Verjährungsbeginn entsprechend angepasst werden.

Im Rahmen von Fristvereinbarungen ist außerdem der Leitgedanke des § 478 I besonders zu berücksichtigen, dass der Letztverkäufer die Sache regelmäßig unproblematisch weiterreichen können muss¹⁸⁹³. Dies gilt ebenfalls für die Fälle, in denen schon ohne § 478 I kein Fristsetzungserfordernis gegeben ist, vgl. §§ 478 I, 440 S. 2¹⁸⁹⁴. Nach dieser Wertung ist es unter mittelbarer Berücksichtigung des § 307 II Nr. 1¹⁸⁹⁵ im Rahmen des § 478 I kaum zulässig, ein Weiterreichen der Kaufsache praktisch unmöglich werden zu lassen, auch wenn man dem Letztverkäufer dafür einen sehr erheblichen Ausgleich gewährte.

Aus der Leiterwägung des Gesetzgebers folgt weiter, dass eine Weiterleitungsverpflichtung hinsichtlich des Nacherfüllungsverlangens des Verbrauchers

¹⁸⁸⁸ J.II.1.

¹⁸⁸⁹ In diese Richtung aber Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2563 Fn. 30.

¹⁸⁹⁰ Dazu näher Hassemer, ZGS 2002, 95, 100.

¹⁸⁹¹ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 25; näher auch G.III.1.b.cc.

¹⁸⁹² G.III.1.b.bb sowie schon G.I und G.II.1.a.

¹⁸⁹³ Dazu BT-Drucksache 14/6040, 247.

¹⁸⁹⁴ In diese Richtung allgemein Hoeren, ZGS 2002, 10, 14.

¹⁸⁹⁵ G.II.2.a und b.

entsprechend ausgeglichen werden muss¹⁸⁹⁶. Zwar wird dem Letztverkäufer dadurch vordergründig die Gewährleistungspflicht gegenüber dem Verbraucher genommen und insofern ein „Ausgleich“ gewährt. Für den Letztverkäufer wäre aber gerade nachteilig, dass er nicht sofort seine Rechte gegenüber dem Lieferanten ausüben könnte.¹⁸⁹⁷ Darüber hinaus nähme man dem Letztverkäufer bei gelungener Nacherfüllung des Lieferanten die etwaige Gelegenheit, eigene und billigere Nacherfüllungsmethoden anzuwenden. Durch die eigene Reparatur oder Ersatzlieferung und den anschließenden Regress nach § 478 I – nicht § 478 II – kann der Letztverkäufer (beispielsweise wegen der Schadensersatzmöglichkeiten) auch besser gestellt sein als bei einer vereinbarten, direkten Weiterleitung des Verbraucherverlangens.

Eine ausgleichspflichtige Abweichung liegt ferner dann vor, wenn der Letztverkäufer, unter Hinweis auf eine mögliche Streitverkündung, auf die gerichtliche Inanspruchnahme Dritter verwiesen wird, bevor der Lieferant (dann subsidiär) haftet.¹⁸⁹⁸

Zudem wird zumindest das nach § 478 I sofortige Rücktrittsrecht nicht etwa dadurch „gleichwertig“ kompensiert, dass dem Letztverkäufer ein Schadensersatzanspruch gewährt wird. Zwar kann der Schadensersatzanspruch auf einen höheren Ersatz gerichtet sein. Das zusätzliche Verschuldenserfordernis überwiegt diesen Vorteil jedoch negativ.

Sieht man von § 478 I nicht alle Gewährleistungsrechte als erfasst an¹⁸⁹⁹, kommt als (vorteilhafte) Abweichung von den gesetzlichen Fristvorgaben schließlich auch ein Verzicht auf das Fristsetzungserfordernis in Betracht.

3. Verkäuferpflichten und Mängelbegriffe der §§ 433 bis 435

Eine für den Letztverkäufer nachteilige Abweichung von den in § 433 geregelten vertragstypischen Pflichten beim Kaufvertrag ist nach § 478 IV 1 nur bei einem „gleichwertigen Ausgleich“ zulässig. Nach § 433 I 1 muss der Lieferant dem Letztverkäufer die Sache übergeben und ihm das Eigentum daran verschaffen. Dies muss gemäß § 433 I 2 sach- und rechtmangelfrei geschehen, was sich nach den §§ 434, 435 bestimmt. Auch von diesen darf gemäß § 478 IV 1 ohne „gleichwertigen Ausgleich“ nicht abgewichen werden.¹⁹⁰⁰

Stets ist besonders sorgfältig zu prüfen, ob in den jeweiligen Beschaffenheitsvereinbarungen iSd § 434 I 1 überhaupt eine Abweichung iSd § 478 IV 1 vorliegt. Durch die Schuldrechtsreform sind diese und damit auch die entsprechende Gestaltungsfreiheit der Vertragsparteien nämlich deutlich aufgewertet worden. Andererseits wird gerade hier häufig versucht werden, die Bejahung einer Pflichtverletzung durch geschickte Definitionen zu vermeiden¹⁹⁰¹. Unabhängig davon, ob Beschaffenheitsvereinbarungen überhaupt durch, in den praktisch fast ausschließlich

¹⁸⁹⁶ So jedenfalls für den Fall des Ersatzlieferungsverlangens Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1402; aA ohne nähere Begründung wohl Westermann, NJW 2002, 241, 253.

¹⁸⁹⁷ Vgl. jedoch C.IV.4 zum umstrittenen Anwendungsbereich des § 478 I und D.I.4 zur Auffassung, wonach im Rahmen der Nacherfüllung iSd § 439 I zumindest für die vom Lieferanten begehrte Ersatzlieferung grundsätzlich ein Fristsetzungserfordernis auf Seiten des Letztverkäufers einzuhalten ist.

¹⁸⁹⁸ Zur alten Rechtslage Palandt/Heinrichs, 61. Auflage, § 11 AGBG Rn. 55.

¹⁸⁹⁹ Vgl. C.IV.4.

¹⁹⁰⁰ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 5.

¹⁹⁰¹ Vgl. beispielhaft Marx/Wenglorz, 222.

vorliegenden AGB getroffen werden können, besteht hier also die Gefahr von versteckten Haftungsausschlüssen, die durch das Umgehungsverbot des § 478 IV 3 gerade verhindert werden sollen¹⁹⁰². Die erste Rechtsprechung hat dieses (nicht-verkäuferregressspezifische) Problem jedoch erkannt und käuferfreundlich aufgenommen. So kann etwa nicht ohne weiteres ein Auto als „Schrottauto“ deklariert werden, dessen Einzelteile sämtlich nicht mangelfrei wären, für die also nicht nach den §§ 434 ff. zu haften wäre. Dies gilt zumindest dann, wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses das Gegenteil festgehalten wurde¹⁹⁰³. Ein hier diskutierter „Haftungsausschluss“ bleibt unter Umständen aber möglich, wenn ein Preisnachlass gerade wegen einer bekannten Gebrauchsminderung gewährt wird¹⁹⁰⁴. Engere Definitionen der Vertragsfreiheit sind bei Beschaffenheitsvereinbarungen nach § 478 IV 1 auch dann denkbar, wenn ein anderer „gleichwertiger Ausgleich“ gewährt wird und dieser nicht fundamental gegen § 434 I 1 verstößt. Als solche Kompensationen kommen z.B. Aufwertungen innerhalb der §§ 433-435 in Frage. Ein „gleichwertiger Ausgleich“ kann dabei insbesondere darin liegen, das aus Sicht des Art. 2 RL bedenkliche Stufenverhältnis des § 434 I 2 für die Sachmangelfreiheit abzuschaffen und stattdessen eine Kumulation der dortigen Kriterien einzuführen. Ebenso kommt als Ausgleich die eindeutige Erfassung der Zuviellieferung im Rahmen des § 434 III in Betracht.

Diesen Kompensationsvorschlägen wird man nicht entgegenhalten können, dass diese Vorteile möglicherweise schon unmittelbar aus Art. 4 RL folgen müssen und deren Qualität als „gleichwertiger Ausgleich“ iSd § 478 IV 1 somit zweifelhaft sein könnte. Denn solange diese aus der RL direkt fließenden Vergünstigungen in der Bundesrepublik Deutschland wegen falscher oder unterlassener Umsetzung nicht effektiv gelten, ist deren Gewährung als mögliche Kompensation iSd § 478 IV 1 zu bewerten.

Allgemein wird es allerdings gerade im Rahmen der §§ 433-435 schwierig sein, den typischen und regelmäßigen „Gewährleistungsschaden“¹⁹⁰⁵ des Letztverkäufers zu ermitteln und auszugleichen. Denn da die Pflichten und Rechte des § 433 sowie die Sach- und Rechtsmangelfreiheit iSd §§ 434, 435 den Gewährleistungsrechten vorgeschaltet sind, müssen schon hier etwaige Konsequenzen auf die Verjährungs- und Beweislastsituationen mitberücksichtigt werden. Deshalb wird es sogar noch komplexer sein, negative Abweichungen von den §§ 433-435 gerade durch positive Abweichungen von den §§ 433-435 ausgleichen zu wollen. Die Einführung kurzer Ausschluss- bzw. Verjährungsfristen für den Kaufpreisanspruch des Lieferanten etwa, ist folglich nur bedingt kompensationsstauglich sind.

¹⁹⁰² Allgemein zum Problem der versuchten und zulässigen „Haftungsentlastung“ durch Beschaffenheitsvereinbarungen Jud, 14. ÖJT Bd. II/2, 17; Schulte-Nölke, ZGS 2002, 72, 74 ff.; Hassemer, ZGS 2002, 95, 96 f. sowie Pfeiffer, ZGS 2002, 23, 31 f., der praktisch nur die Möglichkeit sieht, Beschaffenheitsvereinbarungen in der Qualität einer „Hilfs- bzw. Konkretisierungsfunktion“ zu verwenden. Näher auch Huber/Faust(-Huber), Verbrauchsgüterkauf, Rn. 12, wonach eine Vereinbarung iSd § 434 I 1 nur dann ohne gleichwertigen Ausgleich zulässig sein soll, wenn sie erstens tatsächlich bestimmte Eigenschaften beschreiben soll und zweitens die dadurch bewirkte Erweiterung der Vertragsmäßigkeit transparent aufzeigt.

¹⁹⁰³ AG Zeven vom 19.12.2002, ZGS 2003, 158-160.

¹⁹⁰⁴ In diese Richtung Kainer, AnwBl 2001, 380, 388; vgl. zu den problematischen Preisvereinbarungen aber auch G.III.3.b.

¹⁹⁰⁵ Zu den zahlreichen Kriterien G.III.1.b.cc.

4. Käuferrechte nach den §§ 437, 439 I, § 441 und § 439 III

Während abweichende Vereinbarungen von § 437 Nr. 3, also von der Schadensersatzhaftung, gemäß § 478 IV 3 nur den §§ 242, 134, 138, 307 ff. unterliegen, beurteilen sich Abweichungen von § 437 Nrn. 1 und 2 nach § 478 IV 1 grundsätzlich genauso wie solche von den §§ 434, 435. Die Rechte wegen eines Sach- oder Rechtsmangels dürfen ohne „gleichwertigen Ausgleich“ also ebenso wenig zu Lasten des Letztverkäufers abgeändert werden, wie die dafür erst maßgeblichen Definitionen für Sach- oder Rechtsmängel. Konkret betrifft dies Vereinbarungen über die Nacherfüllung nach § 437 Nr. 1 oder über den Rücktritt oder die Minderung nach § 437 Nr. 2¹⁹⁰⁶. Bei der danach erforderlichen Betrachtung sind auch lediglich teilweise Abweichungen von den Voraussetzungen oder vom Inhalt der §§ 437 ff. miteinzubeziehen. Gleiches gilt für die Sondervorschrift des § 441.¹⁹⁰⁷

Im Rahmen des Nacherfüllungsrechts kommt zunächst der Ausschluss des in § 439 I genannten Wahlrechts hinsichtlich der Nachlieferung und der Nachbesserung in Frage. Dieser könnte unter Unternehmern möglicherweise auch leichter hinzunehmen sein als gegenüber dem Verbraucher¹⁹⁰⁸. Außerdem stehen dem Letztverkäufer, anders als dem Verbraucher, alle Gewährleistungsrechte sofort zu¹⁹⁰⁹. Ohne großen Ausgleich ist bei Massenartikeln sogar die gänzliche Abbedingung des Nachbesserungsanspruchs möglich, weil es auf diesen dort regelmäßig gar nicht ankommen wird¹⁹¹⁰.

Denkbar sind ferner Abweichungen von § 439 III. Dabei ist zu beachten, dass es unter Unternehmern wohl eher als im Verbrauchsgüterkauf angemessen ist, die Nacherfüllung zu verweigern¹⁹¹¹. Wird § 439 III verbraucherrechtskonform konkretisiert, dürfte dies auch dem Letztverkäufer nutzen können, da ihm der Lieferant dann kein regressausschließendes Handeln aus Kulanz vorwerfen kann. Beispielsweise kommen hier feste Maßstäbe für die Unverhältnismäßigkeit oder Erheblichkeitsgrenzen in Betracht.¹⁹¹² Deshalb sollen hier nach einer Ansicht an einen „gleichwertigen Ausgleich“ jedenfalls dann nicht allzu große Anforderungen zu stellen sein, wenn es um den Gewährleistungsausschluss für „unerhebliche“ Mängel iSd bisherigen § 459 I 2 geht¹⁹¹³.

Aus genereller Sicht sind Abtretungen von Ansprüchen gegen Dritte regelmäßig als Ausgleich iSd § 478 IV bedenklich, da diese zu einem allseitigen Konflikt mit § 309 Nr. 8 lit. b Doppelbuchstabe aa führen¹⁹¹⁴.

5. Kenntnis gemäß § 442

Auch von § 442 darf nach § 478 IV 1 ohne „gleichwertigen Ausgleich“ nicht nachteilig

¹⁹⁰⁶ Letzteres ergibt sich daneben auch aus der Anlehnung der §§ 438 IV, V, 218 an die Verjährung des Anspruchs aus § 439 I. Über § 437 Nr. 2 sind ferner die §§ 323, 326 betroffen; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 450, 460.

¹⁹⁰⁷ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 5-7.

¹⁹⁰⁸ Näher Schubel, JZ 2001, 1113, 1117; Hassemer, ZGS 2002, 95, 99;.

¹⁹⁰⁹ Streitig; C.IV.4.

¹⁹¹⁰ Vgl. Ziegler/Rieder, ZIP 2001, 1789, 1795.

¹⁹¹¹ Lorenz/Riehm, Rn. 597.

¹⁹¹² Vgl. Ziegler/Rieder, ZIP 2001, 1789, 1795.

¹⁹¹³ In diese Richtung Hassemer, ZGS 2002, 95, 99; Ziegler/Rieder, ZIP 2001, 1789, 1795.

¹⁹¹⁴ Dazu schon G.III.1.b.aa; vgl. andererseits Palandt/Heinrichs, 61. Auflage, § 11 AGBG Rn. 55 zum liberaleren alten Recht.

abgewichen werden¹⁹¹⁵. Während § 442 II für den Letztverkäuferregress von vornherein unerheblich ist¹⁹¹⁶, gilt dies nicht für § 442 I 1. Danach ist ein Rückgriff bei positiver Kenntnis des Letztverkäufers vom Mangel zur Zeit des Vertragsschlusses ausgeschlossen. Gemäß § 442 I 2 bleiben ihm die Rechte der §§ 437 ff. jedoch dann erhalten, wenn der Letztverkäufer den Mangel nur grob fahrlässig nicht gekannt hat und der Lieferant diesen arglistig verschwiegen bzw. eine Garantie für die Beschaffenheit der Kaufsache übernommen hat.¹⁹¹⁷ In § 442 wird man einen bedeutenden Gerechtigkeitsgehalt erkennen können, so dass Abweichungen auch bei einem Ausgleich enge Grenzen gesetzt sind.

6. Garantien nach § 443

§ 478 IV 1 sieht unter anderem vor, dass auch von § 443 ohne „gleichwertigen Ausgleich“ nicht zu Lasten des Letztverkäufers abgewichen werden kann¹⁹¹⁸. § 443 regelt die Beschaffenheits- und Haltbarkeitsgarantie. Im Gegensatz zu den §§ 434, 435 muss der Mangel hier nicht schon bei Gefahrübergang vorliegen.¹⁹¹⁹ Die „Beschaffenheitsgarantie“ garantiert das Bestehen einer zugesicherten Eigenschaft oder das Ausbleiben einer bestimmten Vertragswidrigkeit. Um eine primär von § 443 erfasste „Haltbarkeitsgarantie“ handelt es sich, wenn die Sache während einer gewissen Zeit- oder Nutzungsspanne mangelfrei bleiben und unabhängig vom Vorhandensein des Mangels bei Gefahrübergang gewährt werden soll.¹⁹²⁰ Beide Arten der Garantie treten neben die gesetzliche Gewährleistung und räumen von sich aus gerade nicht selbstverständlich die Rechte aus den §§ 437 ff. ein. Vielmehr kann die Garantie deutlich hinter diesen zurückbleiben. Durch § 443 wird aber gesetzlich gewährleistet, dass dem Letztverkäufer die Rechte aus der Garantie im Garantiefall tatsächlich zustehen.

Bei mangelnden Angaben in der Garantieerklärung gelten gewisse allgemeine¹⁹²¹ und besondere Vermutungen, wie etwa gemäß einschlägiger Werbung¹⁹²². Die Garantie kann grundsätzlich vom Letztverkäufer und jedem anderen Glied der Lieferkette gewährt werden. Ohne gleichwertigen Ausgleich darf der Letztverkäufer, wenn er Adressat einer Garantie des Lieferanten ist, nicht auf etwaige andere Garantien in der Lieferkette verwiesen werden.¹⁹²³

Entsprechend gleichwertig sind negative Abweichungen von der Vermutung des § 443 II zu kompensieren, wonach die Rechte aus der Garantie dann gegeben sind, wenn der

¹⁹¹⁵ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 7.

¹⁹¹⁶ Denn hier geht es nicht um „bewegliche“ Kaufsachen, die zur Anwendbarkeit des § 478 erforderlich sind; dazu C.IV.1.a.bb.

¹⁹¹⁷ BT-Drucksache 14/6040, 236.

¹⁹¹⁸ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 7.

¹⁹¹⁹ Haas, BB 2001, 1313, 1315.

¹⁹²⁰ BT-Drucksache 14/6040, 237; Zerres, VuR 2002, 3, 12.

¹⁹²¹ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 239, demzufolge die Rechte aus § 437 mangels weiterer Angabe regelmäßig jedenfalls bei einer Verkäufergarantie in Betracht kommen. Außerdem tritt der Garantiebeginn bei fehlender Festlegung in der Regel mit der Ablieferung ein.

¹⁹²² BT-Drucksache 14/6040, 238, unter Bezugnahme auf Art. 6 I RL.

¹⁹²³ Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 347 f.

Sachmangel innerhalb der Garantiefrist auftritt¹⁹²⁴. Gemäß der Wertung des § 443 II hat der Letztverkäufer jedoch die Übernahme der Garantie, die Erfassung des Mangels davon und dessen Auftreten während der Garantiefrist zu beweisen¹⁹²⁵. Durch § 443 II sollen zudem nicht etwa Gegenstand, Dauer, Art bzw. Inhalt der Rechte oder Fragen der Verjährung geregelt werden¹⁹²⁶. § 478 IV 1 erfasst nur § 443, nicht auch § 477, der für den Verbrauchsgüterkauf Sonderregeln für die inhaltliche und formelle Ausgestaltung von Garantien enthält und ohnehin nicht zugunsten des Letztverkäufers greift.

7. Vereinbarungen über den Gefahrübergang

Nach dem Wortlaut des § 478 IV 1 stehen Abweichungen von den §§ 446, 447 nicht unter dem Vorbehalt eines „gleichwertigen Ausgleichs“. Wenn man es jedoch als Verstoß gegen Art. 7 I RL wertet, dass § 446 nicht von § 475 I erfasst ist¹⁹²⁷, könnte § 478 IV 1 wegen des grundsätzlich erstrebten Gleichlaufs des Letztverkäuferregresses mit den Verbraucherrechten entsprechend auch für § 446 gelten müssen. Andererseits sollten mit der erst vom Rechtsausschuss vorgenommenen Teilübernahme des § 475 in § 478 IV alle in Betracht kommenden „Abweichungen“ iSd § 478 IV 1 ausdrücklich und damit ausführlich genannt werden. Der Gesetzgeber ging dabei davon aus, ein Scheitern des Letztverkäuferregresses ausreichend zu berücksichtigen und zu vermeiden.¹⁹²⁸ Demgemäß muss diese Aufzählung grundsätzlich als abschließend betrachtet werden. Die Bezugnahme des § 478 IV 1 auf die einzelnen Vorschriften betrifft insofern gerade nicht die „gesamte Rechtsstellung“ des Letztverkäufers.¹⁹²⁹ Eine analoge Anwendung des § 478 IV 1 auf § 446 wäre allenfalls dann zu erwägen, wenn man dies auch bei § 475 I vornähme.

Geht man also davon aus, dass Vereinbarungen über den Gefahrübergang nicht von § 478 IV 1 erfasst sind, kann der Lieferant die Begriffe der Sach- und Rechtsmangelfreiheit sowie die darauf beruhenden Gewährleistungsrechte erheblich manipulieren. Er unterläge dabei nur der Mindestkontrolle der §§ 134, 138, 242, 307. Gerade dieser mögliche Einfluss auf die §§ 434, 435, 437 ff. legt es aber nahe, entsprechende Vereinbarungen regelmäßig als Umgehung iSd § 478 IV 3 anzusehen¹⁹³⁰. Dafür spricht auch die allgemeine Überlegung des Gesetzgebers, dass die ausführliche

¹⁹²⁴ Für einen Entlastungsbeweis kommen in der Regel nur eine falsche Bedienung des Käufers, ein externes Vorkommnis oder eigenmächtige Reparaturen in Frage, wenn dadurch nicht schon der Sinn der Garantie umkehrt wird; BGH, NJW-RR 1991, 1013; BT-Drucksache 14/6040, 239; Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 205, 223; Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 347.

¹⁹²⁵ Der Letztverkäufer muss hingegen keine Kausalitätskette zu einem anfänglichen Mangel darlegen; Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 347.

¹⁹²⁶ BT-Drucksache 14/6040, 239.

¹⁹²⁷ Kainer, AnwBl 2001, 380, 388.

¹⁹²⁸ BT-Drucksache 14/7052, 199.

¹⁹²⁹ So aber Hk-BGB/Saenger §§ 478, 479 Rn. 9, der ohne weitere Ausführungen „einen außerordentlich weiten Anwendungsbereich, von dem nur der Ausschluß oder die Beschränkung des Schadensersatzes ausgenommen ist“, sieht; so auch Bereska, ZGS 2002, 59, 62.

¹⁹³⁰ Vgl. Hassemer, ZGS 2002, 95, 102, zum grundsätzlichen Problem der Vereinbarungen über den Gefahrübergang am Beispiel der Abnahme iSd § 640.

Aufzählung des § 478 IV 1 den Letztverkäuferschutz nicht etwa beschränken, sondern fördern sollte¹⁹³¹.

8. Abweichungen von den §§ 478 II, 439 II

Auch von den §§ 478 II, 439 II kann zu Lasten des Letztverkäufers gemäß § 478 IV 1 nur bei einem „gleichwertigen Ausgleich“ abgewichen werden. Für deckungsgleiche Garantien bzw. Vertragshändlerverträge gilt dies entsprechend¹⁹³². Weder von § 439 II noch von § 478 II sind allerdings die ursprünglichen Erfüllungskosten erfasst, so dass hierfür nicht § 478 IV 1, sondern § 307 gilt¹⁹³³.

a) Frühe Anerkennung der besonderen Schutzbedürftigkeit des Letztverkäufers

Der Gesetzgeber hat als einziges Beispiel für den „gleichwertigen Ausgleich“ iSd § 478 IV 1 die Möglichkeit von „pauschalen Abrechnungssystemen“ im Rahmen der Ansprüche aus § 478 II genannt. § 478 II stellt ferner eine besondere Säule des Letztverkäuferregresses dar. Insofern kann man den „Kerngehalt“ von § 478 IV in der Frage um die Zulässigkeit von Abweichungen von § 478 II sehen¹⁹³⁴. Hinzu kommt, dass man gerade hier schon im alten Recht die „besondere Schutzbedürftigkeit“ des Letztverkäufers gegenüber seinem Lieferanten anerkannte. Der Letztverkäufer sollte nicht einerseits seinem Abnehmer zwingend nach dem bisherigen § 11 Nr. 10 c AGBG Gewähr leisten und andererseits selbst einer Haftungsfreizeichnung ausgesetzt sein müssen.

Zur Vermeidung dieser „Regressfalle“ führte man bereits vor der Schuldrechtsreform 2002 das Gebot des „seitengleichen Regresses“ im Rahmen des alten § 24 AGBG ein.¹⁹³⁵ Danach wurde über den bisherigen § 9 II Nr. 1 AGBG (entspricht § 307) die Wertung des § 476 a aF bei einer Gewährleistungsbeschränkung auf das Nachbesserungsrecht derart übernommen, dass der Lieferant grundsätzlich die Nachbesserungsaufwendungen übernehmen musste, die der Letztverkäufer gegenüber dem Endabnehmer nach dem bisherigen § 11 Nr. 10 c AGBG zu tragen hatte¹⁹³⁶. Deshalb und weil dem Letztverkäufer eine wesentliche Stütze des Verkäuferrückgriffs insgesamt genommen wäre (die zudem den einzigen verschuldensunabhängigen Erhalt der Handelsspanne bedeutet), wird jedenfalls eine gänzliche Abbedingung des § 478 II in der Regel auch bei sehr großen Vorteilen nicht zu lässig sein¹⁹³⁷.

Gleichwohl hielt man teilweise Freizeichnungen oder Pauschalierungen der

¹⁹³¹ BT-Drucksache 14/7052, 199.

¹⁹³² D.II.5 sowie G.II.1.b.cc.bbb; vgl. auch Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 11, einerseits und Rn. 27 f. andererseits.

¹⁹³³ Vgl. Hoeren, ZGS 2002, 10, 15.

¹⁹³⁴ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 26.

¹⁹³⁵ Dazu bereits B.I.2.

¹⁹³⁶ Nach Graf von Westphalen, Vertragsrecht, Mangelbeseitigung, Rn. 25, waren dabei „alle“ Gewährleistungsschäden zu ersetzen; nach Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 11 Nr. 10 c AGBG Rn. 10, war der Regress hinsichtlich der Nachbesserungskosten darüber jedoch nur „im wesentlichen“ gesichert.

¹⁹³⁷ Näher zu den bisherigen AGB-Grundsätzen vor allem Graf von Westphalen, NJW 1980, 2227 ff. und Nickel, NJW 1981, 1490, 1492.

Nachbesserungsaufwendungen überwiegend für zulässig¹⁹³⁸. Zwar war hier nach Ansicht des BGH „voller Kostenersatz“ geschuldet, gerichtet auf die tatsächlichen Aufwendungen im Rahmen der Nachbesserung¹⁹³⁹. Allerdings zeigen diesbezügliche Urteile¹⁹⁴⁰, dass dazu beispielsweise pauschalierte Kostenersatzungen mit verschiedenen Vorteilen genügen¹⁹⁴¹. Diese mussten nur typischerweise und regelmäßig zu einem solchen „vollen Kostenersatz“ führen. Jedenfalls wird man nur dies im Rahmen des vorrangigen § 478 IV 1 fordern können¹⁹⁴². Denn der Gesetzgeber wollte mit den dafür ausdrücklich vorgeschlagenen, pauschalierten Abrechnungssystemen eine interessengerechte Ausschlussmöglichkeit von einzelnen Ansprüchen im Zusammenhang mit § 478 II ermöglichen. Derartige Vereinbarungen müssen nur „insgesamt“ den „berechtigten Interessen des Handels Rechnung tragen“¹⁹⁴³. Die bisherige praktische Häufigkeit und Akzeptanz dieser Modelle spricht auch dafür, dass dabei oftmals ein angemessener Ausgleich erzielt wurde¹⁹⁴⁴.

b) Pauschalierungs- und Freistellungsmodelle

Offensichtlich sollen bei § 478 IV 1 Pauschalierungsmodelle weiter möglich sein. Typisch waren hier bisher Kombinationen aus Pauschalierungen mit begrenzten Kostenfreizeichnungen¹⁹⁴⁵. Fraglich ist aber, wie solche Teilkostenregelungen oder Kostenpauschalierungen konkret nach § 478 IV 1 aussehen können. Aus den Wertungen der bei § 478 IV 1 doppelt mittelbar zu berücksichtigen §§ 308, 309¹⁹⁴⁶ können dafür keine eindeutigen Schlüsse gezogen werden.

Bedeutend für die Beurteilung von Abweichungen ist, dass der Letztverkäufer, im Gegensatz zu dem klaren Frestellungsinteresse des Verbrauchers von den Nachbesserungskosten, häufig verschiedene Interessen verfolgt. So wünschen sich zwar sowohl der Letztverkäufer als auch der Lieferant grundsätzlich eine unproblematische und kostengünstige Abwicklung von Gewährleistungsfällen. Deshalb traf man in Rahmenverträgen regelmäßig entsprechende Kostenteilungsregelungen, um den Absatz und die Gewährleistungsabwicklung beim Fachhandel zu bündeln.¹⁹⁴⁷ Der Letztverkäufer hat aber auch ein Interesse an einer guten Kundenbindung, der Nutzung einer eventuell vorhandenen Werkstatt des Lieferanten und an einer Gewährleistungsfreistellung selbst nach Ablauf der Gewährleistungsfristen des Verbrauchers. Ein weiterer Unterschied zum Verbrauchsgüterkauf, und damit zur jeweiligen Schutzbedürftigkeit, besteht darin, dass

¹⁹³⁸ Graf von Westphalen, NJW 1980, 2227 ff.; derselbe, Vertragsrecht, Mangelbeseitigung Rn. 26 Fn. 68 m.w.N.; Palandt/Heinrichs, 61. Auflage, § 11 AGBG Rn. 62; Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 11 Nr. 10 c AGBG Rn. 10 sowie Nickel, NJW 1981, 1490, 1492, mit Nachweisen auch zum gegenteiligen Schrifttum.

¹⁹³⁹ BGH, ZIP 1994, 461, 468; Graf von Westphalen, Vertragsrecht, Mangelbeseitigung, Rn. 26.

¹⁹⁴⁰ BGH, NJW-RR 1991, 35, 570, 572; NJW 1991, 1886, 1888; 1996, 389, 390.

¹⁹⁴¹ Vgl. Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 134.

¹⁹⁴² Näher G.III.1.b.cc.

¹⁹⁴³ BT-Drucksache 14/6040, 249; Haas, BB 2001, 1313, 1320.

¹⁹⁴⁴ Nickel, NJW 1981, 1490, 1492. Aus diesem Grund kann man auch schon generell an der besonderen Schutzbedürftigkeit des Letztverkäufers zweifeln; Ziegler/Rieder, ZIP 2001, 1789, 1797.

¹⁹⁴⁵ Nickel, NJW 1981, 1490, 1492.

¹⁹⁴⁶ G.II.2.c.aa.bbb.

¹⁹⁴⁷ Vgl. Nickel, NJW 1981, 1490, 1491, 1492.

Lieferant und Letztverkäufer die anfallenden Nacherfüllungskosten im Zusammenhang mit einer umfangreicheren Geschäftsverbindung und -abwicklung sehen. Insofern kann der Letztverkäufer die mit der Nacherfüllung verbundenen Nachteile oft schon angemessen in die allseitige Preisberechnung einfließen lassen.¹⁹⁴⁸

Diese beispielhaft genannten Aspekte sind bei abweichenden Vereinbarungen folglich gegeneinander abzuwiegen, können sich jedoch zugleich auch als relativ einfache Anknüpfungspunkte für einen Ausgleich anbieten.

Im übrigen sind die im Rahmen des § 478 II denkbaren Kompensationsmittel grundsätzlich die gleichen, wie bei den sonstigen Abweichungen iSd § 478 IV 1¹⁹⁴⁹. Denn auch wenn sich die Ausgleichsinstrumente historisch überwiegend aus Klauseln über den hier einschlägigen Nachbesserungsaufwand entwickelt haben, kann es bei § 478 IV 1 nicht mehr ohne weiteres auf diese, sondern nur darauf ankommen, ob der konkrete Kompensationsinhalt die spezifische Abweichung typischerweise und regelmäßig gleichwertig ausgleichen kann¹⁹⁵⁰. Maßstab für § 478 IV 1 ist ausschließlich die „Gleichwertigkeit“ des Ausgleichs und nicht etwa, ob etwaige Nachteile über den Preis an den Verbraucher abgewälzt¹⁹⁵¹ oder vom Letztverkäufer besser versichert werden können¹⁹⁵².

Aus den genannten Gründen der bisherige Ausgleichsansatz, wonach in bezug auf Nachbesserungsaufwendungen je nach Wirtschaftszweck und vor allem Produktgruppe häufig pauschale Umsatzboni bzw. Rabatte von 0,5% der Warennettowerte genügen, nur bedingt übernommen werden. Ebenfalls zu bedenken ist, dass die §§ 478 II, 439 II, anders als der bisherige § 476 a, auch die Nachlieferungsaufwendungen erfassen.

Nach wie vor kommen als Ausgleich allerdings nach Geräten differenzierende Aufwandspauschalen bzw. zeitlich gestaffelte Garantien in Frage. Zudem ist eine Abwälzung der Gewährleistungskosten auch bei Verjährungsverlängerungen für bedeutende Ersatzteile möglich. Diese könnten sich in entsprechender Anwendung der bisherigen Festsetzungen auf das Dreifache der gesetzlichen Verjährungsfrist ab Herstellung bzw. bis auf zwei Jahre ab Verkauf an den Verbraucher belaufen.¹⁹⁵³ Speziell im Rahmen der Nachlieferung ist als Kompensation der Verzicht auf die nach § 439 IV zu erstattenden Nutzungsvorteile vorstellbar¹⁹⁵⁴.

¹⁹⁴⁸ Zu den bisherigen AGB-Grundsätzen Nickel, NJW 1981, 1490, 1491 f. und Graf von Westphalen, NJW 1980, 2227, 2232.

¹⁹⁴⁹ Vgl. also G.III.3.

¹⁹⁵⁰ In diese Richtung Matthes, NJW 2002, 2505, 2510; näher G.III.1.b.cc; so schon Nickel, NJW 1981, 1490, 1493; ablehnend Graf von Westphalen, ZGS 2002, 389, der hier nur eine Schranke in § 439 III sieht.

¹⁹⁵¹ So zum alten Recht Nickel, NJW 1981, 1490, 1493; vgl. jedoch Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 491.

¹⁹⁵² Vgl. andererseits Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 439 Rn. 15.

¹⁹⁵³ Nickel, NJW 1981, 1490, 1493; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 491, verlangt bei Fallpauschalen im Rahmen des § 478 II nur, dass diese „grob dem mittleren typischen Schaden entsprechen müssen“; vgl. ansonsten G.III.1.b.cc.

¹⁹⁵⁴ Die Konformität der §§ 439 IV, 346 I mit Art. 3 II RL ist allerdings umstritten; dafür mit näheren Begründungen etwa BT-Drucksache 14/6040, 233; Zerres, VuR 2002, 3, 8; Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 325. Gegen die Richtlinienkonformität sprechen sich Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 439 Rn. 16; W.-H. Roth, JZ 2001, 475, 489, aus; kritisch auch Hoffmann, ZRP 2001, 347, 349.

c) Abreden hinsichtlich des Erfüllungsortes

Der Lieferant kann im Rahmen der Nacherfüllung ein Interesse daran haben, die Transportkosten auf den Aufwand für die Lieferung an den Erfüllungsort oder den nach „bestimmungsgemäßem Gebrauch“ eingetretenen Belegenheitsort der Kaufsache zu beschränken. Dies macht vor allem dann Sinn, wenn es sich um eine große und wertvolle Sache handelt, die an einen besonders exotischen Platz verbracht wird.

Da § 439 II hinsichtlich der Nacherfüllungsaufwendungen keine Einschränkung mehr in bezug auf den Belegenheitsort der Sache enthält, muss sich nun aber eine Abrede, die diese Rechtslage des bisherigen § 476 a S. 2 wieder einführen soll, an § 478 IV 1 und an den kartellrechtlichen Schranken des Art. 81 EG messen lassen.¹⁹⁵⁵

9. Beweislastregelungen

Ebenfalls nur bei einem „gleichwertigen Ausgleich“ iSd § 478 IV 1 darf von der Beweiserleichterung des § 478 III iVm § 476 negativ abgewichen werden. Ohne eine solche Kompensation ist daher beispielsweise eine Vereinbarung unzulässig, die die Beweislastumkehr des § 478 III darauf beschränkt, dass der Letztverkäufer die Sache innerhalb von sechs Monaten weiterverkauft hat¹⁹⁵⁶. Dies gilt auch für eine Klausel, die die Beweislastumkehr generell bei längeren (selbst unverhältnismäßig langen) Zwischenlagerungen ausschließt¹⁹⁵⁷. Dies wäre nur dann nicht der Fall, wenn man sich schon im Rahmen des Anwendungsbereichs des § 478 III für eine entsprechend restriktive Auslegung entscheidet¹⁹⁵⁸.

Wird ein „gleichwertiger Ausgleich“ gewährt, ist eine Abweichung vom Fristbeginn (wegen § 478 III iVm § 474 II ist dies immer die Ablieferung der Sache an den Verbraucher¹⁹⁵⁹) ansonsten grundsätzlich ebenso denkbar, wie eine Fristverkürzung der Beweislastumkehr. Stets ist dabei zu beachten, dass gerade § 478 III der Vermeidung einer „Regressfalle“ dient. Als „gleichwertiger Ausgleich“ für eine nachteilige Beweislastregelung kommt speziell aus dieser Perspektive eine Verjährungsverlängerung in Betracht, wenn Mängel der fraglichen Produktgruppe typischerweise erst ca. zwei Jahre nach Übergabe der Sache auftreten und dem Letztverkäufer daher ohne diese Fristverlängerung eine „Verjährungsfalle“ in bezug auf seinen Regress drohte.

Denkbar sind auch Vereinbarungen über die Ausnahmen von der Beweiserleichterung iSd § 476 Hs. 2. Letztverkäufer und Lieferant könnten dabei Produktserien festlegen, für die die Beweislastumkehr pauschal nicht gelten soll. Ein „gleichwertiger Ausgleich“ wäre dann etwa, dass bei anderen, tatsächlich problematischen Fallgruppen, die

¹⁹⁵⁵ Näher Matthes, NJW 2002, 2505, 2510 f., der allerdings schon Zweifel an dem Bedürfnis nach einem „gleichwertigen Ausgleich“ hat.

¹⁹⁵⁶ Westermann, NJW 2002, 241, 252. Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1397, schlugen diese Einschränkung hingegen generell für die Anwendung des § 478 III vor.

¹⁹⁵⁷ Dies erkennt auch Matthes, NJW 2002, 2505, 2510, an, der sich eigentlich für eine solche Möglichkeit ausspricht; Graf von Westphalen, ZGS 2002, 389; aA aber offenbar Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 447 und dort auch 339.

¹⁹⁵⁸ Dazu Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1397; Westermann, NJW 2002, 241, 252. Insoweit ist das Sichberufen auf diese Autoren von Matthes, NJW 2002, 2505, 2510 Fn. 26, zur Rechtfertigung einer dies erst einführenden Klausel missverständlich.

¹⁹⁵⁹ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 15.

Beweislastumkehr durch den Lieferanten ebenso pauschal zugestanden wird. Es ist für die „Gleichwertigkeit“ des Ausgleichs allerdings notwendig, dass es sich gerade um eine Produktgruppe handelt, für die nicht ohnehin schon stets eine Ausnahme iSd § 476 Hs. 2 greift. Ob dies der Fall ist, ist objektiv zu beurteilen. Besteht hierüber ein grundsätzlicher Streit, etwa bei der allgemeinen Behandlung von Tierkäufen, ist ein solcher Fall anzunehmen. Entsprechende Abreden können sich ferner bei verderblichen oder dem Verfall ausgesetzten Waren als wertvoll erweisen. Genereller Maßstab ist der einzelne Produkttyp und der jeweilige Wirtschaftszweig¹⁹⁶⁰.

Eine von der Abbedingung des § 478 III iVm § 476 unabhängige Frage ist es, ob § 478 IV 1 auch für Abweichungen von der Beweislastregelung des § 478 IV 1 zu Lasten des Lieferanten für das Vorliegen eines „gleichwertigen Ausgleichs“ („wenn nicht“)¹⁹⁶¹ gilt. Wie erwähnt, kann zunächst von § 478 IV selbst nicht ohne „gleichwertigen Ausgleich“ abgewichen werden, da § 478 IV für seine Abbedingung ein Selbstverständnis bildet¹⁹⁶². Somit ist für ein Abweichen von der Beweislastregel des § 478 IV 1 ebenfalls eine „gleichwertige“ Kompensation erforderlich.

10. Verjährungsvereinbarungen

a) Reichweite des § 478 IV 1 hinsichtlich der Verjährungsvorschriften

Der Verlängerung der Gewährleistungsfristen werden entsprechende Gegenmaßnahmen der Lieferanten in ihren AGB folgen¹⁹⁶³. Bevor § 478 IV eingeführt wurde, verortete man das eigentliche „Regressproblem“ daher auch teilweise bei der Möglichkeit von rückgriffsschädigenden Verjährungsvereinbarungen¹⁹⁶⁴. Besonders brisant wäre die Verwirklichung des § 212 I DiskE bzw. des § 216 KF gewesen, wonach beim Verkäuferregress grundsätzlich noch eine Verjährungserleichterung auf sechs Monate denkbar war¹⁹⁶⁵.

Der ursprünglich drohenden „Verjährungsfalle“ begegnet § 478 IV 1 nun jedenfalls insoweit, als Verjährungsvereinbarungen, die von § 479 abweichen, nur bei einem „gleichwertigen Ausgleich“ zulässig sind. Davon erfasst ist also die Zweijahresfrist des § 479 I ab Ablieferung an den Letztverkäufer sowie die Ablaufhemmung samt Obergrenze gemäß § 479 II.

Nach dem Wortlaut des § 478 IV 1 bleibt es aber auch dabei. § 438 ist in § 478 IV 1 nicht erwähnt. Daraus könnte man schließen, dass bei Abweichungen von § 438 im Rahmen von AGB nur § 307 anzuwenden wäre und bei Individualvereinbarungen sogar nur die §§ 242, 134, 138. Es ist allerdings zweifelhaft, ob dies mit dem ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers vereinbar ist, § 475 grundsätzlich auch für den Verkäuferrückgriff zu übernehmen. Denn dem Letztverkäufer sollen mit dieser

¹⁹⁶⁰ Matthes, NJW 2002, 2505, 2510.

¹⁹⁶¹ Dies folgt neben dieser Formulierung des § 478 IV 1 auch daraus, dass die Möglichkeit des Lieferanten, *sich* auf abweichende Vereinbarungen berufen zu können, für ihn vorteilhaft ist; vgl. zudem Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 491.

¹⁹⁶² G.V.1.

¹⁹⁶³ Leenen, JZ 2001, 552, 557; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1402.

¹⁹⁶⁴ Brüggemeier/Reich, BB 2001, 213, 221.

¹⁹⁶⁵ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1812, 1815; Brüggemeier/Reich, BB 2001, 213, 221.

Teilübernahme des § 475 in § 478 IV 1 prinzipiell die gleichen Rechte wie dem Verbraucher zugestanden werden.¹⁹⁶⁶

§ 475 II sieht aber gerade vor, dass Verjährungsverkürzungen zu Lasten des Verbrauchers bei „neu hergestellten Sachen“ nur zulässig sind, wenn es um die Fristen des § 438 I Nrn. 1, 2 geht (vgl. für die Fristen des § 438 I Nr. 2 im Rahmen von AGB jedoch ferner § 309 Nr. 8 lit. b Doppelbuchstabe ff)¹⁹⁶⁷. Entsprechendes müsste also eigentlich auch für § 478 IV 1 gelten. Die Frist des § 438 I Nr. 3 dürfte danach nur bei „gleichwertigem Ausgleich“ erleichtert werden.

Es liegt somit ein Redaktionsversehen bei der Übernahme des § 475 in § 478 IV nahe. Diese Überlegung wird durch Folgendes gestützt: Die Verjährungsfragen wurden in § 475 II nach neu hergestellten und gebrauchten Sachen differenziert geregelt, was nach dem Willen des Gesetzgebers bei § 478 IV 1 nicht in Betracht kam. Aus systematischen Erwägungen sollte deshalb konsequenterweise zunächst nur der erste Absatz des § 475 in § 478 IV integriert werden. Zugleich hat man bei der allgemein gewollten Übernahme des § 475 dann aber eventuell eine an § 478 IV angepasste und § 475 II grundsätzlich entsprechende Regelung für die Verjährung vergessen¹⁹⁶⁸.

Wichtig ist dabei auf der anderen Seite, dass der Gesetzgeber mit § 478 IV 1 ausdrücklich alle in Betracht kommenden Abweichungen erfassen wollte. Umgekehrt bedeutet dies, dass die Aufzählung in § 478 IV 1 grundsätzlich als abschließend zu betrachten ist. In diesem Sinne betrifft § 478 IV 1 dann nur die dort explizit genannten Rechte und nicht die „gesamte Rechtsstellung“ des Letztverkäufers¹⁹⁶⁹. Dies spricht dagegen, Abweichungen von § 438 I Nr. 3 als von § 478 IV 1 erfasst anzusehen. Entsprechendes gilt für Verjährungsvereinbarungen im Rahmen von mit den §§ 437 ff., 478, 479 deckungsgleichen Garantien¹⁹⁷⁰ bzw. Vertragshändlerverträgen.¹⁹⁷¹

Gleichwohl dürften erhebliche Fristverkürzungen aus Gerechtigkeitserwägungen zumindest gegen § 307 II Nr. 1¹⁹⁷² bzw. § 309 Nr. 8 lit. b Doppelbuchstabe ff verstoßen. Entscheidend ist allerdings, dass die Frist des § 438 I Nr. 3 faktisch insoweit durch § 478 IV 1 geschützt wird, als jedenfalls nicht ohne „gleichwertigen Ausgleich“ von der bis zu fünf Jahre langen Ablaufhemmung des § 479 II abgewichen werden kann¹⁹⁷³.

¹⁹⁶⁶ BT-Drucksache 14/7052, 199.

¹⁹⁶⁷ Laws, MDR 2002, 320, 322; vgl. auch Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 459, 473.

¹⁹⁶⁸ Nur deshalb verweist § 475 I nicht auf § 438; Palandt/Putzo, § 475 Rn. 2.

¹⁹⁶⁹ So aber Hk-BGB/Saenger §§ 478, 479 Rn. 9; Bereska, ZGS 2002, 59, 62.

¹⁹⁷⁰ Dabei ist aufgrund der Freiwilligkeit der Garantie zweifelhaft, ob über § 307 I 1 in Anlehnung an § 309 Nr. 8 lit. b Doppelbuchstabe ff eine Mindestfrist von einem Jahr gelten sollte; näher Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 462, 475.

¹⁹⁷¹ In diesem Sinne wohl auch Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 11; dazu schon C.IV.5.a.bb.bbb.(1).

¹⁹⁷² Mansel/Budzikiewicz § 6 Rn. 127; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 472; vgl. zu § 438 I Nr. 1 andererseits Haas, BB 2001, 1313, 1318.

¹⁹⁷³ Vgl. Schimmel/Buhlmann, ZGS 2002, 109, 112. Insofern ist eine pauschale Klausel für Unternehmer-Abnehmer mit einer Fristbeschränkung wie bei Dilchert, AGB für den Verkauf von Kraftfahrzeugen, ZGS 2002, 150, 151, unter Punkt VIII.1, AGB für den Verkauf von Kraftfahrzeugen, gefährlich.

§ 478 IV 1 erfasst nämlich die Gesamtregelung des § 479¹⁹⁷⁴. Unerheblich ist, dass nach diesem Verständnis eine Verjährungsverkürzung auf den Zeitraum von zwei Monaten nach der Erfüllung der Verbraucherrechte möglich ist¹⁹⁷⁵. Denn der Letztverkäufer kann den Zeitpunkt der Erfüllung gerade selbst bestimmen, und es wird ihm dabei nicht vorgeworfen können, dass er damit so lange wartet, wie dies für einen effektiven Regress notwendig ist.

Mit diesem Verständnis des § 478 IV wird auch dem in § 479 allgemein und in § 478 IV speziell enthaltenen Sinn und Zweck genügt, den Verkäuferrückgriff regelmäßig insbesondere nicht an der „Verjährungsfalle“ scheitern zu lassen¹⁹⁷⁶. Notfalls muss man sich dazu wegen Art. 4 RL noch der grundsätzlich anerkannten Schranke des § 307 bedienen, wonach der Letztverkäufer nicht vom Haftungsbegehren des Verbrauchers einerseits und vom Freizeichnungsdruck des Lieferanten andererseits in die „Zange“ genommen werden darf¹⁹⁷⁷.

Problematisch sind Verjährungsvereinbarungen über Schadensersatzansprüche. Zwar verweist § 478 IV 1 auf die §§ 437 ff., also speziell auch auf § 437 Nr. 3 für Schadensersatzansprüche¹⁹⁷⁸. Diese profitieren damit grundsätzlich von der Ablaufhemmung des § 479 II und sind demgemäß unter dem Schutz des § 478 IV 1 prinzipiell bis zu fünf Jahre durchsetzbar.

Zu beachten ist jedoch, dass Verjährungsverkürzungen auch eine Haftungsbegrenzung bedeuten¹⁹⁷⁹ und damit eigentlich nur § 478 IV 2 unterfallen. Daher stellt sich die Frage, ob zwar die Schadensersatzhaftung, nicht aber die dafür maßgebliche Verjährung von dem Ausgleichspostulat des § 478 IV 1 ausgenommen sein soll. Gemäß der Begründung zum Regierungsentwurf sollte eine Freizeichnungsklausel wegen der angesprochenen Überschneidung von Verjährungs- und Schadensersatzregelungen offenbar immer auch an dem strengeren § 478 IV 1 zu messen¹⁹⁸⁰, der nach § 478 IV 3 nicht umgangen werden darf. Eine AGB-Klausel dürfte diesen Konflikt kaum „generell-abstrakt“ lösen können.¹⁹⁸¹

Die Antwort muss aber darin liegen, dass sich schon die weitergehende Begrenzung bzw. Freizeichnung von der Schadensersatzhaftung nur nach § 478 IV 2 iVm § 307 und nicht nach § 478 IV 1 bemisst. Da Verjährungsvereinbarungen erst auf einer danach bestehenden oder nicht bestehenden Schadensersatzhaftung aufbauen, können sie insoweit nicht von § 478 IV 1 erfasst sein.¹⁹⁸² Gerade vor diesem Hintergrund sieht der Gesetzgeber nun vor, dass die Erleichterungen von der Schadensersatzhaftung

¹⁹⁷⁴ So der Sache nach die Forderung von Kainer, AnwBl 2001, 380, 388; grundsätzlich befürwortend zudem Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 861.

¹⁹⁷⁵ Unter Berufung auf den Wortlaut Schimmel/Buhlmann, ZGS 2002, 109, 111 f.

¹⁹⁷⁶ Dazu Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 961.

¹⁹⁷⁷ Vgl. schon B.I.2.

¹⁹⁷⁸ Zu § 475 BT-Drucksache 14/6040, 245.

¹⁹⁷⁹ Leenen, JZ 2001, 552, 557.

¹⁹⁸⁰ Vgl. noch BT-Drucksache 14/6040, 245.

¹⁹⁸¹ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 18.

¹⁹⁸² Mansel/Budzikiewicz § 6 Rn. 58-60, 67; Hassemer, JURA 2002, 841, 846; so anscheinend auch Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 18.

„einheitlich“ nach § 478 IV 2 (bzw. § 475 III) zu beurteilen sind¹⁹⁸³. Entsprechende Erwägungen gelten für Ausschlussfristen oder Verwirkungstatbestände, wenn sie sich wie Freizeichnungsklauseln auswirken¹⁹⁸⁴.

Da eine getroffene Verjährungsvereinbarung im Zweifel für alle Fristen im Rahmen des Kaufvertrages gilt¹⁹⁸⁵, muss auf die genannten Besonderheiten angemessen Rücksicht genommen werden. Anderenfalls dürfte sie regelmäßig an dem beim „gleichwertigen Ausgleich“ mittelbar zu berücksichtigenden Transparenzgebot des § 307 I 2 scheitern¹⁹⁸⁶.

b) Notwendige Gesamtbetrachtung aller Verjährungskriterien und Maßgeblichkeit der effektiven Verjährungsfrist

Verjährungsvereinbarungen können grundsätzlich „alle Regelungsfragen der §§ 194 ff.“ zum Gegenstand haben. Es kommen dabei vor allem Abweichungen von der Verjährungsfrist, dem –beginn und der Ablaufhemmung samt Obergrenze nach § 479 in Betracht.¹⁹⁸⁷ Entscheidend ist generell, ob die Verjährung nach der Vereinbarung früher eintritt als nach der gesetzlichen Vorgabe¹⁹⁸⁸.

Demgemäß ist eine vom Gesetz abweichende Verjährungsfrist nur dann richtig einzuschätzen, wenn man gleichzeitig etwa deren Beginn betrachtet¹⁹⁸⁹. Hierbei ist wiederum zu beachten, dass auch das Abstellen auf den Annahmeverzug, ein bestimmtes Leistungsdatum, den Vertragsabschluss, die Versendung der Ware oder das Datum der Rechnungsstellung die Verjährungsfristen effektiv verkürzen kann¹⁹⁹⁰.

Wegen des Enumerativcharakters des § 478 IV 1 ist jedoch zu prüfen, ob § 478 IV 1 ferner Abweichungen von den allgemeinen Tatbeständen für die Hemmung bzw. den Neubeginn der Verjährung betrifft. Der Begriff der Verjährungserleichterungen beinhaltet, wie angedeutet, jedenfalls mehr als nur ausdrückliche Fristverkürzungen und damit grundsätzlich jede effektive Verkürzung¹⁹⁹¹. Nach einer Ansicht sind deshalb zumindest im Rahmen des § 475 II auch diesbezügliche Abweichungen zu beachten¹⁹⁹². Für deren Erfassung durch § 478 IV 1 spricht neben dem prinzipiell erstrebten Gleichlauf mit § 475, dass die Obergrenze des § 479 II 2 durch andere Hemmungs- oder Neubeginnsgründe weiter „hinausgeschoben“ werden kann, diese nach dem Willen des Gesetzgebers also ausdrücklich zu berücksichtigen sind¹⁹⁹³. Hinzu kommt folgender

¹⁹⁸³ BT-Drucksache 14/7052, 199 zu § 475 III.

¹⁹⁸⁴ Verjährungsfristen begründen nach deren Ablauf eine Einrede in der Form eines Leistungsverweigerungsrechts und unterscheiden sich dadurch von Ausschlussfristen, die ein Erlöschen des jeweiligen Rechts nach einer bestimmten Frist vorsehen. Hier ist eine Abgrenzung durch Auslegung vorzunehmen; näher Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 19.

¹⁹⁸⁵ Mansel/Budzikiewicz § 6 Rn. 20.

¹⁹⁸⁶ Vgl. Graf von Westphalen, NJW 2002, 12, 25, zur Bedeutung des Transparenzgebotes beim Rückgriff im Rahmen von § 438 I Nr. 2 lit. b.

¹⁹⁸⁷ Allgemein zu Verjährungsvereinbarungen etwa Mansel, NJW 2002, 89, 96.

¹⁹⁸⁸ Vgl. Schimmel/Buhlmann, ZGS 2002, 109, 111.

¹⁹⁸⁹ BT-Drucksache 14/6040, 245; Willingmann, in: Micklitz/Pfeiffer/Willingmann (Hrsg.), 1, 22; Graf von Westphalen-Henssler/Graf von Westphalen, § 475 Rn. 13; vgl. ferner Hoeren, ZGS 2002, 68, 70.

¹⁹⁹⁰ Schimmel/Buhlmann, ZGS 2002, 109, 111 m.w.N. in Fn. 26 f.; Palandt/Putzo, § 475 Rn. 12 f.; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 457.

¹⁹⁹¹ Vgl. Mansel/Budzikiewicz § 6 Rn. 56 unter Bezugnahme auf Fn. 16.

¹⁹⁹² Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 475 Rn. 13.

¹⁹⁹³ BT-Drucksache 14/6040, 250.

Gedanke: Je kürzer die Fristen, desto wichtiger sind Hemmung und Neubeginn der Verjährung. Wegen dieser Wechselwirkung¹⁹⁹⁴ wird man bei den hier fraglichen Verkürzungen regelmäßig zumindest einen Anwendungsfall des § 478 IV 3 bejahen müssen¹⁹⁹⁵, selbst wenn man diese aufgrund der systematischen Stellung des § 202 am Ende des Titels 1, „Gegenstand und Dauer der Verjährung“, nicht als direkt von § 478 IV 1 erfasst ansehen will¹⁹⁹⁶.

Der Letztverkäufer wird sich hier im Zweifel auch auf die Ablaufhemmung des § 479 II zurückziehen können. Er kann deren Ablauf nämlich durch den von ihm bestimmten Erfüllungszeitpunkt der Verbraucherrechte grundsätzlich selbst bestimmen.

c) Kompensationsmöglichkeiten im Rahmen von Verjährungsabreden

Bei Verjährungsabreden bestehen grundsätzlich die gleichen Kompensationsmöglichkeiten wie auch sonst im Rahmen des § 478 IV 1. Als abweichende Vereinbarung iSd § 478 IV 1 kommt vor allem eine Nivellierung oder Pauschalierung der Verjährungsfrist in Betracht. Es können für unterschiedliche Produkte verschiedene Fristen vorgesehen werden. Dabei ist zu beachten, dass jeweils unterschiedliche Zeiträume optimal¹⁹⁹⁷ und daher anders auszugleichen sind. Selten genügt es jedoch z.B., wenn bei einer späteren, schriftlichen Rüge die Verjährung neu beginnen und erst dann zwei Jahre betragen soll¹⁹⁹⁸.

Neben Modifizierungen der eigentlichen Gewährleistungsfrist sind auch Änderungen des Verjährungsbeginns denkbar. So könnte zur Verwaltungsrationalisierung für verschiedene Lieferungen ein einheitliches, sich am Durchschnitt orientierendes Datum für den Verjährungsbeginn vorgesehen werden. Eine Vorverlegung des Verjährungsbeginns ist durch eine längere Verjährungsfrist oder eine großzügigere Ablaufhemmung ausgleichsfähig.

Umgekehrt kann eine Fristverkürzung durch die Einführung eines „subjektiven“ Verjährungsbeginns kompensiert werden¹⁹⁹⁹. Knüpft man etwa an die Erkennbarkeit oder das tatsächliche Erkennen des Mangels an²⁰⁰⁰, wird der Letztverkäufer gegenüber dem objektiven Verjährungsbeginn der Übergabe bessergestellt²⁰⁰¹. Die dadurch für den Letztverkäufer entstehenden Vorteile werden insbesondere bei versteckten Mängeln offenkundig²⁰⁰². Innerhalb des subjektiven Systems sind zahlreiche Variationen möglich. Beispielsweise kann man (zusätzlich) auf die Kenntnis des Letztverkäufers darüber

¹⁹⁹⁴ Vgl. Zimmermann, JZ 2000, 853, 857.

¹⁹⁹⁵ Im Ergebnis wohl auch Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 458, 471 sowie Mansel/Budzikiewicz § 6 Rn. 56, 65.

¹⁹⁹⁶ Zimmermann/Leenen/Mansel/Wolfgang Ernst, JZ 2001, 684, 698, die aber zugleich auf einen gegenteiligen Willen des Gesetzgebers verweisen.

¹⁹⁹⁷ Eidenmüller, JZ 2001, 283, 286.

¹⁹⁹⁸ Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. 134.

¹⁹⁹⁹ Vgl. Willingmann, in: Micklitz/Pfeiffer/Willingmann (Hrsg.), 1, 22, zum Wechselspiel der unterschiedlichen Aspekte der Verjährung.

²⁰⁰⁰ Dazu etwa BT-Drucksache 14/6040, 228; so auch das französische Institut der „bref délai“ – als Ausschlussfrist ab Entdeckung des Mangels; vgl. Rohlfing-Dijoux, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 145, 156.

²⁰⁰¹ Allgemein näher Rohlfing-Dijoux, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 145, 156.

²⁰⁰² Dazu Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 317.

abstellen, dass der jeweilige Anspruch nicht geringfügig²⁰⁰³ oder das wahrscheinliche Gewährleistungsrecht aufgrund des Mangels erkennbar ist²⁰⁰⁴. Man könnte den Verjährungsbeginn auch auf das Ende des Entstehungsjahres legen. Denkbar ist zudem (wie bisher nach dem französischen Institut der „bref délai“) eine generelle, subjektive Ausschlussfrist ab Entdeckung des Mangels. Erfasst wären davon unter Umständen Haftungsbegrenzungen jeder Art, selbst der Gewährleistungsausschluss nach einer bestimmten Kfz-Fahrleistung.²⁰⁰⁵ Eine solche Ausschlussfrist könnte theoretisch von wenigen Tagen bis zu mehreren Jahren betragen²⁰⁰⁶.

Diese Ausführungen zum Verjährungsbeginn sind auf die Ablaufhemmung des § 479 II grundsätzlich übertragbar. Darüber hinaus kommt bei dieser vor allem eine eindeutige Regelung des Fristbeginns in Betracht. Es könnte bei entsprechendem Ausgleich insbesondere festgelegt werden, dass die Zweimonatsfrist nicht erst ab der von der Willkür des Letztverkäufers abhängigen Erfüllung der Verbraucherrechte zu laufen beginnt.²⁰⁰⁷

Abweichungen iSd § 478 IV sind aber auch im Rahmen der relativ großzügigen Obergrenze des § 479 II 2 vorstellbar. Hier könnte man die daneben möglichen allgemeinen Hemmungs- oder Neubeginnsgründe in eine absolute, leicht höhere „Obergrenze“ miteinzubeziehen.²⁰⁰⁸ Dabei ist es bei zahlreichen Waren (insbesondere bei Produkten des täglichen Lebens) nicht entscheidend, ob eine Obergrenze vier, fünf oder sechs Jahre beträgt. Eine solche Vereinbarung zwischen dem Letztverkäufer und dem Lieferanten ist jedoch weniger wichtig als bei den ersten Gliedern, da die Obergrenze vor allem am Anfang der gegebenenfalls sehr langen Lieferkette ihre volle Bedeutung erlangt. Ansonsten ist darauf zu verweisen, dass Anhaltspunkte für die nach § 478 IV 1 zulässigen Klauseln aus dem sich für AGB-Klauseln zunehmend transparenten Markt folgen²⁰⁰⁹.

Gewisse Abweichungen werden aber selbst bei großen Kompensationen allgemein nicht zulässig sein. Beispielsweise wird man aus § 202 I iVm § 276 III²⁰¹⁰ auch generell für § 478 IV 1 ableiten können, dass eine faktische Verjährungserleichterung bei „Vorsatz“ im Voraus nicht möglich ist. Auch die Wertungen des doppelt mittelbar zu berücksichtigenden § 309 Nr. 7 lit. a und b können nicht nur im Rahmen des Schadensersatzes eine Mindestschwelle bilden²⁰¹¹.

Fraglich könnte ferner sein, ob es eine absolute Minimalfrist gibt, von der überhaupt nicht abgewichen werden darf. Dies wird z.B. dann aktuell, wenn Verjährungsabreden bewusst zum Anspruchsausschluss eingesetzt werden²⁰¹². Da Verjährungsfristen für

²⁰⁰³ Zimmermann, JZ 2001, 853, 866.

²⁰⁰⁴ Grundsätzlich Zimmermann/Leenen/Mansel/Wolfgang Ernst, JZ 2001, 684, 687; zum „Grundsatz der Schadenseinheit“ für den Verjährungsbeginn BT-Drucksache 14/6040, 108.

²⁰⁰⁵ BGHZ 122, 245.

²⁰⁰⁶ Dazu Rohlfing-Dijoux, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 145, 156.

²⁰⁰⁷ Skeptisch jedoch Graf von Westphalen, Allgemeine Verkaufsbedingungen nach neuem Recht, 144, der von einem engen Verständnis von § 478 IV 1 ausgeht.

²⁰⁰⁸ Vgl. Zimmermann/Leenen/Mansel/Wolfgang Ernst, JZ 2001, 684, 687.

²⁰⁰⁹ Eidenmüller, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 405, 407.

²⁰¹⁰ So etwa Marx/Wenglorz, 201.

²⁰¹¹ Vgl. zu AGB Leenen, JZ 2001, 552, 557 f.; Mansel, NJW 2002, 89, 97.

²⁰¹² Vgl. Leenen, wiedergegeben von Möller, JZ 2001, 560, 561.

unterschiedliche Produkte, Branchen und Vertriebsformen eine jeweils andere Relevanz haben, wird man zwar zur Geringhaltung des von § 478 IV 1 geforderten Ausgleichs keine pauschale „Mindestfrist“ empfehlen können. Indiz für das Erfordernis einer wesentlich höheren Kompensation könnte allerdings die Unterschreitung einer effektiven Einjahresfrist sein, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Verjährungsfristen hier oftmals wie Ausschlussfristen und daher wie Haftungsfreizeichnungen wirken²⁰¹³. Eine derartige „Einjahres-Mindestfrist“ findet sich etwa in § 309 Nr. 8 lit. b Doppelbuchstabe ff für AGB, und diese gilt sogar für gebrauchte Sachen außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs²⁰¹⁴. Die Einjahresgrenze findet sich außerdem bei der europäischen Orientierungshilfe des Art. 17:116 iVm Art. 17:104 I PECL, bezieht sich dort allerdings auf den Zeitpunkt ab Fälligkeit des Anspruchs²⁰¹⁵. Für eine Einjahresfrist spricht zudem, dass Mängel nach der Begründung zum Regierungsentwurf in der Praxis typischerweise gerade innerhalb dieser Zeit auftreten²⁰¹⁶. Eine Ausnahme von einer solchen „Mindestfrist“ wäre dann denkbar, wenn plausibel dargelegt wird, dass verborgene Mängel regelmäßig innerhalb einer kürzeren Frist entdeckt werden²⁰¹⁷. Dies kann vor allem bei Massenprodukten des alltäglichen Lebens der Fall sein, kaum aber bei komplizierten Kaufsachen. Generell ist zu bedenken, dass das Verjährungsrecht einen „hohen Gerechtigkeitsgehalt“ enthält²⁰¹⁸. Speziell gilt, dass der Fristengleichlauf und die Ablaufhemmung des § 479 II für die Vermeidung einer „Verjährungsfalle“ im Rahmen des Verkäuferregresses besondere Bedeutung haben.

VI. Kritische Betrachtung des § 478 IV

1. Alternativen zum Modell des § 478 IV

Die im Rahmen des § 478 IV aufgezeigten Schwierigkeiten lassen die Frage nach Alternativen zu § 478 IV aufkommen.

Es wundert mithin nicht, dass in der Literatur hierzu unterschiedliche Vorschläge gemacht wurden. Auf der einen Seite wurde vertreten, dass rein vertragliche Vereinbarungen für einen effektiven Letztverkäuferregress kaum ausgereicht hätten²⁰¹⁹.

²⁰¹³ So zur AGB-Inhaltskontrolle Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 309 Rn. 66; vgl. auch derselbe, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Teil Vertragsrecht, Verjährungsklauseln, Rn. 24; Hoeren, ZGS 2002, 68, 70 sowie schon Pfeiffer, ZGS 2002, 23, 30, der in der Jahresfrist als Mindestfrist prinzipiell „ein Grundanliegen des neuen Rechts mit Leitbildfunktion“ iSd § 307 II Nr. 1 sieht.

²⁰¹⁴ Vgl. Koch, WM 2002, 2217, 2225 sowie Eidenmüller, JZ 2001, 283, 285, zu dem inhaltlich identischen § 212 II DiskE.

²⁰¹⁵ Abgedruckt in: ZEuP 2001, 400, 402.

²⁰¹⁶ BT-Drucksache 14/6040, 159, 228.

²⁰¹⁷ In diesem Sinne Hoeren, ZGS 2002, 68, 70; dieser Zeitpunkt war auch für die Rechtsprechung von entscheidender Bedeutung; dazu nur BGH, NJW 1981, 1510, 1511; im Ergebnis wohl auch Mansel/Budzikiewicz § 6 Rn. 119, die das letztgenannte Kriterium als das entscheidende ansehen.

²⁰¹⁸ Graf von Westphalen, NJW 2002, 12, 25.

²⁰¹⁹ Vgl. Reinking, DAR 2001, 8, 15.

Zum Teil wurde daher sogar eine gesetzliche und nicht abdingbare Garantiehaftung zugunsten des Letztverkäufers gefordert²⁰²⁰.

Auf der anderen Seite sehen die Kritiker in § 478 IV eine übermäßige Beschränkung der Vertragsfreiheit. Teilweise wurde als anderes Extrembeispiel folglich verlangt, die Vertragsfreiheit für den Verkäuferrückgriff uneingeschränkt zu erhalten.²⁰²¹

Beginnend mit der letztgenannten Meinung könnte sich der weitreichende Schutz des § 478 IV schon aus systematischer Sicht verbieten, da § 478 zu den Sonderregeln gerade für den Verbrauchsgüterkauf zählt und daher möglicherweise allenfalls aus Verbraucherschutzwägungen zu rechtfertigen ist²⁰²². Eventuell hätte somit auch die vom BDI vorgeschlagene Schaffung bzw. Fortführung²⁰²³ von freiwillig zu beachtenden Allgemeinen Grundsätzen, Leitlinien oder speziellen Verhaltenskodizes für einen Letztverkäuferrückgriff ausgereicht. Neben flexiblen Vertragsgestaltungen hätte man auf diese Weise auch eine allmähliche Akzeptanz eines gestärkten Verkäuferregresses in der Wirtschaft bewirken können. Fraglich ist außerdem, ob sich geschäftliche Vereinbarungen häufig nicht eher durch wirtschaftliche als durch juristische Aspekte leiten lassen. Kurzum, durch die §§ 478, 479 könnte sich die von Art. 4 RL nicht gewünschte Verkennung der tatsächlichen Marktverhältnisse verwirklichen²⁰²⁴ und § 478 IV sich daher als zu pauschal entpuppen²⁰²⁵: Durch die nach Art. 4 RL mögliche Dispositivität des Regresses sollte gerade vermieden werden, dass eine zu „starre“ Regelung für die Absatzkette entsteht.²⁰²⁶

Sieht man in freiwilligen Leitlinien hingegen gegenüber der bisherigen Rechtslage eine unzulässige Schlechterstellung des Letztverkäufers²⁰²⁷, hätte zum Schutz des „schwachen“ Letztverkäufers und zugunsten eines effektiven Rückgriffs aber vielleicht die strikte Anwendung der bisherigen Rechtsvorschriften genügt, also die Anwendung der §§ 307 ff. für AGB und der §§ 134, 138, 242 für Individualvereinbarungen²⁰²⁸. So geht beispielsweise das österreichische Recht von einer Gestaltbarkeit und einer Abdingbarkeit des Verkäuferregresses im Einzelfall aus. Eine Schranke bilden erst die allgemeinen Regeln, wie etwa die Inhaltskontrolle für AGB nach § 879 ABGB oder Kartell- und Wettbewerbsbestimmungen.²⁰²⁹

Mit dieser Lösung wäre es zunächst möglich gewesen, zwischen „pauschal-abstrakten“

²⁰²⁰ Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 863.

²⁰²¹ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1425; Kirchner/Richter, 26 f.

²⁰²² Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, § 478 Rn. 2.

²⁰²³ Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 429.

²⁰²⁴ Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 7; derselbe, BDI-Stellungnahme vom 7. September 2001, 6 sowie Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 429.

²⁰²⁵ Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 281, 311, 319; Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 429.

²⁰²⁶ Schlechtriem, ZSchwR, Band 118, 1999, I. Halbband, 335, 356.

²⁰²⁷ Vgl. Reinking, DAR 2001, 8, 15.

²⁰²⁸ Reich, NJW 1999, 2397, 2403; Graf von Westphalen, DB 1999, 2553, 2556; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 673; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1425; dieselben, ZIP 2000, 1462, 1464; dieselben, ZIP 2000, 1812, 1816; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 733. Auch nach Micklitz, EuZW 1999, 485, 487; Schäfer/Pfeiffer, ZIP 1999, 1829, 1835, hätte offenbar die Untersagung eines Regressausschlusses durch AGB genügt.

²⁰²⁹ GewRÄG-E, 13, 38, 40; für eine solche Lösung Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 281, 311, 319; Markat, 14. ÖJT Bd. II/2, 51; Kathrein, 14. ÖJT Bd. II/2, 80.

Haftungsfreizeichnungen durch AGB und im Einzelfall individuell vereinbarten Abweichungen von den §§ 478, 479 zu differenzieren²⁰³⁰. Da unter den Gliedern der Lieferkette im Regelfall AGB verwendet werden, war der Letztverkäufer nach den Grundsätzen des bisherigen AGBG außerdem keineswegs ungeschützt. Denn auch nach altem Recht war es im Rahmen von AGB beispielsweise nicht zulässig, die Frist des bisherigen § 477 I 2 zu verkürzen. Zudem wurden die Vorgänger der §§ 308, 309 auch unter Unternehmern als Indizien für eine unangemessene Benachteiligung durch AGB im Sinne des jetzigen § 307 gewertet. Dabei wurde zugunsten des Letztverkäufers ferner zumindest teilweise die Idee vom „seitengleichen“ Regress berücksichtigt, wonach sich der Lieferant gegenüber dem Letztverkäufer regelmäßig nicht weitergehend freizeichnen darf als dieser dies gegenüber dem Verbraucher kann.²⁰³¹

Ein danach noch mögliches „Steckenbleiben“ des Rückgriffs wäre als Ausprägung der Privatautonomie also möglicherweise auch iSd Art. 4 RL hinnehmbar²⁰³², zumal man in dem gesetzlichen Leitbild der §§ 478, 479 schon an sich eine unangemessene Interessenabwägung sehen kann²⁰³³.

Da diese aber nach § 478 IV wegen des Erfordernisses eines „gleichwertigen Ausgleichs“ auch noch weitgehend zwingend gelten soll, liegt darin eine weitere Belastung des Lieferanten, die durch die verbleibenden Abweichungsmöglichkeiten kaum ausgeglichen werden kann. Hinzu kommt freilich die Ungewissheit, ob tatsächlich ein „gleichwertiger Ausgleich“ iSd § 478 IV 1 erzielbar ist.²⁰³⁴ Wenn man es also zwar auch nicht bei den bisherigen Grundsätzen belassen wollte, so ist es andererseits umso bemerkenswerter, dass die strengere Vorgabe des § 478 IV 1 (Gewährung eines „gleichwertigen Ausgleichs“ im Unterschied zur unangemessenen Benachteiligung iSd § 307) sogar Individualvereinbarungen erfasst²⁰³⁵. § 478 IV 1 bewirkt umgekehrt somit nicht nur, dass beim Verkäuferregress nun selbst Individualvereinbarungen einer allgemeinen Inhaltskontrolle unterliegen. Vielmehr wurde dafür insgesamt der Kontrollmaßstab deutlich verschärft. Während sich der Lieferant zwar auch nach dem niederländischen Art. 7:25 II NBW nur dann auf eine Haftungsbeschränkung oder einen Haftungsausschluss berufen konnte, wenn dies nach allen Umständen des Einzelfalls der Billigkeit entsprach²⁰³⁶, scheint andererseits selbst Art. 8:109 der Principles of European

²⁰³⁰ Die §§ 305 ff. weisen für AGB eine deutlich geringere Toleranzschwelle auf als die §§ 134, 138, 242, die auch für Individualvereinbarungen gelten; vgl. Ulmer/Brandner/Hensen (Brandner), § 9 AGBG Rn. 32, 34, 41. Auch wenn man hier wegen Art. 4 RL zwar eine Angleichung von AGB und Individualvereinbarungen für erforderlich hielte, wäre damit eine identische Behandlung aber noch nicht zwingend.

²⁰³¹ G.II.2.c.aa; Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 353; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 728; kritisch Schimmel/Buhlmann, 159 f.

²⁰³² Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1425; dieselben, ZIP 2000, 1462, 1464; dieselben, ZIP 2000, 1812, 1816. Darüber hinaus ist, wie erwähnt, sehr zweifelhaft, ob der Einzelhändler immer die schwächere Partei ist.

²⁰³³ Kretschmer/Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 17. Januar 2000, 3; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1401.

²⁰³⁴ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1401.

²⁰³⁵ Hoeren/Martinek(-Bohne), § 478 Rn. 18; ausführlicher dazu G.II.2; missverständlich Ball, ZGS 2002, 49, 53, der ohne weitere Begründung die „praktische Bedeutung“ des § 478 IV „aller Voraussicht nach“ nur bei AGB-Klauseln sieht.

²⁰³⁶ Hondius/Jeloschek, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 197, 213.

Contract Law (PECL) liberaler. Danach ist eine Haftungsbeschränkung oder ein Haftungsausschluss so lange zulässig, als nicht gegen die Grundsätze des „good faith and fair dealing“ verstoßen wird.²⁰³⁷ Entsprechendes gilt gemäß § 676 e IV, der Art. 8 I EU-Überweisungsrichtlinie umsetzte und einen Regress für die erstüberweisende Bank im grenzüberschreitenden Überweisungsverkehr ermöglicht²⁰³⁸.

Nach einer Ansicht ist daher zumindest die Erfassung von Individualvereinbarungen durch § 478 IV 1 im Rahmen des eigentlichen Regelungsbereiches der §§ 474 ff. bzw. der RL (Verbraucherschutz) systemwidrig²⁰³⁹. Jedenfalls ist sehr zweifelhaft, ob § 478 IV tatsächlich den Wunsch des deutschen Gesetzgebers erfüllt, vertragliche Vereinbarungen in der Praxis nicht ohne Grund zu erschweren²⁰⁴⁰. Eine Folge von § 478 IV ist nämlich, dass die Vertragsparteien ihre spezielle Situation, die unterschiedlichen Branchen und Marktverhältnisse sowie ständige technische Änderungen in ihren Absprachen nicht annähernd so flexibel berücksichtigen können wie bisher. Für eine weitreichende Gestaltbarkeit des Regresses spricht im Vergleich zum Verbrauchsgüterkauf aber schon die Sachkompetenz der beteiligten Unternehmer²⁰⁴¹.

2. Allgemeine Überlegungen zur gefundenen Lösung

Angesichts der denkbaren Alternativen ist zu den allgemeinen Auswirkungen des § 478 IV Folgendes festzuhalten. Wegen der Sonderregeln der §§ 478, 479 gelten für das Handelskaufrecht nun zunächst zwei inkongruente gesetzliche Leitbilder. Das dabei maßgebliche Unterscheidungskriterium ist, ob ein Verbrauchsgüterkauf am Ende der Lieferkette steht oder nicht. Diese verschiedenen Maßstäbe werden aber zweitens wegen § 478 IV 1 auch noch anders durchgesetzt. Damit sind identische Vertragsvereinbarungen im Investitionsgüterhandel grundsätzlich anders zu beurteilen als im Rahmen der Absatzkette. Im ersten Fall geht es um einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen des Käufers und des Verkäufers, im zweiten um eine gerechte Aufteilung des Gewährleistungsaufwandes innerhalb der Lieferkette, die über die einzelnen Vertragsverhältnisse hinausreicht. Diese unterschiedlichen Wertungen müssen vor allem dann zu Spannungen führen, wenn die beiden Leitbilder kollidieren, so potentiell etwa bei der Beziehung zwischen dem Hersteller und dem Zulieferer.²⁰⁴² Hier wird also erneut deutlich, wie wichtig die Einbeziehung des Zulieferers in den Kreis der tauglichen „Lieferanten“ iSd §§ 478, 479 ist²⁰⁴³.

Allerdings wird der skizzierte Konflikt dadurch abgemildert, dass in den von § 478 IV 1 nicht erfassten Fällen regelmäßig § 307 greift. Bei dessen Anwendung könnten die §§ 478, 479 durch die „Hintertür“ doch wieder als gesetzliches Leitbild iSd

²⁰³⁷ Lando, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 61, 66.

²⁰³⁸ Vgl. Schneider, WM 1999, 2189, 2195.

²⁰³⁹ Von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 733.

²⁰⁴⁰ Vgl. Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 281, 311, 319; Kretschmer/Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 17. Januar 2000, 3; grundsätzlich schon Wolf, RIW 1997, 899, 902. So aber Schubel, JZ 2001, 1113, 1118, 1119, der andererseits selbst einschränkend die Behinderung von flexiblen Gestaltungen durch die strengen Regeln feststellt.

²⁰⁴¹ Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 673; grundsätzlich auch Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 9.

²⁰⁴² Schubel, JZ 2001, 1113, 1116, 1120.

²⁰⁴³ Näher C.IV.2.d.aa.bbb.

§ 307 II Nr. 1 und gegebenenfalls auch als allgemeine Regresserwägungen im Rahmen des vorrangigen § 307 I zu berücksichtigen sein. Damit dürfte dort ebenfalls ein hinreichend effektiver Letztverkäuferregress gewährt werden können²⁰⁴⁴, wenn man die §§ 478, 479 nicht als absolut abschließende Sonderregeln begreift.²⁰⁴⁵

Auch wenn § 478 IV enge Grenzen für von den §§ 478, 479 abweichende Vereinbarungen gezogen hat, war dies dem deutschen Gesetzgeber (anders als dem durch Rechtsetzungskompetenzen gebundenen Richtliniengeber²⁰⁴⁶) möglich²⁰⁴⁷. Daran ändert nichts, dass diese Umsetzung auch mit Blick auf das eigentliche Anliegen der RL, den Verbraucherschutz zu fördern, der Sache nach umstritten ist. Ebenso wenig hat darauf Einfluss, dass sich § 478 IV als eine Anpassung an den jeweiligen Zeitgeist entpuppen könnte, die nur bedingt auf die tatsächlichen Marktverhältnisse Rücksicht nimmt.²⁰⁴⁸ In jedem Fall bewahrheitet sich mit § 478 IV die früh geäußerte Vermutung, dass Art. 4 RL erhebliche Auswirkungen auf die umfangreichen Verträge innerhalb der Absatzkette haben könnte²⁰⁴⁹. Letztlich wird man in § 478 IV somit insgesamt wohl doch eine rechtspolitische Stellungnahme zugunsten des Handels und zu Lasten der Industrie sehen müssen²⁰⁵⁰, unabhängig davon, ob dies stets einem tatsächlichen Bedürfnis entspricht²⁰⁵¹.

Bei § 478 IV besteht nun jedenfalls die Herausforderung, auf der einen Seite das Interesse an der Vertragsfreiheit²⁰⁵² mit dem Schutzbedürfnis des Letztverkäufers auf der anderen Seite angemessen abzuwiegen. Dies wird im wesentlichen über die Bestimmung des „gleichwertigen Ausgleichs“ iSd § 478 IV 1 erfolgen müssen, da die anderen Vorgaben des § 478 IV 1 wenig Spielraum lassen. Dabei ist zum einen insbesondere zu berücksichtigen, dass das Privatrecht grundsätzlich gerade von der Gleichheit der Rechtspersonen ausgeht und nicht von der einseitigen Schutzbedürftigkeit einer Vertragspartei.²⁰⁵³ Zum anderen gilt es, dem in § 478 IV enthaltenen Gerechtigkeitsgedanken zu entsprechen, dass der Letztverkäufer mit seinem Regress nicht typischerweise zwischen den zwingenden Verbraucherrechten einerseits und der Dominanz der Kettenglieder mit ihren Freizeichnungsklauseln andererseits „stecken bleibt“.

²⁰⁴⁴ Vgl. Jud, ZfRV 2001, 201, 217.

²⁰⁴⁵ Dazu sogleich unter H.

²⁰⁴⁶ B.II.2.b.

²⁰⁴⁷ Seeliger, 14. ÖJT Bd. II/2, 37 f.

²⁰⁴⁸ Allerdings können die Parteien selbst die Marktlage berücksichtigen; Palandt/Putzo, § 478 Rn. 4.

²⁰⁴⁹ Brüggemeier, JZ 2000, 529, 534.

²⁰⁵⁰ So Seeliger, 14. ÖJT Bd. II/2, 37.

²⁰⁵¹ Allgemein kritisch diesbezüglich Markat, 14. ÖJT Bd. II/2, 50.

²⁰⁵² Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 429.

²⁰⁵³ Dreher, JZ 1997, 167, 177.

H. Vertragliche Ausdehnbarkeit der §§ 478, 479 als Gegensatz zu § 478 IV

I. Kriterien für eine Ausdehnbarkeit durch Vertragsabrede

Angesichts des eingeschränkten und daher teilweise problematischen Anwendungsbereichs der §§ 478, 479 stellt sich die Frage nach deren vertraglichen Ausdehnbarkeit²⁰⁵⁴. Die Behandlung dieses Themas bildet im Rahmen der Vertragsfreiheit ein „spiegelbildliches Pendant“ zu den Einschränkungsmöglichkeiten gemäß § 478 IV 1²⁰⁵⁵. Sie könnte bestehende Richtlinienwidrigkeiten aufgreifen oder zu einem erhöhten Schutzniveau für den Letztverkäufer oder auch für eine von den §§ 478, 479 gar nicht erfasste Person (z.B. den Letztverkäufer, der an einen Nicht-Verbraucher verkauft) führen.

Da eine Ausdehnung der §§ 478, 479 theoretisch beinahe beliebig denkbar ist – sie könnten uneingeschränkt auf alle Verträge oder Personen erstreckt werden wollen –, fragt sich nach den Kriterien, nach denen eine vertragliche Ausdehnung zulässig sein soll. Es ist also entscheidend, wo insoweit weshalb die Grenze für die Vertragsfreiheit zu setzen ist. Geht man vom Grundsatz der Vertragsfreiheit im Privatrecht aus, und erst recht unter Unternehmern bzw. Kaufleuten, bedürfte es prinzipiell eigentlich keines Grundes oder keiner Rechtfertigung für eine Vertragsabrede. Bedeutend wäre nach dieser Sichtweise vielmehr, wann ein sachlicher Grund hier eine Einschränkung geböte. Umgekehrt formuliert, könnten an diese umso höhere Anforderungen gestellt werden, als sachliche Aspekte eine Ausdehnung der §§ 478, 479 geradezu nahe legen. Diese Erwägung kann in dieser Form allerdings nicht aufrechterhalten bleiben.

1. Individualvereinbarungen versus Allgemeine Geschäftsbedingungen iSd §§ 307 ff.

Allgemein hat man sich im BGB hinsichtlich einer Einschränkung der Vertragsfreiheit für eine Differenzierung nach Individualvereinbarungen und AGB iSd §§ 305 ff. sowie nach Verbraucher und Unternehmer entschieden. Die letztgenannte Unterscheidung wird im Rahmen der §§ 478, 479 nur bei der Frage aktuell, ob ein Unternehmer-Käufer einem Verbraucher-Verkäufer deren Vorgaben auferlegen kann – ansonsten ist deshalb stets (bei Individualvereinbarungen und AGB) vom Schutzniveau zugunsten eines Unternehmers auszugehen. Hierauf beschränkt sich die Untersuchung daher im Folgenden grundsätzlich.

Für die vertragliche Ausdehnbarkeit der §§ 478, 479 kann somit zunächst festgehalten werden, dass zwischen Individualvereinbarungen und AGB unterschieden werden muss. Bei letzteren sind über § 307 iVm § 310 prinzipiell höhere Schutzstandards einzuhalten. Insoweit kann zuvor auf die bei § 478 IV vorgestellten, allgemeinen Grundsätze verwiesen werden. Während bei Individualvereinbarungen vor allem mit den §§ 134, 138, 202, 242, 276, 443 f. Grenzen bestehen, gilt im Rahmen von AGB zusätzlich § 307 iVm § 310²⁰⁵⁶.

Bevor im Einzelnen geklärt werden kann, wann diese Vorgaben wo eine konkrete Schranke für die Vertragsfreiheit setzen, sind aber weitere Gesichtspunkte zu beleuchten. Grundsätzlich gilt es jeweils zu beachten, dass Individualabreden im Regelfall auf den

²⁰⁵⁴ Vgl. dazu vor allem auch die Ausführungen zum Leitbild der §§ 478, 479 im Rahmen des „gleichwertigen Ausgleichs“; G.VI.

²⁰⁵⁵ Mankowski vom 10.06.2003 in Hamburg.

²⁰⁵⁶ G.II.2. sowie G.IV.

Einzelfall (etwa die konkrete Lieferbeziehung oder das einzelne Geschäft) zugeschnitten sind oder diesem als Begleiterscheinung automatisch besser Rechnung tragen, weil sie von den Vertragsparteien und beispielsweise nicht von übergeordneten Interessenvertretungen herrühren. Zudem kann man bei Individualabreden somit mit größerer Gewissheit davon ausgehen, dass sich Käufer und Verkäufer über die konkrete Regelung Gedanken gemacht haben („im einzelnen ausgehandelt“, vgl. § 305 I 3). Respektiert man gerade bei Unternehmern die Eigenverantwortlichkeit, wird man den Parteien bei Individualabreden daher einen größeren Freiraum zugestehen können als bei AGB, bei denen der allgemeine Kontrollmaßstab nach § 307 iVm § 310 das Vorliegen einer „unangemessenen Benachteiligung“ ist.²⁰⁵⁷

Da individualvertraglich eine Ausdehnung der §§ 478, 479 also grundsätzlich²⁰⁵⁸ unproblematisch ist²⁰⁵⁹, kommt es entscheidend auf die Grenzen bei AGB an. Soweit nicht anders gekennzeichnet, gelten die folgenden Erwägungen mithin für AGB. Der Letztverkäufer darf hier gemäß der Grundregel des § 307 bei Nachteilen von einigem Gewicht nicht missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des AGB-Adressaten durchzusetzen versuchen, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu beachten und ihm einen angemessenen Ausgleich zu gewähren²⁰⁶⁰. Für eine Klausel des Letztverkäufers bedarf es somit grundsätzlich eines sachlichen Grundes, um die Rechte des AGB-Adressaten einzuschränken.²⁰⁶¹

Zunächst bietet es sich hier wie bei § 478 IV 1 an, die Vermeidung etwaiger Regressfallen zum Ausgangspunkt der Überlegung zu nehmen²⁰⁶². Man könnte demgemäß eine Ausdehnung der §§ 478, 479 auch durch AGB allgemein dann für zulässig erachten, wenn sie die Gefahr einer Rückgriffsfall für den Letztverkäufer verringerte. Das Problem bei dieser einseitigen Betrachtungsweise ist die mangelnde Berücksichtigung der Lieferanteninteressen. Eine Ausdehnung der §§ 478, 479 durch AGB muss sich (wie soeben dargelegt) nämlich nicht etwa an einem „gleichwertigen Ausgleich“ iSd § 478 IV 1 und dessen Wertungen zugunsten des Letztverkäufers messen lassen, sondern an der Angemessenheit einer Abweichung vom Gesetz zu Lasten des Lieferanten iSd § 307. Wie angedeutet, geht es hier also um ein „spiegelbildliches Pendant“ zu § 478 IV 1 zugunsten des Lieferanten²⁰⁶³.

2. Grad der Regelungsnähe zu den §§ 478, 479

Ein Grund für eine weitreichende Ausdehnbarkeit der §§ 478, 479 kann der Grad der Regelungsnähe des Regelungsthemas zu den §§ 478, 479 sein. Eine Erstreckung ist bei deren grundsätzlich gegebenen Anwendungsvoraussetzungen beispielsweise deutlich eher denkbar, als wenn es um einen Fall geht, der gar nicht mit einer Verbrauchsgüterhaftung in Beziehung steht.

²⁰⁵⁷ Vgl. allgemein etwa Hk-BGB/Schulte-Nölke § 305 Rn. 7.

²⁰⁵⁸ Vgl. aber H.I.6 zur Auswirkung der §§ 307 ff. mittels § 306 a auf Individualvereinbarungen.

²⁰⁵⁹ Wagner/Neuenhahn, ZGS 2003, 64, 65, 67; so auch Mankowski, DB 2002, 2419, 2420, der aber darauf hinweist, dass damit oftmals gesteigerte Kosten verbunden sind.

²⁰⁶⁰ Palandt/Heinrichs, § 307 Rn. 8, unter Bezugnahme auf BGHZ 90, 280/84; 120, 108/18; NJW 2000, 1110.

²⁰⁶¹ Ausführlich Wagner/Neuenhahn, ZGS 2003, 64, 65, 66.

²⁰⁶² G.III.1.b.cc.

²⁰⁶³ Mankowski vom 10.06.2003 in Hamburg.

Konkret kann man z.B. bei der Frage, ob eine den Regress ausschließende Kulanz vorliegt, eine vertragliche Ausdehnbarkeit besser bejahen als bei der beabsichtigten Erstreckung der §§ 478, 479 auf den Investitionsgüterhandel.

Die Ausdehnung der Rückgriffsvorschriften auf gebrauchte Sachen ist zudem leichter zu akzeptieren als auf andere, vom Kauf deutlich verschiedene Vertragstypen, wie den Werkvertrag iSd § 631.

Bedeutend ist im Rahmen einer vertraglichen Ausdehnung der §§ 478, 479 durch AGB also, ob verstärkte Haftungserweiterungen einen vergleichbaren Bezug zu den §§ 478, 479 haben²⁰⁶⁴. Ist ein solcher nicht gegeben, können diese Vorschriften insoweit jedenfalls kein gesetzliches Leitbild iSd § 307 II Nr. 1 sein²⁰⁶⁵. Bei § 307 ist auch zu beachten, dass verschiedene Leitgedanken im allgemeinen Kaufrecht einerseits und im Rahmen der Absatzkette andererseits bestehen²⁰⁶⁶. Diese schon bei § 478 IV kritisierte Konsequenz verschiedener Leitbilder sowie die damit bewirkte Zersplitterung des Kaufrechts setzen sich hier mithin fort²⁰⁶⁷ und können dazu führen, dass es an dem für AGB grundsätzlich geforderten sachlichen Grund fehlt, um die Rechte des AGB-Adressaten einzuschränken²⁰⁶⁸.

Auch wenn die §§ 478, 479 insoweit gegebenenfalls kein gesetzliches Leitbild sind, kann dies nicht umgekehrt zum allgemeinen Ausgangspunkt dafür werden, für deren vertragliche Ausdehnung primär auf außerhalb der §§ 478, 479 liegende Gründe abzustellen²⁰⁶⁹. Denn auch diese selbst können den erforderlichen neuen, sachlichen Grund für eine verstärkte Haftungsausdehnung bieten, *unabhängig* davon, ob der AGB-Verwender als Regresssuchender vom direkten Anwendungsbereich der §§ 478, 479 ausgeschlossen ist. Die Belastung aus ihnen allein kann es rechtfertigen, nach dem *allgemeinen* Verantwortungsprinzip²⁰⁷⁰, die wirtschaftliche Last an den Verantwortlichen weiterreichen zu können. Die §§ 478, 479 bilden nämlich kein allgemein abschließendes Urteil über die Verteilung von Haftungslasten, sondern regeln nur den *gesetzlichen* Regelfall für die Einräumung von ganz bestimmten, *enumerativen* Regressmöglichkeiten „im Paket“. Auch die Belastung aus den §§ 478, 479 „von unten“ ist von dieser Gewährung „nach oben“ zu unterscheiden. Erstere ist ein Reflex aus der Schaffung der §§ 478, 479 und ist trotz etwaiger *gesetzlicher* Beschränkungen der §§ 478, 479 grundsätzlich *vertraglich* (gegebenenfalls nur abgestuft) weiterleitbar – sofern die hierzu entwickelten und noch zu entwickelnden Kriterien für eine vertragliche Ausdehnbarkeit dies gebieten. Dies hat Ausstrahlungswirkung auf § 307²⁰⁷¹, auch soweit die §§ 478, 479

²⁰⁶⁴ Daher kann beispielsweise der ersatzfähige Schaden nach § 307 II Nr. 1 grundsätzlich nicht weiter definiert werden als in den §§ 249-253 oder ein Mitverschulden entgegen § 254 II prinzipiell nicht unberücksichtigt bleiben; Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. H6, 7.

²⁰⁶⁵ Darauf gehen etwa Mankowski, DB 2002, 2419, 2421 sowie Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2566 und wohl Graf von Westphalen, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Teil Vertragsrecht, Einkaufsbedingungen, Rn. 25, nicht näher ein, die ein solches Leitbild bejahen bzw. für möglich halten; Wagner/Neuenhahn, ZGS 2003, 64, 65 und dort speziell Fn. 7. Kritisch Graf von Westphalen, ZGS 2003, 8.

²⁰⁶⁶ Näher Schubel, JZ 2001, 1113, 1116, 1118; Rohe, 392 f.

²⁰⁶⁷ Dazu G.VI.

²⁰⁶⁸ Ausführlich Wagner/Neuenhahn, ZGS 2003, 64, 65, 66.

²⁰⁶⁹ So aber durchweg Wagner/Neuenhahn, ZGS 2003, 64, 65 ff.

²⁰⁷⁰ Vgl. zum deutschen Recht Lehmann, JZ 2000, 280, 291.

²⁰⁷¹ Vgl. G.II.2.b.

eigentlich nicht gesetzliches Leitbild sind. Dazu könnte außerdem etwa die Idee des „seitengleichen Regresses“²⁰⁷² (gegebenenfalls kraft richtlinienkonformer Auslegung) fortgeschrieben werden²⁰⁷³. Ferner folgte die Möglichkeit einer vertraglichen Ausdehnung der §§ 478, 479 im Fall des Zulieferers zumindest aus den zur Herleitung der Lieferanten-Qualität des Zulieferers genannten Gründen, wenn man diese dennoch ablehnte²⁰⁷⁴.

3. Grad der Regelungsnähe zu Art. 4 RL

Erkennt man das Argument der Regelungsnähe für eine verstärkte Ausdehnbarkeit der §§ 478, 479 an²⁰⁷⁵, muss dies konsequenterweise auch für deren Umsetzungsvorgabe Art. 4 RL iVm Erwägungsgrund 9 RL gelten. In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass Erwägungsgrund 9 RL die Vertragsfreiheit durch die Letztverkäuferschutzvorschrift des Art. 4 RL prinzipiell gerade nicht ohne weiteres eingeschränkt wissen will (freilich ist dies primär aus der Sicht des haftungseinschränkenden Lieferanten zu sehen).

Im übrigen folgt aus einer Regelungsnähe der Vertragsabrede zu dem Regelungsthema des Art. 4 RL grundsätzlich das Gleiche wie im Rahmen der Regelungsnähe zu den §§ 478, 479. Je näher eine Vereinbarung am Kerngehalt des Art. 4 RL ist, desto eher verbietet sich eine Einschränkung der vertraglichen Ausdehnung der §§ 478, 479 oder der Richtlinienvorgabe des Art. 4 RL – und hier sogar aus dem zusätzlichen Gesichtspunkt der richtlinienkonformen Auslegung²⁰⁷⁶.

4. Allgemeine Rückgriffsgedanken versus spezielle Verbrauchsgüterkaufbezogenheit im Rahmen der §§ 478, 479

Über die genannten Aspekte der Regelungsnähe zu den normativen Regressvorgaben der §§ 478, 479 sowie zu Art. 4 RL und Erwägungsgrund 9 RL²⁰⁷⁷ hinaus, ist die Untersagung einer vertraglichen Erstreckung der §§ 478, 479 umso eher abzulehnen, als es um allgemeine Gerechtigkeitsideen geht, die nicht per se an die Voraussetzungen der §§ 478, 479 gebunden sind. Hier kann nämlich kein abschließendes Leitbild iSd § 307 II Nr. 1 bestehen. Danach muss bei einem mit den §§ 478, 479 nicht erfassten Verkäuferrückgriff zumindest der allgemeine Verantwortungsgrundsatz durch Vertragsabrede ausdehnbar sein. Dies ist etwa bei vertraglichen Verjährungsverlängerungen zur Vermeidung einer „Verjährungsfalle“ zu bedenken.

Auch hier kann eine weite vertragliche Ausdehnbarkeit aus einer Weiterentwicklung der schon vor Einführung der §§ 478, 479 angewandten Schutzidee des „seitengleichen Regresses“ bei AGB folgen²⁰⁷⁸.

5. Die Abgrenzung zur Ausdehnung als Mittel zum „gleichwertigen Ausgleich“

Im Rahmen des § 478 IV 1 wurden Ausdehnungen der §§ 478, 479 bereits als Mittel der

²⁰⁷² B.I.2.

²⁰⁷³ Dazu im Rahmen der Durchsetzbarkeit von AGB unter H.VI.

²⁰⁷⁴ C.IV.2.d.aa.bbb; H.III.1.

²⁰⁷⁵ H.I.2.

²⁰⁷⁶ Zu dieser allerdings auch schon C.IV.3.c.

²⁰⁷⁷ H.I.2 und 3.

²⁰⁷⁸ Hierzu H.VI.

Gewährung eines „gleichwertigen Ausgleichs“ für letztverkäufernachteilige Haftungsbegrenzungen des Lieferanten erörtert²⁰⁷⁹. Da dort nur eine gesetzlich notwendige Kompensation stattfindet, kann man sich aus wirtschaftlicher Sicht insoweit zunächst fragen, ob überhaupt eine „Ausdehnung“ der §§ 478, 479 vorliegt. Dies ist wirtschaftlich nur dann zu bejahen, wenn der „Ausgleich“ über den Nachteil des Letztverkäufers im Ergebnis „hinausschießt“. Für die vertragliche Ausdehnbarkeit der §§ 478, 479 muss diese ökonomische Betrachtung – § 478 IV stellt der Sache nach gerade auf eine solche ab – bedeuten, dass sie bei einer Inhaltskontrolle (auch bei AGB) prinzipiell erst dann zu Lasten des Lieferanten anzurechnen ist, wenn dieses Gleichgewicht von Vor- und Nachteil erkennbar überschritten ist.

Aus umgekehrter Perspektive ist eine Ausdehnung der §§ 478, 479 gegebenenfalls als „gleichwertiger Ausgleich“ iSd § 478 IV 1 anzuerkennen²⁰⁸⁰.

6. Wechselbeziehung zur berechtigten Regresssicherung des Lieferanten – Spiegelbild des § 478 IV

Die aufgezeigten Gründe für eine vertragliche Ausdehnung der §§ 478, 479 finden, wie bereits vorgezeichnet, ihre Grenze in den erheblichen Interessen bzw. Nachteilen des Lieferanten. Diese sind hinreichend zu beachten. Gegebenenfalls ist dem Lieferanten ein angemessener Ausgleich zu gewähren²⁰⁸¹.

Die Interessen des Lieferanten als AGB-Adressat sind spiegelbildlich zu denen des Letztverkäufers. Auch dem Lieferanten soll, wie die §§ 478 V, 479 III belegen, eine dem Letztverkäufer entsprechende Regressmöglichkeit iSd §§ 478, 479 zustehen. Dieser Aspekt kollidiert dann mit der vertraglichen Ausdehnung der §§ 478, 479 zugunsten des Letztverkäufers und zu Lasten des Lieferanten, wenn es letzterem dadurch nicht mehr ausreichend möglich ist, seine durch die §§ 478 V, 479 III gewährten Rückgriffsmöglichkeiten an seinen Vordermann in der Lieferkette weiterzugeben. Wie erwähnt, geht es hier also um ein „spiegelbildliches Pendant“ zu § 478 IV 1 zugunsten des Lieferanten²⁰⁸². Natürlich kann dies nur in den Fällen Bedeutung erlangen, in denen der Lieferant auch nach den §§ 478 V, 479 III geschützt ist. Auch greift § 478 IV hier nicht direkt. § 478 IV sichert den Abnehmerregress in der Lieferkette, nicht den des Verkäufers. Letzteres erfolgt erst in einem zweiten Schritt gegenüber dem Vorverkäufer gemäß der entsprechenden Anwendung des § 478 IV iVm § 478 V.

Allerdings ist § 478 IV iVm den §§ 478 V, 479 III bei der Prüfung einer unangemessenen Benachteiligung iSd § 307 zugunsten des Lieferanten als AGB-Adressat zu berücksichtigen. Hier finden die genannten sachlichen Gründe für eine vertragliche Ausdehnung der §§ 478, 479 ihre Schranke.

Da § 478 IV nicht „direkt reziprok“ im Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten gilt, sondern nur dessen Wertung im Verhältnis des Lieferanten zum Vorlieferanten iVm den §§ 478 V, 479 III bei § 307 zu beachten ist, gilt hier zwar nicht der Maßstab des „gleichwertigen Ausgleichs“: § 478 IV wirkt damit nicht in gleichem Maße in zwei Richtungen, was die „konsequenteste“, spiegelbildliche Abfärbung des § 478 IV im

²⁰⁷⁹ G.III.3.f.

²⁰⁸⁰ Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 453 f.; näher G.III.3.d, f, h.

²⁰⁸¹ Palandt/Heinrichs, § 307 Rn. 8, unter Bezugnahme auf BGHZ 90, 280/84; 120, 108/18; NJW 2000, 1110 sowie schon H.I.1.

²⁰⁸² Mankowski, am 10.06.2003 in Hamburg.

Rahmen von § 307 zugunsten des Lieferanten gewesen wäre.

Gleichwohl müssen die angebrachten Überlegungen dazu führen, dass dem Lieferanten nicht wesentliche Regressstützen der §§ 478, 479 (vgl. §§ 478 V, 479 III) genommen werden können. Dies gilt jedenfalls, soweit ihm nicht ein kompensatorischer Ausgleich iSd § 307²⁰⁸³ gewährt wird.

Zusammenfassend wirkt § 478 IV also im Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten doppelt, einmal in Richtung auf den Lieferanten direkt und zum Zweiten in die entgegengesetzte Richtung über § 307 abgeschwächt. Im letztgenannten Fall gilt der allgemeine Maßstab des § 307, dass dem Lieferanten (unter mittelbarer Berücksichtigung seines „seitengleichen Regresses“ gegenüber dem Vordermann) ohne angemessenen Ausgleich in bezug auf die §§ 478, 479 (vgl. §§ 478 V, 479 III) keine Nachteile von einigem Gewicht auferlegt werden können²⁰⁸⁴. Sind diese Vorschriften nicht betroffen, gilt der aufgestellte Grundsatz freilich nicht.

Damit werden die §§ 478, 479 in ganz anderem Umfang zu wirtschaftlich (nicht: hinsichtlich ihrer konkreten gesetzlichen Ausprägung) mehr oder weniger zwingendem Recht. Ein Abweichen davon ist dadurch im Verhältnis des Letztverkäufers zum Lieferanten ökonomisch weder einschränkend zu Lasten des Letztverkäufers noch in größerem Maße ausdehnend zu Lasten des Lieferanten möglich.

Schon dies hat massive wirtschaftliche Sprengkraft.

Es fragt sich aber weiter, ob diese sich sogar auf die Zulässigkeit von Individualvereinbarungen auswirkt. Auch wenn man davon ausgeht, dass hier prinzipiell nur Einzelvorschriften eine Grenze bilden, wie etwa die §§ 134, 138, 202, 242, 276, 443 f.²⁰⁸⁵, erlangt insoweit § 306 a herausragende Bedeutung. Danach ist eine Umgehung der §§ 305 ff. unzulässig. Soweit also Individualvereinbarungen dazu eingesetzt werden, die AGB-Inhaltskontrollen auszuschalten, sind diese wirkungslos²⁰⁸⁶.

II. Fälle der Richtlinienwidrigkeit der §§ 478, 479

Ansichts der bereits angestellten Überlegungen zur Regelungsnähe der vertraglichen Ausdehnung der §§ 478, 479 zu Art. 4 RL und Erwägungsgrund 9 RL²⁰⁸⁷ fällt es auch unter Beachtung der Wechselbeziehung von § 307 mit den §§ 478, 479 zugunsten des Lieferanten²⁰⁸⁸ relativ leicht, immer dann eine zulässige Erstreckung der §§ 478, 479 anzunehmen, wenn dadurch eine zuvor nicht vermeidbare Richtlinienwidrigkeit behoben wird. Wird also der Regress nach den §§ 478, 479 vertraglich auf gebrauchte Sachen ausgedehnt²⁰⁸⁹, ist dies ohne weiteres zulässig. Zwar könnte der Lieferant dann seinerseits an der zuvor für den Letztverkäufer greifenden Regressfalle scheitern. Da diesem jedoch die gleiche Möglichkeit der vertraglichen Haftungsweitergabe zusteht, ist dies nicht zu kritisieren.

Diese Erwägungen sind nicht nur auf Art. 4 RL und Erwägungsgrund 9 RL beschränkt. Sollte die RL etwa bei der Transformation des Mangelbegriffs ins allgemeine Kaufrecht

²⁰⁸³ Dazu G.III.1.b.cc.aaa.(1).(a).

²⁰⁸⁴ Vgl. die Grundsätze bei H.I.1.

²⁰⁸⁵ H.I.1.

²⁰⁸⁶ Dazu auch schon G.IV.2.b.

²⁰⁸⁷ H.I.3.

²⁰⁸⁸ H.I.6.

²⁰⁸⁹ Zur nicht behebbaren Richtlinienwidrigkeit dieser Beschränkung C.IV.3.b und c.

nicht richtlinienkonform übertragen worden sein, so muss dies trotz Nichtvorliegens eines Verbrauchsgüterkaufs zumindest im Anwendungsbereich der §§ 478, 479 auch in der Beziehung des Letztverkäufers zum Lieferanten unproblematisch selbst durch AGB behoben werden können. Dies folgt aus dem Anliegen des deutschen Gesetzgebers²⁰⁹⁰, durch die §§ 478, 479 allgemein einen Gleichlauf mit den Verbraucherrechten zu erreichen.

III. Konstellationen einer abgelehnten, weiteren Auslegung der §§ 478, 479

In den Fällen, in denen man eine Richtlinienwidrigkeit der §§ 478, 479 oder eine weite Auslegung der §§ 478, 479 zwar verneint, kommt nach dem erwähnten Gedanken der Regelungsnähe der Vertragsabrede zu den §§ 478, 479 bzw. zu Art. 4 RL aber immer noch eine großzügigere Ausdehnbarkeit der §§ 478, 479 durch Vertrag in Betracht²⁰⁹¹.

1. Vorgehen beim Ausschluss des Zulieferers vom Lieferantenbegriff des § 478 I

Lehnt man mit der überwiegenden Meinung in der Literatur die „Lieferanten“-Qualität des Zulieferers iSd § 478 I ab²⁰⁹², kommt dessen Erfassung durch Vertragsabrede in Betracht²⁰⁹³. In der Rechtspraxis sollen auch bereits entsprechende Einkaufsbedingungen mächtiger Hersteller eingeführt worden sein, die §§ 478, 479 praktisch übernehmen²⁰⁹⁴. Neben den allgemeinen Fragen²⁰⁹⁵, ob der AGB-Verwender (hier der Endproduktehersteller) für das Aufstellen solcher AGB überhaupt die entsprechende Verhandlungsmacht²⁰⁹⁶ hat, ob Abwehrklauseln fehlen²⁰⁹⁷ und wie dem Verwender in diesem Zusammenhang gegebenenfalls zu helfen ist²⁰⁹⁸, kommt es vor allem auf das Ausmaß der Zulässigkeit dieser Klauseln an.

Sieht man den Zulieferer nicht als von den §§ 478, 479 erfasst an, können diese Vorschriften insoweit zunächst auch kein gesetzliches Leitbild iSd § 307 II Nr. 1 sein²⁰⁹⁹. Nach einer Ansicht soll eine Ausdehnung der §§ 478, 479 zugunsten des Endprodukteherstellers daher „ungeachtet der §§ 478, 479“ erfolgen und einer

²⁰⁹⁰ BT-Drucksache 14/6040, 247.

²⁰⁹¹ H.I.2 und 3; zum Ausschluss des § 377 HGB iVm § 478 VI sowie zur Dispositivität im Zusammenhang mit dem intertemporalen und dem internationalen Anwendungsbereich der §§ 478, 479 vgl. J.III bzw. M.

²⁰⁹² Vgl. nur Luther(-Steimle), 92; Westermann, NJW 2002, 241, 253; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 31; Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 452 f. und im übrigen dazu C.IV.2.d.aa.bbb.

²⁰⁹³ Matthes, NJW 2002, 2506; Schubel, JZ 2001, 1113, 1116, 1118, zur Übernahme der §§ 478, 479; zur allgemeineren Frage, ob generell ein „Lieferant durch Vereinbarung“ möglich ist, vgl. H.V.3.

²⁰⁹⁴ Wagner/Neuenhahn, ZGS 2002, 395, 396.

²⁰⁹⁵ Dazu unter H.VI.

²⁰⁹⁶ Mankowski, DB 2002, 2419, 2420 f.; Graf von Westphalen, ZGS 2003, 8; derselbe, Allgemeine Verkaufsbedingungen nach neuem Recht, 131; skeptisch Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 7.

²⁰⁹⁷ Mankowski, DB 2002, 2419, 2420.

²⁰⁹⁸ Dazu H.VI.

²⁰⁹⁹ Darauf gehen etwa Mankowski, DB 2002, 2419, 2421 sowie Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2566 und wohl Graf von Westphalen, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Teil Vertragsrecht, Einkaufsbedingungen, Rn. 25, nicht näher ein, die ein solches Leitbild bejahen bzw. für möglich halten; Wagner/Neuenhahn, ZGS 2003, 64, 65 und dort speziell Fn. 7. Kritisch Graf von Westphalen, ZGS 2003, 8.

„dezidierten AGB-rechtlichen Kontrolle“ unterliegen. Verursacherprinzip und darauf aufbauende Weiterleitungsprinzipien könnten danach alleine nicht zur vertraglichen Ausdehnung herangezogen werden²¹⁰⁰.

Im Vergleich zur alten Rechtslage müssten aber zumindest hier angesichts der Regressbelastungen aus den §§ 478, 479 „zulieferfeindlichere“ AGB zulässig sein²¹⁰¹.

Denn auch wenn diese insoweit gegebenenfalls kein gesetzliches Leitbild sind, kann dies nicht umgekehrt zum Ausgangspunkt dafür werden, für deren vertragliche Ausdehnung primär auf außerhalb der §§ 478, 479 liegende Gründe abzustellen²¹⁰².

Die Belastung aus ihnen allein könnte es speziell hier rechtfertigen, nach dem *allgemeinen* Verantwortungsprinzip²¹⁰³, die wirtschaftliche Last an den verantwortlichen Zulieferer weiterreichen zu können. Denn die §§ 478, 479 bieten einen erforderlichen neuen und allgemeinen, sachlichen Grund für eine verstärkte Haftungsausdehnung auf den Zulieferer, *unabhängig* davon, ob der Endproduktehersteller selbst vom „speziellen und enumerativen Gesamtpakt“ der §§ 478, 479 erfasst sein soll.²¹⁰⁴ Das ergibt sich jedenfalls aus Art. 4 RL, der dazu erheblichen Entstehungsgeschichte, dem dort gestärkten Verantwortungsprinzip und dem europäischen Herstellerbegriff²¹⁰⁵. Denn auch diese Aspekte haben Ausstrahlungswirkung auf § 307²¹⁰⁶.

Zuzustimmen ist der genannten Auffassung²¹⁰⁷ indes insofern, als die §§ 478, 479 zugunsten des Endprodukteherstellers nicht ganz schematisch übertragen werden können. Es bedarf zumindest einer Würdigung des nur anteiligen Beitrages des Zuliefererproduktes an der Gesamtsache. Dies kann nach den Prinzipien erfolgen, die bei der hier vertretenen Meinung der schon gesetzlichen Erfassung des Zulieferers mit § 478 I gelten. Danach können die §§ 478, 479 entsprechend anteilig ausgedehnt werden.²¹⁰⁸ Die Möglichkeit einer ansonsten umfassenden vertraglichen Ausdehnung der §§ 478, 479 auf den Zulieferer folgte aber zumindest aus den zur Herleitung der Lieferanten-Qualität des Zulieferers genannten Gründen²¹⁰⁹, wenn man diese dennoch ablehnte. Hierin wären dann notfalls mittels der Ausstrahlungswirkung des Art. 4 RL²¹¹⁰ hinreichende „sachliche Gründe“ iSd § 307 zu erkennen, von einem etwaigen gesetzlich normierten Leit- oder Nichtleitbild abzuweichen. Europäische Aspekte müssen hier einen verstärkten Einfluss haben dürfen.

Selbst die erwähnte Gegenansicht erkennt hier zudem einen allgemeinen Grund für eine

²¹⁰⁰ Wagner/Neuenhahn, ZGS 2003, 64, 65 und dort speziell Fn. 7.

²¹⁰¹ Vgl. Mankowski, DB 2002, 2419, 2420 f.; Graf von Westphalen, Allgemeine Einkaufsbedingungen nach neuem Recht, 128, 129, der den Zulieferer allerdings als von § 478 I erfasst ansieht. Die Vereinbarung einer verschuldensunabhängigen Haftung sowie einer Beweislastumkehr dürfte somit jedenfalls nicht mehr grundsätzlich § 307 II Nr. 1 widersprechen, weil das Gesetz insofern eine neue, andere Wertung enthalten könnte („seitengleicher Regress“ des Herstellers); vgl. Mankowski, DB 2002, 2419, 2421 und zum alten Recht und den damaligen grundsätzlichen Grenzen derartiger Haftungsverlagerungen Wolf/Horn/Lindacher (Wolf), § 9 AGBG Rn. H2.

²¹⁰² H.I.2; so aber durchweg Wagner/Neuenhahn, ZGS 2003, 64, 65 ff.

²¹⁰³ Vgl. zum deutschen Recht Lehmann, JZ 2000, 280, 291.

²¹⁰⁴ Dazu näher H.I.2.

²¹⁰⁵ C.IV.2.d.aa.bbb.

²¹⁰⁶ Vgl. G.II.2.b; H.I.2, 3.

²¹⁰⁷ Wagner/Neuenhahn, ZGS 2003, 64, 65 und dort speziell Fn. 7.

²¹⁰⁸ C.IV.2.d.aa.bbb; D.II.1.c.

²¹⁰⁹ C.IV.2.d.aa.bbb.

²¹¹⁰ H.I.3.

Ausdehnung in dem angefallenen Zeit- und Verwaltungsaufwand der Kettenglieder²¹¹¹. Eine darüber hinausgehende Belastung bedarf im Rahmen von AGB jedoch eines zusätzlichen sachlichen Grundes.

Eine mittelbare Berücksichtigung des § 478 IV über § 307 zugunsten des AGB-Adressaten²¹¹² hätte hier allerdings zu unterbleiben. Denn, entweder wäre der Zulieferer der letzte potentielle Rückgriffsschuldner oder er wäre, da nicht mit § 478 I als Lieferant erfasst, vom Haftungsregime der §§ 478, 479 auch nicht „nach oben“ hin geschützt. Hinzu kommt, dass ihm außerdem in gleichem Maße die Möglichkeit der vertraglichen Haftungsweitergabe zustünde²¹¹³.

Nach diesen Grundsätzen führte demzufolge die Erstreckung der Beweislastumkehr des § 478 III iVm § 476 nicht etwa zu einer unangemessenen Regressprivilegierung des Endprodukteherstellers²¹¹⁴. Denn zum einen griffe die Beweislastumkehr nur in bezug auf das Teilprodukt, also anteilmäßig²¹¹⁵. Zum anderen könnte man gegebenenfalls adäquat von den Ausnahmemöglichkeiten des § 478 III iVm § 476 Hs. 2 Gebrauch machen.

Denkbar wäre auch nach der genannten Gegenauffassung zumindest eine lediglich isolierte Abschaffung des Fristsetzungserfordernisses oder Einführung von (verschuldensunabhängigen) Geldansprüchen – auch iSd § 478 II²¹¹⁶. Während allerdings nach der hier vertretenen Ansicht eine Haftungsweiterleitung an den Zulieferer grundsätzlich in dem Umfang möglich ist, wie die Belastung aus den §§ 478, 479 reicht und der eigentlich für den Mangel Verantwortliche belangt werden soll, verlangt die Gegenansicht hier zusätzliche sachliche Gründe. Danach soll das Fristsetzungserfordernis nur dann abbedungen werden können, wenn die Haftungsweitergabe ansonsten zu lange dauert oder dies auch dem Zulieferer nutzt, etwa weil er die Sache dadurch schneller weiterverwenden kann²¹¹⁷.

Die Weitergabe von Rückgriffslasten ist zugunsten des Endprodukteherstellers ansonsten noch allgemein über das Aufstellen regressfreundlicher AGB außerhalb der §§ 478, 479 und insbesondere über die so genannten Qualitätssicherungsvereinbarungen denkbar²¹¹⁸. Als danach zulässiges Beispiel einer verstärkten Haftungsausdehnung gegenüber dem Zulieferer käme hier konkret eine noch weitergehende Erleichterung des § 377 HGB als bisher in Betracht²¹¹⁹.

²¹¹¹ Ausführlich Wagner/Neuenhahn, ZGS 2003, 64, 65, 66.

²¹¹² Vgl. H.I.6.

²¹¹³ Vgl. H.I.6.

²¹¹⁴ Vgl. aber Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2566 Fn. 48; kritisch auch Wagner/Neuenhahn, ZGS 2003, 64, 66, die stets eine zusätzliche Rechtfertigung für die Ausdehnung der §§ 478, 479 verlangen.

²¹¹⁵ So selbst Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2566 Fn. 48.

²¹¹⁶ Wagner/Neuenhahn, ZGS 2003, 64, 65, 66.

²¹¹⁷ So Wagner/Neuenhahn, ZGS 2003, 64, 65 f.

²¹¹⁸ Matthes, NJW 2002, 2506; Schubel, JZ 2001, 1113, 1116, 1118, zur Übernahme der §§ 478, 479; vgl. im Einzelnen H.V sowie H.VI und schon C.IV.2.d.aa.bbb.

²¹¹⁹ Westermann, NJW 2002, 241, 253; insbesondere im Bereich der just in time-Produktion steht hier unabhängig von den §§ 478, 479 schon generell die Qualitätssicherung beim Zulieferer im Vordergrund, der intensive Eingangsprüfungen beim Endprodukthersteller als „Doppelkontrolle“ eher widersprechen; vgl. auch Rohe, 399 f. 402 f. sowie ausführlich Graf von Westphalen, Vertragsrecht, Qualitätssicherungsvereinbarung, Rn. 4 f. und Rn. 6-32 zu der Wirksamkeit von Qualitätssicherungsvereinbarungen im Verhältnis des Endproduktherstellers zum Zulieferer.

2. Unbewegliche Sachen

Im Rahmen des „gleichwertigen Ausgleichs“ iSd § 478 IV 1 ist eine Ausdehnung der §§ 478, 479 auf immobile Sachen erwogen worden²¹²⁰, nachdem diese grundsätzlich nicht vom Rückgriff gemäß §§ 478, 479 erfasst sind²¹²¹. Entsprechendes bietet sich auch genereller bei der Frage nach der allgemeinen vertraglichen Ausdehnbarkeit an. Es ist allerdings im Rahmen des von § 307 geforderten sachlichen Grundes für eine solche Ausdehnung zu beachten, dass dies zwar allgemein als Ausgleich bei einer Einschränkung der Letztverkäuferrechte sinnvoll sein kann²¹²². Gleichwohl sind unbewegliche Sachen ansonsten nicht regelungsnah zu den §§ 478, 479. Denn diese gehen von einer Lieferkette aus, die mit einem Verbrauchsgüterkauf und einem anschließenden Regress endet. Nur soweit eine vergleichbare Situation auch außerhalb der §§ 478, 479 besteht²¹²³ oder dem Lieferanten ein angemessener Ausgleich iSd § 307 geboten wird, können diese Vorschriften daher durch AGB ausgedehnt werden.

3. Parallele Anwendung von § 478 I und II und allgemeine Erhöhung des Regressumfangs

Auf gesetzlicher Ebene scheidet eine parallele Anwendung von § 478 I und II mit Ausnahme des Sonderfalls der vergeblichen Nacherfüllungsaufwendungen prinzipiell aus. Denn die Gründe für eine vertragliche Parallelität gehen zumeist über das berechtigte Regressinteresse des Letztverkäufers hinaus.²¹²⁴ Insoweit bedarf eine solche Vertragsabrede im Regelfall eines entsprechenden kompensatorischen Ausgleichs. Entsprechendes gilt, soweit es um die allgemeinere Frage nach der Zulässigkeit einer generellen vertraglichen Erhöhung des Regressumfangs geht.

Eine Ausnahme davon besteht insofern, als es bei einer „auffüllenden Parallelität“ zur Abdeckung des tatsächlichen Gewährleistungsschadens bleibt. Denn diese ist von Art. 4 RL zwar nicht vorgeschrieben, dazu jedoch regelungsnah, soweit der Anwendungsbereich der §§ 478, 479 betroffen ist. Dies folgt daraus, dass Art. 4 RL grundsätzlich einen effektiven Verkäuferregress fordert.²¹²⁵

4. Garantien

Aus den Erwägungen zur Zulässigkeit einer generellen vertraglichen Erhöhung des Regressumfangs ergibt sich im Prinzip auch, wie die vertragliche Einführung von mit den §§ 478, 479 nicht erfassten Regressmöglichkeiten aus Garantien iSd § 307 zu beurteilen ist. Soweit sich der Letztverkäufer „unbegründet“ eine „Verdienstmöglichkeit“ schaffen will, indem er dem Verbraucher umfassende (über die Rechte der §§ 434 ff. hinausgehende) Garantien zusätzlich verkauft, ist eine einseitige vertragliche Regressausdehnung auf Garantien abzulehnen.²¹²⁶

Es sind jedoch Konstellationen denkbar, in denen erweiterte Garantien auch dem

²¹²⁰ G.III.3.f-h.

²¹²¹ C.IV.1.a.bb.

²¹²² G.III.3.f-h.

²¹²³ Dies ist z.B. bei einem Fertighausverkauf an einen Verbraucher vorstellbar, wenn an der Herstellung des Hauses mehrere Subunternehmer mitgewirkt haben; C.VI.c.bb.

²¹²⁴ C.VI; D.V.

²¹²⁵ B.II.2.c; C.VI; D.V;

²¹²⁶ Dazu soeben H.III.3.

Interesse des Lieferanten entsprechen. Dieser kann z.B. bei deren unentgeltlichen Vergabe von erhöhten eigenen Absätzen profitieren oder seine Serviceprodukte bei der eigenen, dem Letztverkäufer zulässigerweise abgenommenen Garantieabwicklung „kostenlos“ anpreisen. In diesen Fällen, für die die Gesamtbetrachtung aber objektive Anhaltspunkte bieten muss, kommt eine vertragliche Regressausdehnung der §§ 478, 479 auch ohne Ausgleich in Betracht. Jedoch ist hier von besonderer Bedeutung, dass dem Lieferanten dadurch ohne weitere Kompensation nicht wesentliche Regressmöglichkeiten nach den §§ 478, 479 (vgl. §§ 478 V, 479 III) abgeschnitten werden dürfen. Dazu kann es kommen, wenn sich der Vorlieferant auf ein Handeln des Lieferanten aus Kulanz berufen kann, das grundsätzlich nicht regresstauglich ist.²¹²⁷

IV. Ausdehnung bei versagten Analogien

Nach der hier vertretenen Ansicht ist in zahlreichen Fällen eine analoge Anwendung der §§ 478, 479 vorzunehmen. Diese ist oft allerdings umstritten.²¹²⁸ Lehnt man eine Analogie in den fraglichen Konstellationen ab, fragt sich, ob dann insoweit nicht zumindest eine vertragliche Ausdehnbarkeit der §§ 478, 479 gegeben ist.²¹²⁹ Aus Sicht der hier vertretenen Auffassung muss dies im Wege des Erst-Recht-Schlusses sofort zu bejahen sein. Ansonsten, wenn man eine analoge Anwendung also jeweils verneint, bedarf es, wie auch sonst im Rahmen des § 307, eines weiteren sachlichen Grundes. Hier dürfte zumindest die Regelungsnähe zu den §§ 478, 479 und zu Art. 4 RL die Anforderungen daran gering halten. Die Regelungsnähe könnte jedoch unter Umständen verschieden ausgeprägt sein. Insoweit bestünde zwischen einer vertraglichen Ausdehnbarkeit und dem dafür gegebenenfalls zu gewährenden Ausgleich eine entsprechend abgestufte Pflicht zur Kompensationsintensität. Nach der hier vertretenen Ansicht stellen sich diese Probleme allerdings nicht, da alle Analogiefälle wegen ihrer analogen Erfassung von den §§ 478, 479 zu diesen „gleich nah“ sind.

V. Ausdrücklich von den §§ 478, 479 ausgeschlossene Fälle

Von den eben erörterten Fällen der abgelehnten zweifelhaften, weiteren Auslegung der §§ 478, 479 sind hinsichtlich deren vertraglichen Ausdehnbarkeit die Konstellationen zu unterscheiden, in denen die Anwendbarkeit der §§ 478, 479 ausdrücklich und klar ausgeschlossen werden sollte. Während in der erstgenannten Gruppe eine (mitunter schwer zu entscheidende) Abwägung notwendig war, enthält die zweitgenannte Gruppe aufgrund ihrer Ausdrücklichkeit nämlich ein größeres Hindernis für eine dennoch versuchte vertragliche Ausdehnung. Dies muss sich im Umfang der Ausdehnbarkeit oder in den dafür erforderlichen Kompensationen ausdrücken.

1. Ausdehnung auf den allgemeinen Kauf

Die Beschränkung der §§ 478, 479 auf den Regressfall aus einem Verbrauchsgüterkauf wurde zwar kritisiert, etwa weil sie zu einer Zersplitterung des Kaufrechts führen könnte oder weil die §§ 478, 479 allgemeine Prinzipien enthalten könnten. Gleichwohl wollten der deutsche Gesetzgeber und Art. 4 RL nur den Letztverkäuferregress anlässlich eines

²¹²⁷ Dazu grundsätzlich H.I.6.

²¹²⁸ Vgl. vor allem die Analogieschlüsse in bezug auf die „Rücknahme“ bei § 478 I unter C.IV.4.

²¹²⁹ Mankowski, am 10.06.2003 in Hamburg.

Verbrauchsgüterkaufs gegen einen Unternehmer sichern.²¹³⁰ Eine vertragliche Ausdehnbarkeit kommt ohne einen gewichtigen Ausgleich somit prinzipiell nur dann in Betracht, wenn eine zu dieser Situation vergleichbare Lage vorliegt. Es wird dazu allerdings weder ausreichen, dass der Endkunde ein Verbraucher ist noch, dass überhaupt ein Rückgriffsfall vorliegt. Erforderlich ist grundsätzlich vielmehr, dass insgesamt eine den §§ 478, 479 vergleichbare Regresslage besteht. Dies wurde etwa im Fall der vertraglichen Ausdehnbarkeit der §§ 478, 479 auf unbewegliche Sachen angedeutet²¹³¹. Eine Ausdehnung auf den allgemeinen Kauf bedarf also einer Regelungsnähe zu den §§ 478, 479, sonst ist sie ohne Kompensation nicht möglich²¹³².

Hier, bei einer Ausdehnung der §§ 478, 479 auf den allgemeinen Kauf, kann allerdings auch die Erwägung greifen, dass diese Vorschriften gewisse grundlegende Regressprinzipien enthalten. Diese können dann für sich einen sachlichen Grund für eine nicht ausgleichspflichtige Ausdehnung beim allgemeinen Kauf bieten. Konkret kann etwa das allgemeine, in den §§ 478, 479 nur besonders ausgeprägte Verantwortungsprinzip eine Verjährungsverlängerung erlauben²¹³³, wenn sich Mängel typischerweise erst am Ende der Zweijahresfrist des § 438 I Nr. 3 beim Endabnehmer zeigen. Entsprechendes gilt für die Einführung einer Ablaufhemmung iSd § 479 II 1. Angesichts des liberaleren § 202 in bezug auf Verjährungsvereinbarungen kann die bisherige, strengere Rechtsprechung²¹³⁴ hier nicht ohne weiteres Maßstab sein²¹³⁵.

2. Werkverträge iSd § 631

Im Rahmen der §§ 478, 479 sind zwar Verträge iSd § 651 erfasst, nicht jedoch reine Werkverträge iSd § 631. Wie erwähnt, sind aber Fälle denkbar, in denen sich ein Verbraucher an seinen unternehmerischen Vertragspartner wendet, der wiederum Subunternehmer eingeschaltet hat. Auch wenn diese Verträge auf Werkvertragsrecht beruhen, die zudem unbewegliche Sachen betreffen²¹³⁶, kann dort, wie bei der vertraglichen Ausdehnbarkeit der §§ 478, 479 auf unbewegliche Sache bzw. den allgemeinen Kauf, ebenfalls mit dem Prinzip der in den §§ 478, 479 enthaltenen generellen Rückgriffsgedanken gearbeitet werden²¹³⁷. Diese Überlegung muss zusätzlichen Rückhalt in der Vorschrift des § 438 I Nr. 2 lit. b finden, der zumindest dem Baustofflieferanten einen länger durchsetzbaren Regress ermöglichen sollte²¹³⁸.

3. Der Lieferant durch Vereinbarung gemäß § 311 über die Fälle des Zulieferers hinaus / Die Möglichkeit eines vertraglichen Direktdurchgriffs

Schon bei der Frage, ob die §§ 478, 479 auf den Zulieferer vertraglich ausgedehnt werden können (vorausgesetzt, man erfasst diesen nicht bereits direkt über den

²¹³⁰ C.IV.1.

²¹³¹ H.III.2.

²¹³² H.I.2; so im Ergebnis auch Wagner/Neuenhahn, ZGS 2003, 67 f.

²¹³³ H.I.4.

²¹³⁴ Vgl. etwa LG Frankfurt, NJW-RR 1988, 917.

²¹³⁵ AA offenbar Wagner/Neuenhahn, ZGS 2003, 64, 66 f., die hier auch Transparenzprobleme iSd § 307 I 2 sehen.

²¹³⁶ H.III.2; C.IV.I.1.c.aa und bb.

²¹³⁷ H.I.4; H.III.2; H.V.1.

²¹³⁸ F.I.3.b.aa.

Lieferantenbegriff des § 478 I)²¹³⁹, geht es im Kern um das allgemeinere Problem, ob ein „Lieferant“ und damit eine Lieferkette durch Vereinbarung iSd § 311 I entstehen kann. Wie zu zeigen sein wird, muss dabei sowohl auf die Interessen des Letztverkäufers (§ 478 IV) als auch auf die des Lieferanten (§ 307) eingegangen werden.

Ein solcher „Lieferant durch Vereinbarung“ wäre eine rein vertragliche Fiktion, durch die man eine Person, die nicht Lieferant iSd § 478 I ist, zu einem solchen machte. Mit anderen Worten könnte eine Person, die nicht durch Legaldefinition vom Lieferantenbegriff des § 478 I erfasst ist, durch Vertragsabrede darunter fallen. Insbesondere könnten Personen, die innerhalb der Lieferantenkette iSd § 478 V als nicht unmittelbare Vordermänner für den Letztverkäufer grundsätzlich als Haftungsadressaten nicht in Betracht kommen, vertraglich „direkte“ Lieferanten des Letztverkäufers werden. Im Extremfall ist sogar ein „Lieferant durch Vereinbarung“ denkbar, der überhaupt keinen Bezug zur Kaufsache hat oder der den Letztverkäufer als Rückgriffsschuldner (vorbehaltlich des § 309 Nr. 8 lit. b Doppelbuchstabe aa bzw. § 475 I 2) ersetzt.²¹⁴⁰

Sinn und Zweck eines „vereinbarten Lieferanten“ wäre es, den Anwendungsbereich des § 478 I auszudehnen. Dahinter müssten nicht zwangsläufig nur Wünsche des Letztverkäufers stehen, die gegen § 307 I verstießen. Beispielsweise kann auch ein mächtiger Hersteller am wirtschaftlichen Schutz der Vertriebswege, also der zwischengeschalteten Händler interessiert sein und daher als „Lieferant durch Vereinbarung“ diese in der Haftungskette ausschalten und unmittelbar haften wollen.

Zunächst könnte man darin auch eine für den Letztverkäufer vorteilhafte Vereinbarung sehen, da der Letztverkäufer auf diese Weise einen neuen Regressschuldner bekäme oder den eigentlich für den Mangel Verantwortlichen gegebenenfalls direkt in Anspruch nehmen könnte²¹⁴¹.

Tatsächlich könnte es sich dabei jedoch häufig um einen Nachteil für ihn handeln, der wiederum der Schranke des § 478 IV 1 unterläge. Denn der Letztverkäufer könnte sich mit seinem Rückgriff dann möglicherweise gegen eine insolvente Person „verrennen“, die noch nicht einmal den Kaufpreis für die Kaufsache erhalten haben muss. Der Letztverkäufer trüge dann nicht nur das Prozesskostenrisiko, gegebenenfalls wäre zwischenzeitlich zu seinen Lasten gegenüber dem wahren, solventen „Lieferanten“ auch die Verjährungsfrist abgelaufen. Daher könnte man dem Letztverkäufer einen Rückgriff nach § 478 I gegen einen solchen „Lieferanten“ durch Vereinbarung iSd § 311 I zu versagen haben.²¹⁴²

Dieses Problem ist möglicherweise aber dadurch lösbar, dass man dem Letztverkäufer die (alternative) Wahl zwischen den in Frage kommenden Rückgriffsschuldnern gewährt bzw. dass er sich diese vertraglich vorbehält (auch dann könnte er natürlich nur einmal Regress nehmen). Verschätzt er sich dabei, wäre dies ein typisches Risiko im Rahmen der Vertragsfreiheit. Aufgrund der Wahlmöglichkeit wäre insoweit zudem kein Verstoß gegen § 478 IV gegeben. Es ist ferner zu bedenken, dass eine Vereinbarung iSd § 311 I freiwillig getroffen wird und das BGB von der Privatautonomie ausgeht. Zudem kennt es insbesondere die abstrakte Schaffung einer Schuld durch Schuldversprechen nach § 780. Der Schutz des § 478 IV 1 ist außerdem nur „halbzwingend“ – der Letztverkäufer kann

²¹³⁹ Dazu C.IV.2.d.aa.bbb sowie H.III.1.

²¹⁴⁰ Vgl. auch KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 35 f.; G.III.3.f-h; H.III.1.

²¹⁴¹ Harms, BRAK-Mitt. 6/2001, 278, 282.

²¹⁴² So im Ergebnis auch Palandt/Putzo, § 478 Rn. 3.

auf ihn (im nachhinein) verzichten.

Nach dieser Wertung ist grundsätzlich nicht einzusehen, warum ein „Lieferant“ nicht durch Vereinbarung entstehen können soll. Denn zum einen könnte dieser die jedem Lieferanten zustehenden Rechte gegenüber dem Letztverkäufer geltend machen: Bei einem „Rücktritt“ des Letztverkäufers etwa erhielte er die mangelhafte Kaufsache. Eine unangemessene Benachteiligung des AGB-Adressaten (des Lieferanten durch Vereinbarung) iSd § 307 kann somit verneint werden.

Der Letztverkäufer wäre dadurch zum anderen auch nicht iSd § 478 IV 1 schlechter gestellt. Denn zunächst könnte er im Beispielsfall zwar nicht den „erhaltenen Kaufpreis“, wohl aber den entsprechenden Geldbetrag verlangen. Wie erwähnt, könnte dem Letztverkäufer vor allem aber auch die Wahl zwischen dem wahren Lieferanten und dem Lieferanten durch Vereinbarung verbleiben.

Für die Möglichkeit, einen Lieferanten durch Vereinbarung entstehen zu lassen, spricht wie erwähnt außerdem, dass damit eine vertragliche Direkthaftung des Herstellers auf freiwilliger Basis eingeführt werden könnte. Anders als nach einer gesetzlichen Direkthaftung, wäre der Letztverkäufer hier mit dem „Lieferanten durch Vereinbarung“ durch eine direkte Vertragsbeziehung verbunden. Damit wären insoweit auch Rückgriffsvereinbarungen vorstellbar. Das Dilemma, einen Stufenregress nur wegen der bei einer gesetzlichen Direkthaftung nicht bestehenden Möglichkeit von Vertragsabreden für zwingend zu halten²¹⁴³, wäre damit jedenfalls in diesem Umfang überwunden.

Wenn sich der Hersteller mit dem Letztverkäufer darauf einigt, dass er dessen „Lieferant“ sein soll, obgleich Zwischenhändler bestehen, könnten diese, wie angedeutet, somit als Regressschuldner übersprungen werden. Der internationale Hersteller-Konzern könnte auf diese Weise zum Beispiel zugunsten seiner deutlich kleineren und schwächeren Vertriebspersonen deren Regressbelastungen regelmäßig ausschalten. Dann aber könnte praktisch sogar eine neue „Verdienstquelle“ für den Lieferanten entstehen, indem er eine Art „wirtschaftliche action directe“²¹⁴⁴ bzw. wirtschaftliche Direktabwicklung unter (gegebenenfalls gänzlichem) Ausschluss des Letztverkäufers einführt²¹⁴⁵.

Erneut wäre von Bedeutung, dass dem Letztverkäufer dann die Wahl zwischen den Regressschuldern verbleiben könnte, er also nicht benachteiligt wäre. Es ist in diesem Zusammenhang darüber hinaus sogar der Ausschluss dieser Wahlmöglichkeit denkbar. Denn die dafür gewährte Direkthaftung des Herstellers wäre bei zumindest gleicher finanzieller Stärke ein „gleichwertiger Ausgleich“ iSd § 478 IV 1. Dieser Fall ist gerade auch von dem des § 309 Nr. 8 lit. b Doppelbuchstabe aa iVm den §§ 307, 310 I 1 zu unterscheiden, bei dem der eigentliche Lieferant mit dem Letztverkäufer eine Haftungsverweisung auf Dritte vereinbart.

Erkennt man den „Lieferanten durch Vereinbarung“ an, könnte dann aber nicht nur der Hersteller „unmittelbarer Lieferant“ des Letztverkäufers werden. Vielmehr wären auch andere Vereinbarungen auf unterschiedlichen Vertriebsstufen denkbar. Es wäre mithin insbesondere möglich, allgemein den Regressweg iSd §§ 478, 479 zugunsten des

²¹⁴³ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 247; Welser/Jud, 14. ÖJT, 161; Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 10.

²¹⁴⁴ Zur französischen „action directe“ B.II.3.b.cc sowie L.II.1.

²¹⁴⁵ Diese Idee kam im Rahmen eines Vortrages von Karsten Schmidt zum Thema „Der Regreß des Letztverkäufers beim Verbrauchsgüterkauf – Theorie und Praxis –“ am 15.4.2003 in Hamburg auf.

Letztverkäufers oder auch anderer Kettenglieder abzukürzen.

Insgesamt ist der Fall des „Lieferanten durch Vereinbarung“ ein interessantes Beispiel für das Ineinandergreifen von Schutzerwägungen zugunsten des Letztverkäufers einerseits (§ 478 IV) und zugunsten des Lieferanten andererseits (§ 307).

4. Fälle der Kulanz und die fehlende Seitengleichheit des Mangels

Ob eine vertragliche Ausdehnung der §§ 478, 479 auf das Vorliegen von Kulanz seitens des Letztverkäufers möglich ist, ist eng verwandt mit dem Problem der über die §§ 434 ff. hinausgehenden Garantien²¹⁴⁶.

Dort ist aus den Erwägungen zur Zulässigkeit einer generellen vertraglichen Erhöhung des Regressumfangs abgeleitet worden, dass der Letztverkäufer nicht „unbegründet“ eine neue „Verdienstmöglichkeit“ erhalten darf, indem er dem Verbraucher umfassende (über die Rechte der §§ 434 ff. hinausgehende) Garantien zusätzlich verkauft.

Für die Kulanz bedeutet das, dass der Letztverkäufer für den Fall des Regresses insoweit nicht ungesühnt höhere Verkaufspreise am Markt durchsetzen kann, als dies allein auf der damit „erkauften“ Erwartung des Verbrauchers nach kulanterer Behandlung beruht.

Wie erwähnt, sind jedoch Konstellationen denkbar, in denen erweiterte Garantien auch dem Interesse des Lieferanten entsprechen. Dieser kann z.B. bei deren unentgeltlicher Vergabe von erhöhten eigenen Absätzen profitieren oder seine Serviceprodukte bei der eigenen, dem Letztverkäufer zulässigerweise abgenommenen Garantieabwicklung „kostenlos“ anpreisen. In diesen Fällen, für die die Gesamtbetrachtung objektive Anhaltspunkte bieten muss, kommt eine vertragliche Regressausdehnung der §§ 478, 479 entsprechend der Behandlung der Garantien auch hier ohne Ausgleich in Betracht. Allerdings ist vorliegend dann ebenfalls von besonderer Bedeutung, dass dem Lieferanten dadurch ohne weitere Kompensation nicht wesentliche Regressmöglichkeiten nach den §§ 478, 479 (vgl. §§ 478 V, 479 III) abgeschnitten werden.²¹⁴⁷

Der vertragliche Verzicht auf die fehlende Seitengleichheit des Mangels ist aus Sicht des Lieferanten zwar zunächst nur für den Letztverkäuferregress gegen ihn nützlich. Gleichwohl kann dieser Verzicht entsprechend der Kulanz behandelt werden, wenn der Letztverkäufer dadurch zu einem kulanteren Verhalten gegenüber dem Verbraucher angeregt wird und (dies ist iSd § 307 für den sachlichen Grund entscheidend) auch der Lieferant - wie im Fall der Kulanz demonstriert - profitiert.

5. Erweiterung des § 478 II

Vorstellbar ist auch eine vertragliche Ausdehnung des § 478 II. Damit ist hier nicht die Übertragung auf eigentlich nicht von den §§ 478, 479 erfasste Fälle gemeint, sondern die Erweiterung des § 478 II selbst. Dies könnte dadurch geschehen, dass man ihn vom Aufwendungsersatz zum (verschuldensunabhängigen) Schadensersatz oder besonderen Befreiungsanspruch ausbaut. Ebenfalls ist im Rahmen des Anspruchsumfangs die Aufhebung der Differenzierung zwischen Fixkosten und variablen Kosten oder zwischen Marktpreisen und Selbstkosten denkbar. Schwierig ist hier bei einer Angemessenheitsprüfung iSd § 307, dass diese Aspekte bei § 478 II nicht geboten,

²¹⁴⁶ H.III.4.

²¹⁴⁷ Dazu näher H.III.3 und 4 sowie grundsätzlich H.I.6.

gleichwohl naheliegend sind.²¹⁴⁸ Damit ist nämlich einerseits eine gewisse Regelungsnähe zu Art. 4 RL gegeben, die insofern für das Vorliegen eines sachlichen Grundes spricht. Andererseits hat der Gesetzgeber mit § 478 II sein Verständnis von der Reichweite des Letztverkäuferschutzes zum Ausdruck gebracht. Im Gegensatz zur Ausdehnung der §§ 478, 479 auf andere Anwendungsbereiche handelt es sich zudem um eine Erweiterung innerhalb des Regressregimes der §§ 478, 479, das hier deshalb eher als abgeschlossenes Leitbild des Gesetzgebers betrachtet werden kann. Eine Konkordanz dieser beiden Argumentationsstränge führt zu einem Kompromiss: Eine Ausdehnung ist möglich, aber nur mit einem Ausgleich. Dieser hat wirtschaftlich wegen der Nähe zu Art. 4 RL allerdings nicht soweit zu reichen, wie die spiegelbildliche Erweiterung des § 478 II.

6. Abbedingung des § 447

Fraglich kann auch eine Abbedingung des § 447 und damit insofern eine „Erweiterung“ des § 478 sein. Wie bei der Ausdehnung des § 478 II geht es hier jedoch ebenfalls nicht um eine eigentliche Ausdehnung der §§ 478, 479 im engeren Sinne, sondern um eine „interne“ Erweiterung dieser insoweit beschränkten Vorschriften. Die Abbedingung des § 447 führte dazu, dass sich der Letztverkäufer beim Versendungskauf iSd § 447 hinsichtlich des Zeitraumes ab Auslieferung durch den Lieferanten an den Transporteur, etc., nicht mehr nur an diese wenden könnte, sondern auch an den Lieferanten. Ein sachlicher Grund ist angesichts des Schadensersatzanspruches des § 421 I 2 HGB zweifelhaft, da den Lieferanten eine solche „Ausdehnung“ im Verhältnis zum Vorteil des (auch über § 478 III iVm § 476) schon geschützten Letztverkäufers überproportional trüfe. Dies führt zu dem auf den ersten Blick etwas merkwürdigen Ergebnis, dass eine Abbedingung des § 447 trotz des relativ geringen Nutzens für den Letztverkäufer einer speziellen Rechtfertigung und somit eines besonderen Ausgleichs bedarf.

7. Abschaffung der Ausnahmen von der Beweislastumkehr nach § 478 III iVm § 476 Hs.

2

Die §§ 478, 479 sind theoretisch über eine (partielle) Abschaffung der Ausnahmen von der Beweislastumkehr gemäß § 478 III iVm § 476 Hs. 2 ausdehnbar. Ein sachlicher Grund kommt dafür aber nur insoweit in Betracht, als die über § 478 III erfolgte entsprechende Anwendung des § 476 hinter dessen eigentlichen Anwendungsbereich zugunsten des Verbrauchers zurückbleibt. Denn ansonsten rechtfertigen Regressaspekte aufgrund der ohnehin schon rückgriffsfreundlichen Fristanknüpfung des § 478 III („mit der Maßgabe..., dass die Frist mit dem Übergang auf den *Verbraucher* [und nicht etwa auf den Letztverkäufer] beginnt“) ein solches Vorgehen nicht.

Eine Ausdehnung des § 478 III (in Form einer Abschaffung der Ausnahmen nach § 476 Hs. 2) ist danach vor allem dann denkbar, wenn es um gebrauchte Sachen geht. Dies folgt daraus, dass die Beschränkung der §§ 478, 479 auf neu hergestellte Sachen richtlinienwidrig²¹⁴⁹ ist und dem Letztverkäufer bei seinem Regress hinsichtlich gebrauchter Sachen *außerhalb* des Anwendungsbereichs der §§ 478, 479 somit verstärkt geholfen werden muss. Allerdings muss eine Einschränkung der Ausnahmen des § 476 Hs. 2 sachlich begründbar sein und im Zusammenhang mit der Regressfalle wegen

²¹⁴⁸ Vgl. D.IV.

²¹⁴⁹ C.IV.3.b.

der Nichterfassung gebrauchter Sachen stehen. Demgemäss ist es zulässig, wenn bei gebrauchten Sachen der dort nicht geltende § 478 III überhaupt erst eingeführt wird. Hier schließt sich der Kreis der vertraglichen Ausdehnbarkeit der §§ 478, 479. Denn es geht vorliegend um einen Unterfall der Ausdehnung der §§ 478, 479 auf richtlinienwidrig nicht erfasste Fälle²¹⁵⁰.

8. Verlängerungen der Verjährungsfristen und der Ablaufhemmung

Die Verjährungsfristen der §§ 478, 479 iVm § 438 sind unter Berücksichtigung der Ablaufhemmung des § 479 II schon relativ lang und letztverkäuferfreundlich. Soweit es nicht um eine Erstreckung der §§ 478, 479 auf von diesen nicht erfasste Fälle geht (gebrauchte Sachen, etc.), ist ein weiteres Hinausschieben des effektiven Verlängerungsbeginns somit problematisch.

Bei einem mit den §§ 478, 479 nicht erfassten Verkäuferrückgriff gebietet aber zumindest der allgemeine Verantwortungsgrundsatz die Möglichkeit einer vertraglichen Ausdehnbarkeit, wenn diese zur Vermeidung einer „Verjährungsfalle“ typischerweise notwendig ist. Dies betrifft z.B. die Fälle, in denen Mängel beim Käufer erst kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist auftauchen und die bereits vorher begonnene, gleich lange Frist zugunsten des Letztverkäufers im Zeitpunkt der Regressnahme damit regelmäßig verstrichen wäre. Dies ist allerdings wiederum zweifelhaft, wenn der Letztverkäufer ohne besondere Gründe längere Zwischenlagerungen verursacht²¹⁵¹. Die bei den §§ 478, 479 geltende Erwägung des Gesetzgebers²¹⁵², dem Verantwortungsprinzip des Art. 4 RL grundsätzlich auch hier durch die Gewährung der Ablaufhemmung iSd § 479 II Rechnung zu tragen²¹⁵³, kann außerhalb der §§ 478, 479 nicht ohne weiteres greifen. Es ist außerdem schon bedenklich, ob dies überhaupt von Art. 4 RL gefordert bzw. nahegelegt wird. Immerhin geht es hier um eine vermeidbare Nachlässigkeit des Letztverkäufers²¹⁵⁴.

9. Verschärfung des § 478 IV

a) Gänzliche Übernahme des § 475

§ 478 IV bietet dem Letztverkäufer einen sehr umfassenden Schutz. Gleichwohl geht er nicht so weit wie der nach § 475 im Verhältnis des Verbrauchers gegenüber dem Letztverkäufer. Es fragt sich daher, ob dieser vertraglich eine Angleichung an § 475 erreichen kann. Dafür spricht der vom Gesetzgeber grundsätzlich gewünschte Gleichlauf mit den Verbraucherrechten²¹⁵⁵, dagegen, der Wunsch, unter Unternehmen eine flexible Vertragspraxis beizubehalten²¹⁵⁶. Eine vertragliche Annäherung des § 478 IV an § 475 ist immerhin dann vorstellbar, wenn der Letztverkäufer anderenfalls typischerweise in einer Regressfalle stecken bliebe oder soweit die §§ 478, 479 eine richtlinienwidrige Beschränkung enthalten. Dies sind sachliche Gründe, über den Schutz des § 478 IV 1

²¹⁵⁰ Hierzu H.II.

²¹⁵¹ Wagner/Neuenhahn, ZGS 2003, 64, 66 f.

²¹⁵² Dazu BT-Drucksache 14/6857, 63, im Rahmen der Erörterungen zur Ablaufhemmung des § 479 II.

²¹⁵³ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 249.

²¹⁵⁴ DiskE, 212, 213; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1397, 1398.

²¹⁵⁵ BT-Drucksache 14/6040, 247.

²¹⁵⁶ BT-Drucksache 14/6040, 249.

gegebenenfalls noch hinaus zu gehen. Das Musterbeispiel ist hier wieder der Regress bei gebrauchten Sachen.

b) Erfassung des Schadensersatzes von § 478 IV 1

Im Rahmen der vertraglichen Ausdehnbarkeit des § 478 IV 1 kann man sich naheliegenderweise fragen, ob die Ausnahme des § 478 IV 2 hinsichtlich des Schadensersatzes vom Anwendungsbereich des § 478 IV 1 abdingbar ist. Dafür besteht aber kein sachliches Bedürfnis, wenn dies nicht in gleichem Maße von Seiten des Verbrauchers bei § 475 III gegenüber dem Letztverkäufer erfolgt. Denn insoweit ist eine ausgleichende Regressfalle oder -belastung nicht ersichtlich. Gewährt der Letztverkäufer dem Verbraucher eine Ausdehnung der zwingenden Vorgaben des § 475 I und II auf § 475 III, liegt entweder Kulanz, eine Garantie oder ein diesen gleichzustellender Fall vor. Es gelten die dafür aufgestellten Regeln²¹⁵⁷.

VI. Die praktische Durchsetzbarkeit einer vertraglichen Ausdehnung

1. Allgemeines

Die Möglichkeit einer vertraglichen Ausdehnung der §§ 478, 479 nutzt dem Regressgläubiger prinzipiell nur bei entsprechender Verhandlungsmacht²¹⁵⁸ und bei fehlenden Abwehrklauseln²¹⁵⁹ des AGB-Adressaten. Von besonderer Bedeutung sind hier zwar besondere Qualitätssicherungsvereinbarungen²¹⁶⁰ zwischen dem Hersteller und den Zulieferern, die sich durch eine gegenseitige Abhängigkeit auszeichnen²¹⁶¹. In der Rechtspraxis sollen auch bereits entsprechende Einkaufsbedingungen mächtiger Hersteller eingeführt worden sein, die die §§ 478, 479 praktisch übernehmen²¹⁶². Während man im letztgenannten Fall eher Probleme im Zusammenhang mit der „Nachfragemacht“ der Letztverkäufer sehen kann²¹⁶³, könnte aber jedenfalls der von der Kommission für besonders schutzwürdig empfundene kleine Letztverkäufer²¹⁶⁴ Schwierigkeiten mit einer vertraglichen Ausdehnbarkeit der §§ 478, 479 haben.

Dem Lieferanten als AGB-Adressaten ist es im Gegensatz zur direkten Anwendbarkeit der §§ 478, 479 grundsätzlich ferner möglich, die AGB mangels Schranke des § 478 VI 1 schon durch die allgemeine Einbeziehungsklausel auszuschließen²¹⁶⁵. Man könnte daher eine besondere Schutzwürdigkeit des AGB-Verwenders im Rahmen des eigentlich zu seinen Lasten wirkenden § 307 erwägen. Dabei ginge es nicht mehr um den eigentlichen „seitengleichen Regress“ zugunsten des Abnehmers. Denn dieser betrifft die Haftungsfreizeichnung des Lieferanten und sollte vermeiden, dass dem Letztverkäufer

²¹⁵⁷ Dazu H.III.4 und H.V.4.

²¹⁵⁸ Mankowski, DB 2002, 2419, 2420 f.; Graf von Westphalen, ZGS 2003, 8; derselbe, Allgemeine Verkaufsbedingungen nach neuem Recht, 131; skeptisch Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 7.

²¹⁵⁹ Mankowski, DB 2002, 2419, 2420.

²¹⁶⁰ Zum neuen Recht näher etwa Graf von Westphalen, Allgemeine Einkaufsbedingungen nach neuem Recht, 126-128.

²¹⁶¹ Rohe, 392 f., 394.

²¹⁶² Wagner/Neuenhahn, ZGS 2002, 395, 396.

²¹⁶³ MünchKomm/Basedow, Band 2 a, § 307 Rn. 74.

²¹⁶⁴ Dazu B.II.1.d.bb.

²¹⁶⁵ Matthes, NJW 2002, 2506, unter Verweis auf BGH, NJW-RR 2001, 484.

seine Rückgriffsmöglichkeiten bei einer zugleich weitgehend zwingenden Haftung aus einem Verbrauchsgüterkauf genommen werden.²¹⁶⁶ Darüber hinaus war eine Inhaltskontrolle zugunsten des AGB-Verwenders bisher auch unzulässig²¹⁶⁷.

Allerdings: Wenn der Letztverkäufer aufgrund eines Verbrauchsgüterkaufs haftet, er aber nach dem ursprünglichen Anwendungsbereich der §§ 478, 479 im Sinne von Art. 4 RL ungerechtfertigterweise keinen Rückgriff nehmen kann, könnte die Idee der auch vom deutschen Gesetzgeber anlässlich der §§ 478, 479 betont gewünschten Haftungsweiterleitung²¹⁶⁸ insoweit zumindest bei der nach § 307 vorzunehmenden Gesamtbetrachtung mehr Bedeutung erlangen. Da das Modell des „seitengleichen Regresses“ im Rahmen von AGB entwickelt wurde, hätten diese Grundsätze ferner nicht nur bei Individualvereinbarungen zu gelten.

Dieses vermeintliche Problem wird allerdings dadurch abgemildert bzw. vermieden, dass dem kleinen Letztverkäufer noch durch die kartellrechtliche Nicht-Diskriminierung gegenüber den marktmächtigen Letztverkäufer geholfen werden kann²¹⁶⁹.

Im übrigen ist dem Letztverkäufer zu raten, seinerseits Ausschlussklauseln vorzusehen, auch wenn dies wiederum die Fortführung der bekannten „battle of the forms“ bewirkt²¹⁷⁰. Vor allem aber kommt eine sogleich zu behandelnde strengere Beurteilung von Einbeziehungsklauseln bzw. Ausschlussklauseln des abwehrenden Lieferanten in Frage.

2. Ausstrahlungswirkungen der §§ 478, 479

Die Regelungsnähe der §§ 478, 479 führt zu einer Ausstrahlungswirkung im Rahmen des § 307²¹⁷¹. Dies betraf nach der bisherigen Untersuchung zunächst aber nur die inhaltliche Beurteilung von AGB zu Lasten des Lieferanten bei der Ausdehnung der §§ 478, 479. Eine Ausstrahlungswirkung ist jedoch auch in der Form vorstellbar, dass Einbeziehungsklauseln bzw. Ausschlussklauseln²¹⁷² des abwehrenden Lieferanten (hier: AGB-Verwender) iSd § 307 kritischer zu beurteilen wären. Nach den zur vertraglichen Ausdehnbarkeit entwickelten Kriterien könnte der die §§ 478, 479 vertraglich ausdehnende Letztverkäufer hier wiederum über § 307 geschützt werden müssen.

Dies führte aber dazu, dass der Lieferant, der sich auf seine Abwehrklauseln, zumindest jedoch auf das bei einer Kollision von verschiedenen AGB geltende dispositive Recht verlässt, unangemessen „überrascht“ wird. Die hier aufgeworfene Ausstrahlungswirkung der §§ 478, 479 auf die Zulässigkeit von Einbeziehungsklauseln bzw. Ausschlussklauseln des eigentlichen AGB-Adressaten und erst sekundären AGB-Verwenders ist somit zumindest bedenklich.

Bei einer Abwägung kann man sich auch hier des Grades der Regelungsnähe zu den §§ 478, 479 bedienen. Denkbar wäre es danach etwa, Einbeziehungsklauseln bzw. Ausschlussklauseln des Lieferanten dann für unwirksam zu erklären, wenn ein Regress

²¹⁶⁶ B.I.2.

²¹⁶⁷ BGH NJW 1987, 2576; 1998, 2280; Hk-BGB/Schulte-Nölke § 307 Rn. 9

²¹⁶⁸ BT-Drucksache 14/6040, 247.

²¹⁶⁹ Ausführlich Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 430, 431 und schon G.I.

²¹⁷⁰ Vgl. Mankowski, DB 2002, 2419, 2421.

²¹⁷¹ H.I.2; H.III.1.

²¹⁷² B.I.2.

entgegen allgemeinen Prinzipien der §§ 478, 479 für alle Rückgriffsfälle ohne die vertragliche Ausdehnung der §§ 478, 479 im wesentlichen nur zufällig scheiterte. Z.B. könnten diese Klauseln demzufolge in dem Fall unzulässig sein, in dem der Endproduktehersteller eine lediglich zweiwöchige Ablaufhemmung vorsieht, um in den Fällen mehrgliedriger und mit naturgemäß langen Zwischenlagerungen verbundenen Lieferketten ein regelmäßig drohendes und damit nicht kalkulierbares Scheitern seines Regresses zu verhindern. Zurückzugreifen wäre hier auf das in den §§ 478, 479 liegende allgemeine Verantwortungsprinzip und die Überlegung, dass eine solche (im Vergleich zu § 479 II) deutlich abgeschwächte Ablaufhemmung den Minimalschutz im Sinne der weiterentwickelten Idee vom „seitengleichen Regress“ ermöglichte.

Die hier skizzierte Ausstrahlungswirkung wird allerdings wegen der genannten berechtigten Interessen an Abwehrklauseln die Ausnahme bleiben müssen.

3. Ausstrahlungswirkungen des Art. 4 RL

Wie schon im Rahmen der §§ 478, 479 kommt auch eine Ausstrahlungswirkung des Art. 4 RL auf § 307 in Betracht, wenn es um Abwehrklauseln des eigentlichen AGB-Adressaten gegen eine vertragliche Ausdehnung der §§ 478, 479 geht. Prinzipiell kann auf die dort behandelten Grundsätze verwiesen werden.²¹⁷³

Bei Art. 4 RL gilt es aber, die entscheidende Besonderheit zu beachten, dass über eine Ausstrahlung auf § 307 eine Richtlinienwidrigkeit im Ergebnis verhindert werden kann²¹⁷⁴. Soweit es darum geht, ist § 307 richtlinienkonform auszulegen. Mangels entgegenstehendem Wortlaut dürfte dabei regelmäßig auch die vom EuGH²¹⁷⁵ nun besonders betonte Umsetzungstransparenz gewahrt werden können.

VII. Gesamtgefüge von § 478 IV und der vertraglichen Ausdehnbarkeit der §§ 478, 479

1. Eine Zusammenrechnung

Angesichts der mit § 478 IV bewirkten ökonomischen Zwingendstellung der §§ 478, 479 einerseits und deren vertraglichen Ausdehnbarkeit andererseits stellt sich die Frage, welches effektive Schutzniveau zugunsten des Regressgläubigers besteht. Dies ist im ökonomischen Ergebnis im wesentlichen über eine Zusammenrechnung der aus diesen beiden Schutzkomponenten folgenden Elementen abzuleiten.

Hier sind aber zwei unterschiedliche Blickwinkel einzunehmen. Denn zum einen geht es um den schon nach den §§ 478, 479 bestehenden Schutz des mit diesen erfassten Letztverkäufers. Zum anderen kann dieser Schutz durch deren vertragliche Ausdehnbarkeit überhaupt erst entstehen. Dies ist etwa der Fall, wenn es um einen Letztverkäufer gebrauchter Sachen geht, zu dessen Gunsten die §§ 478, 479 schon im Ansatz nicht greifen.

Im erstgenannten Fall bieten die §§ 478, 479 grundsätzlich einen hinreichenden Schutz. Eine vertragliche Ausdehnung ist nach den aufgezeigten Grundsätzen möglich, jeweils aber prinzipiell an einen zusätzlichen sachlichen Grund gebunden.²¹⁷⁶

²¹⁷³ B.I.2.

²¹⁷⁴ H.I.1; H.II in Verbindung mit G.II.2.b.

²¹⁷⁵ EuGH, 10.5.2001, Rs. C-144/99 – Kommission/Niederlande, NJW 2001, 2244, 2245 Rn. 21; näher dazu grundsätzlich auch Pfeiffer, ZGS 2002, 23, 26 f. sowie C.IV.3.c.

²¹⁷⁶ H.I.

Im zweiten Fall, konkret bei den genannten gebrauchten Sachen, führt die vertragliche Ausdehnbarkeit erst zu einem mit den §§ 478, 479 vergleichbaren Schutzniveau, so dass eine „Zusammenrechnung“ von § 478 IV und vertraglicher Ausdehnbarkeit nicht erfolgt bzw. nur letztere ergibt.

Gerade hier und speziell im Fall der Richtlinienwidrigkeit muss eine vertragliche Ausdehnung der §§ 478, 479 gegebenenfalls gefördert werden. Dabei kann auch der Gesichtspunkt eine Rolle spielen, ein legislatives Manko durch ein judikatives Mehr auszugleichen und dadurch unter Umständen auch einen gemeinschaftsrechtlichen Schadensersatzanspruch zu vermeiden²¹⁷⁷.

2. Verbleibender Handlungsbedarf für den Gesetzgeber

§ 478 IV und die Möglichkeit einer vertraglichen Ausdehnung der §§ 478, 479 können zu einem hohen Schutzniveau für Regressgläubiger führen.

Man könnte über vertragliche Ausdehnungen im wirtschaftlichen Ergebnis zumindest auch alle Richtlinienwidrigkeiten vermeiden. Insoweit fragt sich, ob den deutschen Gesetzgeber überhaupt noch eine Nachbesserungsobliegenheit bzw. -pflicht bei den §§ 478, 479 trifft. Dies ist zu bejahen. Das (wenn auch dispositive) Recht muss den Vertragsparteien „bei praktisch häufigen und tatbestandlich typisierbaren Problemen“ eine sinnvolle Lösung bieten, ohne diese auf eine eigene Lösung zu verweisen²¹⁷⁸. Dabei geht es nicht nur um eine (unter Unternehmern nur bedingt zu rechtfertigende) Fürsorgepflicht, sondern um Fragen der dem Gesetzgeber auferlegten, aber auch monopolisierten Regelungsmacht und damit –effizienz. Insoweit ist er „cheapest cost avoider“²¹⁷⁹ in einem weiteren Sinn. Deshalb darf sich der Gesetzgeber zur (gegebenenfalls nur wirtschaftlich möglichen) Vermeidung von Richtlinienwidrigkeiten nicht auf vertragliche Vereinbarungen verlassen. Gleiches gilt in bezug auf die Judikative. Dazu reicht es zu bedenken, dass dieser unter Umständen schon die Möglichkeiten zur Berichtigung von Richtlinienwidrigkeiten fehlen (Stichwort: Umsetzungstransparenz bei der richtlinienkonformen Auslegung). Im übrigen ist der Gesetzgeber eigentlicher Handlungsadressat. Es ist auch wenig vorbildlich, eine bedenkliche Rechtslage aufrechtzuerhalten, nur weil vielleicht keine gemeinschaftsrechtlichen Schadensersatzansprüche drohen.

²¹⁷⁷ C.IV.3.d.

²¹⁷⁸ Vgl. Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 13.

²¹⁷⁹ B.II.1.d.aa.

J. Rüge- und Untersuchungsobliegenheiten gemäß § 377 HGB iVm § 478 VI

I. Absatzweg und Beibehaltung der bisherigen Grundsätze

Der Letztverkäuferrückgriff kann nicht nur wegen der „typischen Regressfallen“ oder bei Kenntnis des Letztverkäufers vom Mangel nach § 442 ausgeschlossen sein. Er scheitert gegebenenfalls auch an den Rüge- und Untersuchungsobliegenheiten des § 377 HGB, die § 478 VI unberührt lässt²¹⁸⁰. Danach muss der Letztverkäufer die auf dem Absatzweg erhaltene Kaufsache im wesentlichen rechtzeitig untersuchen und einen entdeckten oder erkennbaren Mangel rügen. Anderenfalls verliert er seine Regressmöglichkeiten²¹⁸¹. Sinn und Zweck der Obliegenheiten des § 377 HGB ist es, einen schnellen, leichten und transparenten Handelsverkehr zu ermöglichen und die involvierten Haftungsrisiken angemessen zwischen dem Käufer und dem Verkäufer zu verteilen²¹⁸².

1. Grundvoraussetzungen des § 377 HGB

a) Der Kaufmann gemäß §§ 1 ff., 377 HGB und der Unternehmer im Sinne der §§ 14, 478 I

§ 377 HGB findet nur auf beiderseitige Handelsgeschäfte Anwendung. Dazu müssen sowohl der Lieferant als auch der Letztverkäufer Kaufleute iSd §§ 1 ff. HGB sein und ein beiderseitiges Handelsgeschäft iSd §§ 343, 344 HGB vornehmen. Auch wenn dies im Rahmen der Lieferkette zumeist der Fall sein wird²¹⁸³, unterscheidet sich der Letztverkäuferregress des Kaufmanns damit von dem des davon zu separierenden Unternehmers gemäß § 14.²¹⁸⁴

Angesichts des § 478 IV 1 ist zweifelhaft, ob und gegebenenfalls inwieweit § 377 HGB vertraglich auf nichtkaufmännische Unternehmer ausgedehnt werden kann²¹⁸⁵. Bevor man zu diesem Problem gelangt, stellt sich jedoch die allgemeinere Frage, ob § 377 HGB nicht möglicherweise auf alle unternehmerischen Letztverkäufer auszudehnen ist.

Man könnte der Ansicht sein, dass der gegenüber dem Kaufmannsbegriff des HGB grundsätzlich neuere und auf EG-Recht beruhende Unternehmerbegriff des § 14 eine Gleichbehandlung rechtfertigt. Diese Überlegung könnte zusätzlich darauf gestützt werden, dass der Kaufmannsbegriff des HGB dem des § 14 angenähert wurde, indem in ähnlicher Weise auf die gewerbliche bzw. selbständige Tätigkeit abgestellt wurde.²¹⁸⁶

Dem ist jedoch zunächst der Wortlaut des § 377 HGB iVm § 478 VI entgegenzuhalten. Danach ist der nichtkaufmännische Unternehmer nämlich nicht erfasst. Zudem hat der Gesetzgeber durch den systematischen Verweis des § 478 VI auf das HGB eine

²¹⁸⁰ Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 487; anderenfalls hätte möglicherweise eine Umgehung des § 377 HGB dadurch gedroht, dass sich der Letztverkäufer auf einen solchen, nicht den Schranken des § 377 HGB unterliegenden Regress berufen könnte; Welser/Jud, 14. ÖJT, 161.

²¹⁸¹ BT-Drucksache 14/6040, 249; Frankfurter Handbuch/Winkelmann, E.I. Rn. 253.

²¹⁸² Röhrich/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 3 f.

²¹⁸³ Weber, 149; zu diesen Voraussetzungen Röhrich/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 5-9.

²¹⁸⁴ Matthes, NJW 2002, 2505, 2508 Fn. 18.

²¹⁸⁵ Bejahend Matthes, NJW 2002, 2505, 2509 und dort in Fn. 23 auch mit Bezugnahme auf Hoeren, ZGS 2002, 68, 71 f.; ferner Palandt/Putzo, § 478 Rn. 17; vgl. auch G.II.1.b.aa.

²¹⁸⁶ Matthes, NJW 2002, 2505, 2509 und dort in Fn. 23 auch mit Bezugnahme auf Hoeren, ZGS 2002, 68, 71 f.; ferner Palandt/Putzo, § 478 Rn. 17.

Trennung von Handels- und allgemeinem Kaufrecht beibehalten. Hätte er etwas anderes gewollt, hätte er dort die Übernahme des § 377 HGB für den Verkäuferregress nach den §§ 478, 479 vorsehen oder die §§ 478, 479 ins HGB integrieren müssen. Diese Überlegungen erlangen zusätzliche Bedeutung dadurch, dass man aufgrund der längeren Diskussion um die Rügeobliegenheiten sonst auch eine deutliche Klarstellung dieser Ausnahme hätte erwarten dürfen.

Es verbleiben außerdem erhebliche sachliche Unterschiede zwischen einem Unternehmer und einem Kaufmann. Während der Kaufmannsbegriff nach den §§ 1 ff. HGB entweder den Betrieb eines Handelsgewerbes, also eine gewisse Betriebsart und einen gewissen Betriebsumfang oder eine Eintragung bzw. einen entsprechenden Rechtsschein verlangt, gilt dies nicht nach § 14.

b) Die weiteren Ausschlussvorgaben nach § 377 HGB im Vergleich zu den korrespondierenden Entstehungsvoraussetzungen der §§ 478, 479 iVm den §§ 434 ff.

Damit die Rüge- und Untersuchungsobliegenheiten des § 377 HGB greifen können, müssen zunächst dessen Voraussetzungen erfüllt sein.

Dabei ist von Interesse, dass § 377 HGB für den Ausschluss der Gewährleistungsrechte nicht die gleichen Anknüpfungsmomente wählt, wie die §§ 434 ff. iVm den §§ 478, 479 für deren Entstehung.

Zunächst gilt § 377 HGB aber wie die §§ 478, 479²¹⁸⁷ nicht nur für den Kauf, sondern auch für den Tausch und nach § 381 II HGB ferner für den Vertrag iSd § 651²¹⁸⁸. § 377 I HGB verlangt indes einen Sachmangel der Ware iSd § 434²¹⁸⁹ und lässt das Vorliegen eines Rechtsmangels²¹⁹⁰ im Gegensatz zu § 435 nicht genügen.

Durch den erweiterten Mängelbegriff des § 434 III wurde § 378 aF HGB und damit die nach § 378 Hs. 2 aF HGB vorzunehmende schwierige Abgrenzung zwischen einem genehmigungsfähigen und nicht genehmigungsfähigen Aliud für die Anwendbarkeit der Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten obsolet²¹⁹¹. § 434 III stellt nämlich insgesamt die Aliud- bzw. Falschlieferung sowie die Zuweniglieferung dem Sachmangel gleich, so dass beide Fälle schon von § 377 HGB erfasst sind²¹⁹². Allerdings ist zu beachten, dass § 434 III nur die Mankolieferung betrifft, während der bisherige § 378 HGB auch für die Zuviellieferung galt²¹⁹³. Dieses Ergebnis kann jedoch wie bisher dadurch überwunden werden, dass man in bezug auf die Zuviellieferung ein konkludentes Angebot samt

²¹⁸⁷ C.IV.1.c.

²¹⁸⁸ Röhricht/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 5 f.

²¹⁸⁹ Röhricht/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 10 f.

²¹⁹⁰ Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 2. Dahinter steht die Überlegung, dass dieser auch durch eine sehr genaue Untersuchung der Sache regelmäßig nicht erkannt werden kann; zu dieser allgemeinen Erwägung Bydlinki, in: Schulte/Schulze-Nölke (Hrsg.), 381, 396.

²¹⁹¹ BT-Drucksache 14/6040, 281; Steck, NJW 2002, 3201, 3202; kritisch Ehmann/Sutschet, 235.

²¹⁹² Ein wesentlicher Grund für die Gleichstellung mit dem Sachmangel war neben Art. 2 I RL der Wegfall der kurzen Verjährungsfrist des bisherigen § 477; BT-Drucksache 14/6040, 211, 216. Nach Ehmann/Sutschet, 235 f., muss der Inhalt des bisherigen § 378 HGB aber insoweit in § 434 III inkorporiert werden, als es um die „Fälle erheblicher Abweichungen (statt des gekauften Pkw wird ein Spielzeugauto geliefert)“ geht.

²¹⁹³ Dazu C.IV.5.a.aa.bbb sowie BR-Drucksache 338/01 (Beschluss), 86 und die Bestätigung durch die Bundesregierung; BT-Drucksache 14/6857, 72; näher auch Röhricht/Graf von Westphalen(-Wagner), § 378 HGB Rn. 11.

Verzicht auf den Annahmezugang bejaht. Dem steht mangels Verbraucherbeteiligung auch nicht § 241 a entgegen.²¹⁹⁴

§ 377 I HGB verlangt ferner die Ablieferung²¹⁹⁵ der Sache beim Letztverkäufer²¹⁹⁶. Die Sache ist dazu am rechten Ort und zur rechten Zeit abzuliefern²¹⁹⁷.

Von § 377 HGB sind sowohl Mängel bei als auch nach Gefahrübergang erfasst. Letztere können zum Beispiel auf dem Transport entstanden sein und Ansprüche aus § 280 I begründen.²¹⁹⁸ Bei den §§ 478, 479 iVm den §§ 434 ff. wird nicht auf die Ablieferung, sondern auf den Gefahrübergang (§ 434 I 1) abgestellt. Dieser kann nicht nur in der Ablieferung, sondern auch im Annahmeverzug (§ 446 S. 3) oder in der Auslieferung durch den Lieferanten an eine zur Versendung bestimmte Person beim Versendungskauf liegen (§ 447). Auch insoweit bestehen Anknüpfungsunterschiede zwischen den §§ 478, 479 iVm den §§ 434, 435 und § 377 HGB.

Die für die Gewährleistungshaftung des Lieferanten maßgeblichen Mängelbegriffe der §§ 434, 435 und das Mangelerfordernis des zum Regressausschluss führenden § 377 HGB sind in der Gesamtheit also nicht deckungsgleich.

Der Lieferant darf nach § 377 V HGB in bezug auf den Mangel nicht arglistig gewesen sein, diesen also nicht arglistig verschwiegen²¹⁹⁹ oder dessen Abwesenheit vorgetäuscht oder zugesichert haben²²⁰⁰.

Die §§ 478, 479 iVm den §§ 434 ff., 442 I 2 stellen insoweit auf die Arglist des Lieferanten ab, als diese erforderlich ist, um dem Letztverkäufer seine

²¹⁹⁴ Steck, NJW 2002, 3201, 3202.

²¹⁹⁵ Die Ablieferung ist eine tatsächliche Handlung des Lieferanten oder einer Geheißperson in Erfüllung des Kaufvertrages derart, dass der Letztverkäufer die Ware entgegennehmen und prüfen kann. Dazu muss die Sache gänzlich in den Machtbereich des Letztverkäufers überführt werden, es sei denn, es besteht eine ausreichend deutliche Parteivereinbarung, die den äußeren gegenteiligen Anschein zerstört; näher BGHZ 93, 345 ff.; Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 20. Bei berechtigter oder unberechtigter Annahmeverweigerung liegt also keine Ablieferung vor. Gleiches gilt für Übersurrogate nach den §§ 930, 931 oder für das bloße Abstellen auf den Gefahrübergang.

Die Leistung hat im wesentlichen vollständig zu sein, wenn nicht nach der Vertragsabrede ausnahmsweise Teillieferungen ausreichen. Bei einem Vertrag iSd § 651 etwa muss das Werk vollendet und bei geschuldeten Leistungshandlungen des Lieferanten (wie der Endmontage vor Ort) müssen diese erfüllt worden sein; Röhrich/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 14-21.

²¹⁹⁶ Dies gilt selbst dann, wenn der Letztverkäufer den Mangel schon vorher kannte; Röhrich/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 12.

²¹⁹⁷ Bei dem den Letztverkäufer „überspringenden“ Streckengeschäft erfolgt die Ablieferung mit der Entgegennahme der Sache durch den Verbraucher am Bestimmungsort, wenn der Letztverkäufer nicht schon die Verfügungsgewalt zur Untersuchung der Ware hatte. Entsprechendes gilt für den Versendungskauf; Röhrich/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 14-21.

²¹⁹⁸ Röhrich/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 11.

²¹⁹⁹ Insofern muss aber auch eine Aufklärungs- bzw. Offenbarungspflicht bestehen, die sich wiederum nach Treu und Glauben beurteilt; Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 10 sowie § 347 HGB Rn. 23-33.

²²⁰⁰ Arglistig ist, wer den Mangel kennt bzw. mit diesem rechnet. Der Lieferant muss dazu auch wissen, dass der Letztverkäufer den Mangel nicht kennt und ihn anderenfalls nicht als Vertragserfüllung angenommen hätte. Dies könnte allerdings wegen des neuen § 433 I 2 deshalb fraglich sein, weil die Erfüllung nun, anders als früher, die sachmangelfreie Lieferung der Kaufsache voraussetzt. Zudem hat eine Übervorteilung des Letztverkäufers oder die Erwartung vorzuliegen, dass dieser eine Rüge versäumt; Röhrich/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 22-24. Weiß der Letztverkäufer vom Mangel, und nimmt er die Sache trotzdem ohne Vorbehalte an, ist eine Arglist des Lieferanten demzufolge unschädlich. Hinsichtlich des Verhaltens eines Erfüllungsgehilfen findet § 278 Anwendung; Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 9, 12.

Gewährleistungsrechte auch dann zu bewahren, wenn ihm der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist.

2. Anforderungen des § 377 HGB an die Mängelrüge und an die Untersuchung

a) Allgemeine Prinzipien

Je nach Art des Mangels oder auch des Weiterverkaufs stellt § 377 HGB unterschiedliche Anforderungen an eine Rüge des Mangels bzw. an eine Untersuchung der Sache. Die Grundregel ist § 377 I HGB, wonach der Letztverkäufer nach Ablieferung der Ware die Obliegenheit hat, etwaige Mängel unverzüglich zu rügen bzw. sie auf solche zu untersuchen (Eingangskontrolle) und sie gegebenenfalls ebenso unverzüglich anzuzeigen²²⁰¹. Auch eine Rüge des aus anderen Gründen bekannt gewordenen Mangels ist denkbar²²⁰². Soweit den Letztverkäufer eine Untersuchungsobliegenheit trifft, ist dafür gemäß § 377 I HGB der ordnungsgemäße Geschäftsgang nach objektiven Kriterien anhand des Einzelfalls entscheidend. Diesbezüglicher Maßstab ist die Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns iSd § 347 HGB, wofür nach § 346 HGB wiederum Handelsbräuche, Art und Menge der Ware, anfallende Kosten, der Zeitaufwand für die Untersuchung und die potentielle Schadenshöhe wegweisend sind.²²⁰³ Bei Großlieferungen können repräsentative Stichproben ausreichen, wobei gegebenenfalls die Demontage und der Verlust des Untersuchungsgegenstandes hingenommen werden muss²²⁰⁴.

Die Untersuchung beeinflusst die Unverzüglichkeit der Rüge lediglich insoweit, als die für die Untersuchung benötigte Zeit angerechnet wird²²⁰⁵. Entsprechend unterscheidet § 377 II HGB hinsichtlich der Rügefrist zwischen Mängeln, die ohne weiteres offen erkennbar sind, solchen, bei denen dies erst nach einer Untersuchung der Fall ist und „verborgenen Mängeln“, die auch dann grundsätzlich nicht zu entdecken sind.

Offen zutage tretende Mängel“ müssen „alsbald nach der Ablieferung“ ohne verbleibende Untersuchungsfrist für zusätzliche Mängel nach den Umständen des Einzelfalls gerügt werden. Bei verderblichen Waren kann eine fernmündliche Rüge notwendig sein.

Für die Mängel, die nur durch eine Untersuchung zu entdecken sind, wird zusätzlich eine Untersuchungsfrist gewährt, die sich nach der Maßgabe des § 347 HGB an der Erforderlichkeit und Unvermeidbarkeit einer solchen Frist orientiert, sich aber nicht auf eine Ursachenforschung erstreckt.

Beim „verborgenen Mangel“ schließlich, der z.B. dann vorliegt, wenn die Kaufsache zur Massenherstellung verwendet wird und sich der Mangel erst dort zeigt, wird nach § 377 III HGB auf die Erkennbarkeit des Mangels und dafür dann auf die Prinzipien zur

²²⁰¹ Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 23 f., 26. Es darf also nicht auf ein selbständiges Zutage-Treten des Mangels gewartet werden; Röhricht/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 32.

²²⁰² Näher hierzu und zu dem Recht zur Untersuchung auch schon vor Zahlung: Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 19.

²²⁰³ Zwar ist nicht nach der Ursache des Mangels zu forschen, wohl aber und unter Umständen auch von Sachverständigen, nach seltenen und schwer erkennbaren Mängeln. Auch Schäden am Verpackungsmaterial können eine Untersuchung verlangen; Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 24 f.; Röhricht/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 34-37.

²²⁰⁴ Röhricht/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 37.

²²⁰⁵ Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 19.

Unverzüglichkeit abgestellt.²²⁰⁶

Ein nach den dargelegten Grundsätzen erkannter Mangel muss gemäß § 377 I, IV HGB rechtzeitig, d.h. „unverzüglich“ iSd § 121 I 1, gerügt werden²²⁰⁷. Nach dem Sorgfaltsmaßstab des § 347 I HGB ist die „Unverzüglichkeit“ schon dann verletzt, wenn eine geringe Nachlässigkeit nach dem objektiv ordnungsgemäßen Geschäftsgang und nach der den Käufer treffenden Organisationspflicht beim konkreten Geschäft im Einzelfall vermeidbar war²²⁰⁸. Die Wahrung der Unverzüglichkeit erfordert nach § 377 IV HGB eine rechtzeitige und ordnungsgemäße Absendung der Mängelanzeige auf geschäftsübliche Weise²²⁰⁹.

Die Mängelrüge selbst ist eine geschäftsähnliche Mitteilung, die aber jedenfalls empfangsbedürftig ist. Grundsätzlich bedarf die Mängelanzeige zwar keiner Form, zur Wahrung der Unverzüglichkeit jedoch unter Umständen einer schnellen mündlichen und bei deren Misslingen einer schriftlichen Rüge. Art und Umfang des Mangels müssen durch die Mängelanzeige derart deutlich werden, dass der Lieferant die Ablehnung der Ware durch den Letztverkäufer und die gerügten Mängel erkennen und überprüfen kann. Die Einzelheiten richten sich nach dem konkreten Rückgriffsfall, etwa nach der Ausführlichkeit der Beschreibungen im Kaufvertrag.²²¹⁰

²²⁰⁶ In Zweifelsfällen kann den Letztverkäufer jedoch auch eine vorgeschaltete Untersuchungsobliegenheit treffen; Röhricht/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 32 f., 38-42; vgl. zu letzterem auch Schurr, ZfRV 1999, 222, 228. Ein Probebetrieb ist gemäß § 377 HGB nicht erforderlich. Gerade bei technisch komplizierten und originalverpackten Produkten ist regelmäßig nur eine „Sichtkontrolle“ geschuldet. Auch wenn der Mangel deshalb oftmals nicht zu erkennen sein wird (Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 487; Jud, ZfRV 2001, 201, 218), folgt das schon daraus, dass typischerweise nur auf diese Weise eine unbeeinträchtigte Weiterveräußerung an den Verbraucher möglich ist; Bydlinski, 14. ÖJT Bd. II/2, 45. Auch dann können aber zumindest Stichproben erforderlich sein; Röhricht/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 37; vgl. auch J.I.2.b

²²⁰⁷ Dies wird sehr eng ausgelegt und ist nur dann zu bejahen, wenn kein schuldhaftes Zögern vorliegt; RGZ 106, 360; BGHZ 93, 348; 132, 179.

²²⁰⁸ Röhricht/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 34. Bei dieser Prüfung müssen allerdings die Interessen des Lieferanten und des Letztverkäufers sachgerecht gegeneinander abwogen werden müssen. Es kann dabei von einem Groß- mehr als von einem Kleinunternehmer erwartet werden; Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 23 f., 26. Andererseits kann dem kleineren Letztverkäufer unter Umständen zuzumuten sein, jede Kaufsache zu untersuchen, während der Großhändler bei umfangreichen Lieferungen nur Stichproben zu nehmen hat; Beurskens, Rn. 407.

²²⁰⁹ Diese Frist umfasst jedoch nicht den Empfang der Anzeige. Besonderheiten gelten bei Unerreichbarkeit des Lieferanten oder dessen Empfangsvertreters; Röhricht/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 43-45.

Beim Streckengeschäft verlängert sich die Frist um die Zeit, die für die Mitteilung des Verbrauchers an den Letztverkäufer notwendig ist. Bei Direktträgen des Verbrauchers trägt das Zeitrisko aber der Letztverkäufer; Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 26, unter anderem mit Verweis auf die Gegenansicht von Canaris, AcP 90 (90), 428.

In beiden Fällen ist dieser für die Rechtzeitigkeit der Mängelanzeige verantwortlich; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 727 m.w.N. Dazu auch Röhricht/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 43-45. Denn durch die Geltendmachung der Vertragswidrigkeit durch den Verbraucher „zeigt“ sich für den Letztverkäufer der Mangel iSd § 377 III HGB; Matthes, NJW 2002, 2505, 2508.

Allerdings ist der Verbraucher hinsichtlich der Rügeobliegenheit grundsätzlich nicht als Erfüllungsgehilfe des Letztverkäufers anzusehen; Oechsler, C § 2 Rn. 331.

²²¹⁰ Adressat der Rügeobliegenheit ist gemäß § 377 I HGB auch dann der Letztverkäufer, wenn er die Untersuchung dem Verbraucher überlassen hat. In diesem Fall muss er den Verbraucher veranlassen,

b) § 377 HGB und die Auswirkung der Beweislastumkehr des § 478 III iVm § 476

Wie erwähnt, müssen „offen zutage tretende Mängel“ ohne verbleibende Untersuchungsfrist für zusätzliche Mängel „alsbald nach der Ablieferung“ gemäß den Umständen des Einzelfalls gerügt werden. Bisher sollten dadurch auch Unklarheiten bezüglich des Vorliegens eines Mangels bei Gefahrübergang vermieden werden, etwa bei verderblichen Waren.²²¹¹ Die Beweislastumkehr des § 478 III iVm § 476 wird hier zugunsten des Letztverkäufers nun einige Erleichterung bieten²²¹². Dies wirft indes zugleich die Frage auf, ob die Unverzüglichkeitsvorgabe des § 377 HGB dadurch nicht an Bedeutung verloren hat oder verlieren sollte. Festzuhalten bleibt zunächst, dass die Beweislastumkehr nach § 478 III iVm § 476 Hs. 2 dann keine Anwendung findet, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. In dem genannten Beispiel der verderblichen Waren greift sie daher regelmäßig nicht. Insoweit ändert sich an der bisherigen Rechtslage grundsätzlich nichts. Dies wird in den meisten, in diesem Zusammenhang verbleibenden Zweifelsfällen ebenfalls gelten. Für § 377 HGB kann § 478 III iVm § 476 insofern also keine wesentliche Änderung bedeuten.

c) Die Bedeutung der Zweimonatsfrist des § 479 II 1

Die Zweimonatsfrist des § 479 II 1 könnte Einfluss auf die Fristen für die Mängelrüge und –untersuchung haben. Immerhin hat der Gesetzgeber mit der Ablaufhemmung des § 479 II zu erkennen gegeben, dass er dem Letztverkäufer zumindest zeitliche Risiken aus der Lagerhaltung nehmen und ihm selbst nach Erfüllung der Verbraucherrechte (also auch bei vorheriger Konsultationsmöglichkeit mit dem Lieferanten über die Gewährleistungshaftung) noch eine Zweimonatsfrist für die Regressanmeldung geben möchte.

Man könnte daher und angesichts des Art. 4 RL erwägen, die Zweimonatsfrist als Richtungsmaßstab für die Unverzüglichkeitsfrist beim Verkäuferregress aufzufassen. § 377 HGB wäre danach entsprechend auszulegen. Dies begegnet allerdings Bedenken. Neben dem Wortlaut des § 377 HGB („unverzüglich“) und dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, § 377 HGB nach eingängiger Überlegung beim Verkäuferrückgriff letztlich ebenfalls unverändert aufrechtzuerhalten²²¹³, spricht dagegen auch die Starrheit einer Zweimonatsfrist. Bei § 377 HGB kommt es für die Mängelrüge und –untersuchung sowie die Frist dafür nämlich jeweils auf die Umstände des Einzelfalls an. Es wäre daher systemwidrig, auf dem Umweg einer allgemeineren Schutzerwägung diese Prinzipien im Ergebnis durch eine absolute Zweimonatsfrist wieder auszuschalten.

Es erscheint angemessener, konsequent an § 377 HGB anzuknüpfen und sich am Einzelfall zu orientieren: Dort ist dann gegebenenfalls eine bisher (vor Einführung der §§ 478, 479) vom Letztverkäufer vorzunehmende Maßnahme als nicht „tunlich“ anzusehen²²¹⁴.

die Mängelrüge an ihn oder direkt an den Lieferanten weiterzuleiten; Röhrich/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 28-31; Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 25-28.

²²¹¹ Röhrich/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn.39.

²²¹² Näher E.

²²¹³ BR-Drucksache 338/01 (Beschluss), 85, 86; BT-Drucksache 14/6857, 41, 72, zu Nr. 149; BT-Drucksache 14/7052, 199 sowie J.II.2.

²²¹⁴ J.II.2.

3. Rechtsfolgen des § 377 HGB

a) Die umfassende Genehmigungsfiktion des § 377 HGB aus der Sicht der §§ 478, 479

Nach der gesetzlichen Fiktion des § 377 II bzw. III Hs. 2 HGB gilt der Mangel als genehmigt und die Sache damit als vertragsgemäß, wenn der Letztverkäufer seiner Rüge- bzw. Untersuchungsobliegenheit nicht ordnungsgemäß nachkommt²²¹⁵. Durch die Genehmigungsfiktion gehen alle auf Vertrag beruhenden Rechte wegen des konkreten Sachmangels verloren²²¹⁶. Insbesondere verliert der Letztverkäufer grundsätzlich auch seine Regressmöglichkeiten nach den §§ 478, 479²²¹⁷. Ausgenommen ist, wie erwähnt, allerdings auch dann etwa der Rechtsmangel.

Auch ansonsten könnte man zwar Zweifel daran haben, ob die §§ 478, 479 auf dem Vertrag mit dem Lieferanten „beruhen“ oder vielmehr auf dem sich anschließenden und im Zeitpunkt des Letztverkäufer-/Lieferantengeschäfts oft noch ungewissen Verbraucherkauf. Ferner entsteht der Anspruch aus § 478 II z.B. erst mit den erbrachten Aufwendungen und könnte auch insoweit nicht auf dem Kaufvertrag mit dem Lieferanten „beruhen“.

Bedenken ergeben sich zudem daraus, dass durch § 478 II ein ganz neuer Anspruch eingeführt wurde und insbesondere die Verjährungsgleichschaltung mit dem Verbrauchsgüterkauf samt Ablaufhemmung dem Letztverkäufer zumindest „besondere auf Vertrag beruhende Rechte“ schaffen sollte.

Der grundsätzliche Verlust aller Regressmöglichkeiten nach den §§ 478, 479 ergibt sich jedoch jedenfalls aus der Entstehungsgeschichte der §§ 478, 479. Gesetzliche Erleichterungen von den Rüge- und Untersuchungsobliegenheiten zugunsten des Verkäuferrückgriffs wurden vom Gesetzgeber nach längerer Diskussion schließlich ausdrücklich abgelehnt – sie sollen diesen umgekehrt vielmehr umfassen.

§ 377 HGB kann jetzt sogar so verstanden werden, dass es insbesondere ihm obliegt, die Rechte aus den §§ 478, 479 „auf ein vernünftiges Maß zu begrenzen“.²²¹⁸

Aus Sicht des Lieferanten bietet sich hier zur Sicherheit dennoch eine entsprechende Abrede an²²¹⁹.

Im Rahmen der §§ 478, 479 ist daran zu denken, Art. 4 RL gegebenenfalls dadurch zu würdigen, dass dem Letztverkäufer bei einem Verschulden des Lieferanten nicht ohne weiteres wegen einer „bloßen“ Obliegenheitsverletzung sogleich alle Rückgriffsrechte zu

²²¹⁵ Die Behandlung der unvollständigen Rüge ist umstritten. Ist aber bei verschiedenen Mängeln nur einer erkennbar, gilt nur dieser als genehmigt; Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 3, 15.

²²¹⁶ Dies betrifft nicht nur die Gewährleistungsrechte der §§ 437 ff., 323 ff., sondern zudem die auf ihm basierenden kongruenten Ansprüche aus den §§ 280, 311 II, Vertragsstrafe sowie entsprechenden Gestaltungsrechten; vgl. Röhrich/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 46-49; Graf von Westphalen, Vertragsrecht, Einkaufsbedingungen, Rn. 25; näher auch KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 37.

²²¹⁷ Frankfurter Handbuch/Winkelmann, E.I. Rn. 253; Ehmann/Sutschet, 235 und dort speziell auch Fn. 21.

²²¹⁸ KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 38.

²²¹⁹ Matthes, NJW 2002, 2505, 2508 f.; näher zur Gestaltungsfreiheit J.III. Insoweit überzeugt die Kritik von Welsch/Jud, 14. ÖJT, 161, an einem eigenen Regresstatbestand daher nicht, die offenbar davon ausgehen, dass dafür § 377 HGB dann nicht zu gelten hätte.

nehmen sein könnten²²²⁰. Dies kann durch eine großzügigere Handhabung der „Unverzüglichkeitsfrist“ oder durch einen nur teilweisen Ausschluss des Rückgriffs mittels des Rechtsgedankens des § 254 erreicht werden²²²¹. Sonstige, soeben nicht genannte Rechte bleiben von § 377 HGB unberührt²²²².

Einen sogleich zu behandelnden Sonderfall bilden Ansprüche aus unerlaubter Handlung gemäß §§ 823 ff.²²²³.

b) Die Wertung des § 438 I Nr. 3 im Zusammenhang mit der Frage um die Anwendbarkeit des § 377 HGB iVm § 478 VI auf die §§ 823 ff.

Im Rahmen der bisherigen §§ 377, 378 HGB war umstritten, ob und inwieweit diese auch für Ansprüche aus unerlaubter Handlung gemäß §§ 823 ff. galten. Daran hat sich durch die bloße Abschaffung des bisherigen § 378 HGB allein noch nichts geändert. Gemäß einer Ansicht soll § 377 HGB demgemäß für diejenigen deliktisch verursachten Schäden gelten, die gerade auf dem nicht gerügten Mangel beruhen. Konkret wird hier eine Lösung mit Hilfe der Grundsätze zu den so genannten Weiterfresserschäden vorgeschlagen.²²²⁴ Erwägenswert ist möglicherweise sogar eine allgemeine Erfassung der deliktischen Haftung, weil dadurch die Abgrenzungsprobleme bei den erwähnten Weiterfresserschäden vermieden werden könnten²²²⁵.

Der BGH wandte § 377 HGB bisher jedoch nicht auf deliktische Ansprüche an²²²⁶. Da diese auch jetzt nicht besonders von § 377 HGB erfasst sind, spricht vieles dafür, dieser Auffassung zu folgen²²²⁷. Denn die vertragliche Haftung für eine mangelfreie Sache (Äquivalenzinteresse) unterscheidet sich grundsätzlich von der außervertraglichen, deliktischen Verantwortung (Integritätsinteresse). Zudem darf der Letztverkäufer nicht gerade wegen seiner Vertragsbeziehung zum Lieferanten (für die § 377 HGB dann grundsätzlich griffe) schlechter gestellt sein als ein „zufällig“ geschädigter Dritter, für den § 377 HGB nicht gilt.²²²⁸

Dieser Streit könnte durch die Wertung des § 438 I Nr. 3 eine neue Qualität erlangt haben. Der Gesetzgeber hatte dort den Wunsch, eine einheitliche Verjährung für die aus

²²²⁰ KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 38. Dazu näher unter J.II.2.

²²²¹ Vgl. allgemein Müller, ZIP 2002, 1178, 1185, 1186, der allerdings skeptisch bleibt.

²²²² So sind nichtmangelbezogene Ansprüche nach § 241 II wegen der Verletzung einer Schutzpflicht ebenso wenig ausgeschlossen wie solche nach § 311 II wegen Verschulden bei Vertragsschluss. Hiervon können etwa Aufklärungs- und Beratungspflichten betroffen sein; Röhrich/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 2, 48; Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 32.

²²²³ J.I.3.b.

²²²⁴ So sollen der Weiterverkauf einer Sache an einen Zweitkäufer und die eigene Weiterverarbeitung einen „wirtschaftlich vergleichbaren Vorgang“ darstellen und daher nicht ungerechtfertigt verschieden behandelt werden. Nach dem BGH stünden dem Erstkäufer bei Weiterverkauf und unterlassener Rüge indes keine Ansprüche zu, wohl aber bei den durch die Weiterverarbeitung entstandenen Schäden an anderen Sachen. Eine Korrektur über § 254 soll diese Ungleichbehandlung nach der genannten Auffassung nicht ausgleichen können, weil im Gegensatz zum gemäß § 377 HGB völligen Ausschluss der Ansprüche beim Weiterverkauf, bei der Weiterverarbeitung oftmals nur ein Mitverschulden vorliegt; vgl. Röhrich/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 50-52.

²²²⁵ Kritisch Brüggemeier, WM 2002, 1376, 1386.

²²²⁶ BGH, NJW 1988, 52, 55; weitere Nachweise, auch auf die Gegenansicht, etwa bei Röhrich/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 49 Fn. 78.

²²²⁷ Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 32.

²²²⁸ Röhrich/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 49.

der Mangelhaftigkeit einer Sache folgenden Ansprüche zu schaffen. Dieser Aspekt zeigt sich vor allem bei der Einbeziehung der verschuldensabhängigen Schadensersatzhaftung (§ 437 Nr. 3) in § 438 I. Ebenso wie man bei § 438 I Nr. 3 daher eine umfassende und vorrangige Geltung des § 438 I Nr. 3 für den (mangelbezogenen) Schadensersatz gemäß §§ 823 ff. erwägen kann²²²⁹, kann man insoweit folglich auch einen Vorrang der kaufrechtlichen Vorgabe des § 377 HGB iVm § 478 VI andenken. Konkret bedeutete dies, dass man danach die bisherige BGH-Rechtsprechung umzukehren hätte. Wie bei § 438 I Nr. 3, kann eine Antwort auf diese Frage für den Verkäuferregress wegen des vom Gesetzgeber dort grundsätzlich bezweckten Gleichlaufs der Gewährleistungsrechte²²³⁰ daraus folgen, welches Ergebnis sich allgemein für den Verbrauchsgüterkauf für die Reichweite des § 438 I Nr. 3 durchsetzen wird²²³¹. Mit anderen Worten: Wenn man § 438 I Nr. 3 einen weiten Anwendungsbereich zugesteht, der auch mangelbezogene Ansprüche aus den §§ 823 ff. erfasst, ist eine kaufrechtsbedingte Verkürzung der Käuferpositionen auch bei § 377 HGB iVm § 478 VI vorstellbar. § 377 HGB iVm § 478 VI wären demzufolge entsprechend umfassend auf die §§ 823 ff. anzuwenden.

Gegen diesen Weg sprechen nicht nur die genannten und vom BGH herangezogenen Gründe. Ein wesentlicher Unterschied zwischen der eigentlichen Verjährung und den Fristen des § 377 HGB besteht auch darin, dass dem Letztverkäufer als Käufer im ersten Fall mindestens eine Zweijahresfrist (§ 438 I Nr. 3) zur Geltendmachung seiner Rechte verbleibt, während er bei § 377 HGB unter Umständen innerhalb weniger Tage aktiv werden muss. Art. 4 RL ließe ein solches Ergebnis wohl nur dann zu, wenn der deutsche Gesetzgeber gemäß Art. 5 II 1 RL auch für den Verbraucher eine ähnlich schneidige Rügeobliegenheit eingeführt hätte.

c) Die Haftungsabwendungsobliegenheiten des Letztverkäufers bei Nichtvorliegen der Genehmigungsfunktion – eine Anlehnung an die Grundsätze bei den §§ 478, 479

Soweit die Genehmigungsfiktion des § 377 HGB keine Anwendung findet, kommt über § 254 schließlich noch eine allgemeine Obliegenheit des Letztverkäufers zur Schadensabwendung durch Warenuntersuchung in Betracht. Für eine solche Obliegenheit trägt dann allerdings grundsätzlich der Lieferant die Beweislast.²²³²

Wenn man jedoch § 438 I Nr. 3 einen Anwendungsbereich zugesteht, der auch mangelbezogene Ansprüche aus den §§ 823 ff. erfasst und diese Wertung zudem auf die Anwendbarkeit des § 377 HGB iVm § 478 VI auf die §§ 823 ff. ausdehnt²²³³, so muss

²²²⁹ Vgl. nur Zimmermann/Leenen/Mansel/Wolfgang Ernst, JZ 2001, 684, 691; Mansel/Budzikiewicz § 5 Rn. 143 ff.; Mansel, NJW 2002, 89, 95; Girgoleit, ZGS 2002, 78, 80; Leenen, DStR 2002, 34, 40 und im übrigen F.IV.

²²³⁰ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 247.

²²³¹ F.IV.

²²³² Graf von Westphalen, Vertragsrecht, Einkaufsbedingungen, Rn. 25; derselbe, Vertragsrecht, Qualitätssicherungsvereinbarung, Rn. 3.

Ferner trifft den Lieferanten die Beweislast (auch zeitlich) für die Ablieferung, wenn keine schriftliche und unbedingte Abnahmebestätigung des Letztverkäufers vorliegt, und dafür, dass dieser Kaufmann ist. Der Letztverkäufer trägt hingegen die Beweislast für die ordnungsgemäße Untersuchung, die Rüge und ihren Zugang; vgl. Röhrich/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 59 f.; letzteres wird in der Literatur kritisch beurteilt; näher Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 29.

²²³³ Dazu soeben J.I.3.b.

insoweit ferner an eine Anwendung der in § 478 I, II verankerten Schadensminderungsobliegenheiten²²³⁴ gedacht werden.

Insgesamt ist allerdings erneut Art. 4 RL Rechnung zu tragen, der einen effektiven Letztverkäuferrückgriff verlangt.

Es dürfte daher außerdem auch ansonsten außerhalb des § 377 HGB iVm § 478 VI unangemessen sein, dem Letztverkäufer bei der Missachtung von Schadensminderungsobliegenheiten sogleich und stets alle Rückgriffsrechte zu verneinen. Um den Lieferanten dadurch wiederum nicht unangemessen zu belasten, könnte man nach dem Rechtsgedanken des § 254 gegebenenfalls eine Rückgriffskürzung vornehmen.²²³⁵

II. Ablehnung einer allgemeinen Rückgriffsprivilegierung für den Rückweg der Sache

1. Die geplante Einführung des mehrdeutigen § 378 HGB-RE

Für den „Hinweg“ der Kaufsache vom ersten Kettenglied bis zum Letztverkäufer sollten die Rüge- und Untersuchungsobliegenheiten des jetzigen § 377 HGB für den jeweiligen Käufer in den verschiedenen Gesetzesentwürfen stets erhalten bleiben. Die maßgebliche Erwägung dafür war, dass im Zeitpunkt des jeweiligen Kaufs die weitere Lieferkette unbekannt und eine Erleichterung von § 377 HGB zugunsten nur des speziellen Verkäuferregresses anlässlich eines Verbrauchsgüterkaufs deshalb nicht möglich ist.²²³⁶

Beim „Rückweg“²²³⁷ der Ware, also beim Gewährleistungsweg vom Verbraucher bis zum für den Sachmangel verantwortlichen Glied der Lieferkette, stand das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs jedoch gerade fest. Hier lag eine Erleichterung von den Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten zugunsten des Letztverkäufers somit näher²²³⁸.

Denn deren Beibehaltung widerspricht möglicherweise einem von Art. 4 RL geforderten effektiven Rückgriff²²³⁹. Zum einen erlangt § 377 HGB für den Letztverkäuferregress nämlich dadurch wachsende Bedeutung, dass die Rügefrist der bisherigen, sechsmonatigen Gewährleistungsfrist verwandter gewesen sein dürfte als der jetzigen, zweijährigen Frist²²⁴⁰. Zum anderen wurde durch die Erweiterung des Sachmangelbegriffs auch der Anwendungsbereich der Rüge- und Untersuchungsobliegenheiten ausgedehnt²²⁴¹. Schließlich und vor allem ist zweifelhaft, ob ein Regress nur deshalb (insgesamt) scheitern soll, weil der Letztverkäufer etwaiger Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten nicht nachgekommen ist²²⁴². Dies muss insbesondere dann fraglich sein, wenn etwa nur eine leichte Überschreitung der „Unverzüglichkeitsfrist“ des § 377 HGB hinsichtlich der Mängelrüge vorliegt.

²²³⁴ Vgl. C.IV.5.a.bb.bbb.(2).(a) sowie D.I.3.b.

²²³⁵ Vgl. Schubel, ZIP 2002, 2061, 2070 f. zu § 377 HGB sowie J.II.2.

²²³⁶ Dies sollte auch nach dem geplanten § 378 HGB-RE gelten; BT-Drucksache 14/6040, 249.

²²³⁷ Kritisch zu diesem Begriff Jud, ZfRV 2001, 201, 218 Fn. 177, da es beim „Rückweg“ ohnehin nur um die Gewährleistungsrechte geht, die auf dem „Hinweg“ nicht durch eine unterlassene Rüge untergegangen sind.

²²³⁸ BT-Drucksache 14/6040, 249.

²²³⁹ Medicus, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 33, 36; Reich, NJW 1999, 2397, 2402 f.; Westermann, JZ 2001, 530, 541; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 727.

²²⁴⁰ Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 281, 311.

²²⁴¹ Brüggemeier, WM 2002, 1376, 1386.

²²⁴² BT-Drucksache 14/6040, 249.

Aufgrund dieser Bedenken wurde teilweise vorgeschlagen, die Genehmigungsfunktion der bisherigen §§ 377, 378 HGB dann ganz ausschalten, wenn die Ware für den Verbraucher als letzten Käufer bestimmt war²²⁴³. Denkbar war umgekehrt auch eine grundsätzliche Gleichbehandlung aller Käufer. Dazu hätte man die Rüge- und Untersuchungsobliegenheiten etwa in das allgemeine Kaufrecht einfügen können. Hier wäre dann eine generelle Orientierung an der Frist gemäß Artt. 38, 39 UN-Kaufrecht vorstellbar gewesen²²⁴⁴. Der auf dem Diskussionsentwurf basierende Regierungsentwurf entschied sich für eine Neufassung des bisherigen § 378 HGB:

„§ 378

Hat der Käufer die Ware vor Entdeckung oder Erkennbarkeit des Mangels ganz oder teilweise im normalen Geschäftsverkehr verkauft oder der normalen Verwendung entsprechend verbraucht oder verändert, bleiben seine Rechte wegen des Mangels der Ware erhalten.“²²⁴⁵

§ 378 HGB-RE beruhte auf Art. 4 RL und war daher systematisch im Kontext zu den §§ 478, 479 zu sehen. Dies folgt auch aus § 478 IV RE, wonach § 378 HGB-RE unberührt bleiben sollte.²²⁴⁶ Gemäß § 378 HGB-RE wäre der Regress des Letztverkäufers auch bei unterlassener Rüge dann nicht ausgeschlossen, wenn dieser die Kaufsache vor Entdeckung oder Erkennbarkeit des Mangels im normalen Geschäftsverkehr weiterverkauft hätte²²⁴⁷.

Nach dem Wortlaut und der Begründung zum Regierungsentwurf wäre durch die Einführung des § 378 HGB-RE die gemäß § 377 III HGB eigentlich bestehende Rügeobliegenheit nach Auftreten eines Mangels beim Verbraucher ausgeschaltet worden. Trotz unterlassener und sonst nach § 377 HGB notwendiger Rüge auf dem „Hinweg“ der Ware, wäre der Verkäuferrückgriff somit nun wohl regelmäßig noch möglich.²²⁴⁸

Geht man zudem davon aus, dass der Gesetzgeber mit § 378 HGB-RE bereits in § 377 HGB Geregelteres nicht wiederholen wollte, muss man ihn wohl so verstehen, dass ein Letztverkäufer im normalen Geschäftsverkehr eine Untersuchung und Rüge selbst offener Mängel ungesühnt unterlassen könnte. Dies brächte es ferner mit sich, dass Mängel regelmäßig erst beim Verbraucher aufträten.²²⁴⁹

Offenbar träfe dies sogar für den Regress bei reinen Unternehmerverträgen zu²²⁵⁰. § 378 HGB-RE hätte damit praktisch wohl die Abschaffung der kaufmännischen Rügeobliegenheit für jeden Verkäuferrückgriff bedeutet²²⁵¹.

²²⁴³ Reich, NJW 1999, 2397, 2402 f.

²²⁴⁴ Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 281, 311 und dort speziell Fn. 99; vgl. zu letzterem ferner Reich, NJW 1999, 2397, 2403; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 733.

²²⁴⁵ DiskE, 132; KF, 86; BT-Drucksache 14/6040, 44.

²²⁴⁶ BT-Drucksache 14/6040, 24, 249, 281; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 732.

²²⁴⁷ Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 356.

²²⁴⁸ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 249, 281; Schubel, JZ 2001, 1113, 1119.

²²⁴⁹ BR-Drucksache 338/01 (Beschluss), 85; Oefinger, Gesamttextil, 3.

²²⁵⁰ Von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 732, unter Bezugnahme auf BT-Drucksache 14/6040, 281, wonach der Letztkäufer nur „zumeist“ ein Verbraucher sein soll; generell gegen § 378 HGB-RE deshalb Pick, ZIP 2001, 1173, 1180.

²²⁵¹ Krebs, DB 2000, Beilage Nr. 14, 17; Haas, BB 2001, 1313, 1320.

Sogar der Verbrauch bzw. die Veränderung der Sache für eigene Zwecke des Letztverkäufers wären von der Ausnahme des § 378 HGB-RE erfasst worden²²⁵². Bei diesen ist aber schon fraglich, welche Beziehung zum Grundanliegen des § 378 HGB-RE, der Förderung des Massenabsatzes, besteht. Insbesondere der Verbrauch ist für einen Letztverkäuferrückgriff auch irrelevant.²²⁵³ Es ist außerdem bedenklich, wenn gebrauchte Sachen zwar einerseits vom Regress nach §§ 478, 479 grundsätzlich ausgeschlossen sein sollen, von § 378 HGB-RE andererseits aber gerade einbezogen worden wären²²⁵⁴.

Ein so verstandener § 378 HGB-RE wäre dann im Rahmen der AGB-Kontrolle nach § 307 sogar noch zu perpetuieren²²⁵⁵. Ziel der RL ist jedoch nur ein verstärkter Verbraucher- und nicht ein allgemeiner Käuferschutz. Art. 4 RL gebietet allenfalls für den speziellen Rückgriff beim Verbrauchsgüterkauf eine Sonderregel hinsichtlich der Rüge- und Untersuchungsobliegenheiten.²²⁵⁶ Man hätte die Anwendung des § 378 HGB-RE daher konsequenterweise auf diese Fälle beschränken müssen, wenn man sich nicht für die gänzliche Abschaffung des § 377 HGB entscheiden konnte²²⁵⁷. Allerdings wäre es bei Nichtbeachtung des § 377 HGB auch dann etwa möglich, allein durch einen Weiterverkauf der Sache die eigentlich versagten Gewährleistungsrechte wiederzuerlangen²²⁵⁸. Dies aber hätte eine noch weitergehende Entwertung des § 377 HGB bedeutet.

Durch „unüberlegte Schnellschüsse“ wie § 378 HGB-RE wäre einerseits also zwar ein effektiverer Letztverkäuferregress geschaffen worden. Andererseits hätte damit jedoch auch die Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Mittelstandes unangemessen beschwert werden können. Hinzu kommt, dass § 377 HGB nicht einseitig den Letztverkäufer belastet, da durch die für alle Kettenglieder geltenden Rügeobliegenheiten auch die Qualitätssicherung innerhalb der Lieferkette gefördert wird.²²⁵⁹

Betrachtete man § 377 III HGB durch eine Einführung des § 378 HGB-RE umgekehrt gerade nicht als ausgeschlossen, wäre § 378 HGB-RE wohl sogar überflüssig gewesen. Denn dann müsste der Letztverkäufer jetzt zum einen gerade auch bei nachträglicher Kenntnis vom Mangel rügen. Zum anderen wäre schon nach dem bisherigen § 377 HGB die Genehmigungsfunktion des § 377 II HGB ansonsten nur bei Kenntnis vom Mangel bzw. dessen Erkennbarkeit gegeben.²²⁶⁰ Außerdem griffe stets noch § 377 I HGB²²⁶¹.

Da die Rügeobliegenheiten des Letztverkäufers durch § 378 HGB-RE jedenfalls auch

²²⁵² So schon der Wortlaut des § 378 HGB-RE; BT-Drucksache 14/6040, 44; BT-Drucksache 14/6857, 41.

²²⁵³ Jud, ZfRV 2001, 201, 218 Fn. 185.

²²⁵⁴ Knütel, NJW 2001, 2519, 2521.

²²⁵⁵ Näher Schubel, JZ 2001, 1113, 1119.

²²⁵⁶ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1401 und implizit selbst die Begründung zum RE, wonach darauf abgestellt wird, dass der Letztverkäufer „zumeist“ ein Verbraucher sein soll, BT-Drucksache 14/6040, 281.

²²⁵⁷ Vgl. Krebs, DB 2000, Beilage Nr. 14, 17.

²²⁵⁸ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1401; Schubel, JZ 2001, 1113, 1119; Knütel, NJW 2001, 2519, 2521.

²²⁵⁹ Oefinger, Gesamtextil, 3; kritisch auch Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 4, 7.

²²⁶⁰ Vgl. BR-Drucksache 338/01 (Beschluss), 85 und W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 252.

²²⁶¹ Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 356.

beim „Rückweg“ der Kaufsache nicht gänzlich ausgeschlossen werden sollten, wäre aufgrund dieser Ungewissheiten zumindest unklar, wann ein umgesetzter § 378 HGB-RE eigentlich zur Anwendung käme²²⁶².

2. Zweifelhafte Notwendigkeit einer besonderen Rückgriffsprivilegierung und Einschränkungen des § 377 HGB bei leichten Obliegenheitsverstößen

Schon vom Grundsatz her ist fraglich, ob Art. 4 RL überhaupt eine Erleichterung der Untersuchungs- und Rügeobligationen fordert²²⁶³. Für die Fälle, in denen eine Rügeobligations ausnahmsweise unangemessen erscheint, etwa beim Weiterverkauf unausgepackter und hochkomplexer Waren, kann man eine Rüge bzw. Untersuchung nämlich gegebenenfalls iSv § 377 HGB für nach ordnungsgemäßem Geschäftsgang nicht „tunlich“ halten²²⁶⁴. Ansonsten ist es ausreichend, wenn § 377 III HGB die Rügefrist bei versteckten Mängeln angemessen verlängert²²⁶⁵ oder wenn man den Mangel nicht für „erkennbar“ hält²²⁶⁶.

Denkbar ist es auch, § 377 III HGB derart teleologisch einzuschränken, dass dessen Rechtsfolgen nicht greifen, wenn der Letztverkäufer den vom Verbraucher geltend gemachten Mangel nur nicht sogleich mitteilt. Um den Lieferanten dadurch wiederum nicht unangemessen zu belasten, könnte man nach dem Rechtsgedanken des § 254 eine Rückgriffskürzung vornehmen.²²⁶⁷

Als Rechtfertigung für eine sehr weitgehende Privilegierung iSd § 378 HGB-RE ist es dann auch nicht genügend, dem Letztverkäufer die Prüfung von ungenauen oder haltlosen Reklamationen des Verbrauchers ersparen zu wollen. Denn der Letztverkäufer dürfte durch eine – jedenfalls wie hier vorgeschlagene – Übermittlung dieser Rügen an den Lieferanten nicht unzumutbar belastet sein²²⁶⁸, zumal auch gänzlich kommentarlose Weiterleitungen an den Lieferanten denkbar sind²²⁶⁹.

Schon angesichts dieser Einwände kann durch die Beibehaltung des § 377 HGB im Rahmen des Verkäuferregresses nicht der Effektivitätsgrundsatz verletzt sein.²²⁷⁰ Ferner gebietet Art. 4 RL keinen „absoluten Gleichlauf“ mit den Gewährleistungsrechten des Verbrauchers²²⁷¹. Außerdem könnten die Rügeobligationen gerade auch unter den Spielraum des Art. 4 S. 2 RL hinsichtlich der Modalitäten des Letztverkäuferrückgriffs

²²⁶² Vgl. nur BR-Drucksache 338/01 (Beschluss), 85; W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 252; kritisch Brüggemeier/Reich, BB 2001, 213, 221; näher zu den Widersprüchlichkeiten Jud, ZfRV 2001, 201, 217 f.

²²⁶³ BR-Drucksache 338/01 (Beschluss), 85, 86; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 964; Oefinger, Gesamttextil, 3; Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001, 4, 7; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1401; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 732, 733.

²²⁶⁴ Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 353; näher Steck, NJW 2002, 3201, 3203 und dort speziell Fn. 27; vgl. im übrigen schon J.I.2.b und c sowie J.I.3.a.

²²⁶⁵ Dauner-Lieb, Das neue Schuldrecht: Fälle und Lösungen, 151; vgl. zudem BT-Drucksache 14/6857, 41.

²²⁶⁶ Hoeren/Martinek(-Bohne), Rn. 600.

²²⁶⁷ Schubel, ZIP 2002, 2061, 2070 f.

²²⁶⁸ W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 252.

²²⁶⁹ Vgl. Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 438.

²²⁷⁰ Von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 732 f.

²²⁷¹ Marx/Wenglorz, 50 sowie dort Fn. 181. Ein Gleichlauf hätte im übrigen auch umgekehrt dadurch erfolgen können, dass man die Rüge- und Untersuchungsobligationen für den Letztverkäufer beibehalten und für den Verbraucher nach Art. 5 II RL neu eingeführt hätte.

fallen²²⁷². Dafür spricht zudem, dass die RL an das UN-Kaufrecht anknüpft und dieses mit den Artt. 38, 39 CISG einen selbst bei internationalen Kaufverträgen als ausreichend empfundenen Letztverkäuferregress samt Rügeobliegenheiten vorsieht²²⁷³. In Österreich etwa sah man daher von Anfang an keinen Bedarf, die österreichischen §§ 377 ff. HGB in Frage zu stellen²²⁷⁴. Schließlich muss das Aufrechterhalten des § 377 HGB auch deshalb zulässig sein, weil nach Art. 5 II 1 RL selbst für den Verbraucher eine Rügeobliegenheit hätte eingeführt werden können²²⁷⁵. Zusammenfassend fordert also auch Art. 4 RL keine besonderen Rügevorschriften für den Verkäuferregress²²⁷⁶.

Die Bundesregierung und der Rechtsausschuss stimmten folglich den Bedenken des Bundesrats zu und lehnten § 378 HGB-RE (und damit auch § 478 IV RE) wegen des unklaren Regelungsgehalts und -bedarfs gegenüber § 377 HGB ab²²⁷⁷. Insgesamt ist die Gefahr einer (jedenfalls unberechtigten) „Regressfalle“ durch die mangelnde Umsetzung des § 378 HGB-RE aus den genannten Gründen wohl auch kaum erhöht worden²²⁷⁸. Dem Letztverkäufer kann im übrigen, wie in der Praxis häufig, durch eine vertragliche Fristverlängerung hinsichtlich der „Unverzüglichkeit“ geholfen werden²²⁷⁹.

III. Dispositivität des § 377 HGB ohne Schranke des § 478 IV

1. Der Grundsatz der von § 478 IV unberührten, allgemeinen Vertragsfreiheit

§ 377 HGB ist dispositiv. Zunächst kann der Lieferant somit von sich aus auf die Rechtsfolgen der § 377 II, III HGB verzichten. Dies ist bei eindeutigem Sachverhalt im Einzelfall auch konkludent möglich. Ein Verzicht kann unter anderem darin liegen, dass sich der Lieferant überhaupt nicht auf die Verspätung der Mängelanzeige beruft oder eine vorbehaltlose Nachbesserung bzw. Rücknahme der Ware vornimmt. Regelmäßig kein Verzicht ist aber in bloßen Verhandlungen zu sehen.²²⁸⁰

Daneben ist auch an abweichende Vereinbarungen von § 377 HGB zu denken. § 377 HGB wird nicht von § 478 IV erfasst, so dass dabei kein „gleichwertiger Ausgleich“ zu gewähren ist. Gerade dieser Aspekt wird dazu führen, dass der Lieferant vor allem durch eine Verschärfung der Rüge- und Untersuchungsobliegenheiten versuchen wird, den Regress des Letztverkäufers zu beschneiden²²⁸¹.

Bei individualvertraglichen Abweichungen sind etwa Vereinbarungen eines

²²⁷² BR-Drucksache 338/01 (Beschluss), 86; BT-Drucksache 14/6857, 41; Krebs, DB 2000, Beilage Nr. 14, 17; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1401; Jud, ZfRV 2001, 201, 217; W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 250.

²²⁷³ Reich, NJW 1999, 2397, 2403; W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 225, 253; Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 434 f.; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 733; Jud, ZfRV 2001, 201, 217.

²²⁷⁴ GewRÄG-E, 18, 40.

²²⁷⁵ W.-H. Roth, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 113, 136; Magnus, FS Kurt Siehr (2000), 429, 435; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672; Jud, ZfRV 2001, 201, 217.

²²⁷⁶ Zahlreiche Nachweise dafür bei Jud, ZfRV 2001, 201, 217 Fn. 168.

²²⁷⁷ BR-Drucksache 338/01 (Beschluss), 85, 86; BT-Drucksache 14/6857, 41, 72, zu Nr. 149; BT-Drucksache 14/7052, 199.

²²⁷⁸ Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 281, 319.

²²⁷⁹ Oefinger, Gesamttextil, 3.

²²⁸⁰ Röhrich/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 57 f.; Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 14; vgl. ferner Jud, ZfRV 2001, 201, 218 Fn. 182 f.

²²⁸¹ Stock, GewArch 2002, 61, 63.

Schriftformerfordernisses für die Rüge oder absolute Fristen in Tagen vorstellbar²²⁸². Gleichwohl unterliegen Abweichungen von § 377 HGB regelmäßig der strengeren AGB-Inhaltskontrolle nach § 307²²⁸³. Maßgebend sind dabei vor allem die §§ 307 II Nr. 1, 310 I 2, wonach es auf ein Abweichen von den wesentlichen Grundgedanken des § 377 HGB, den allgemeinen Gewährleistungsvorschriften und den §§ 478, 479 ankommt. Wenigstens ein gänzlicher Ausschluss der Rüge- und Untersuchungsmöglichkeiten wird zugunsten eines effektiven Verkäuferregresses an § 307 II Nr. 1 scheitern. Angesichts der von Art. 4 RL geforderten Effektivität des Rückgriffs werden hier eher noch strengere Anforderungen gelten müssen. Damit ist über § 307 der grundsätzliche Erhalt des Regresses gewährleistet und eine typische „Freizeichnungsfalle“ vermieden²²⁸⁴.

Auf der anderen Seite ist bei § 307 der in § 377 HGB liegende Wunsch nach einer schnellen Geschäftsabwicklung und einer klaren Risikoverteilung im Handelsverkehr zu berücksichtigen. Ferner ist zu beachten, dass dem Lieferanten durch § 377 HGB eine frühzeitige Schadensverhinderung bzw. -begrenzung ermöglicht werden soll.²²⁸⁵ Wie erwähnt, ist speziell beim Verkäuferrückgriff weiter zu bedenken, dass der Lieferant wegen der Schranken des § 478 IV 1, 3 insbesondere auf Rückgriffsbeschränkungen im Rahmen der §§ 377 HGB, 478 VI²²⁸⁶ oder der Schadensersatzhaftung angewiesen ist.

Gemäß diesen Kriterien kann als Mindestmaßstab festgehalten werden, dass zum Beispiel bei einer Fristvereinbarung regelmäßig mit dem Auftreten des Mangels gerechnet werden können muss²²⁸⁷. Dabei ist bedeutend, ob von der Abrede auch die Untersuchungsfrist erfasst sein soll²²⁸⁸. Art und Umfang der zulässigen Vereinbarungen über Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten sind ansonsten an den Erfordernissen für eine Mangelfeststellung und nach der Verkehrssitte am branchentypischen Käufer ausgerichtet²²⁸⁹. Der Handelsbrauch hat in der Regel aber keinen Einfluss auf die generelle Notwendigkeit einer Untersuchung, erst recht nicht bei verderblichen Waren. Unerheblich ist ferner, ob eine bestimmte Fehlerart nur vereinzelt vorkommt²²⁹⁰. Gleichwohl richten sich die im Einzelfall zulässigen Ausschlussfristen nach dem konkreten Produkt und den betroffenen Industriestandards²²⁹¹.

Um die Unwirksamkeit einer Klausel zu vermeiden, sollte an konkrete, bestimmte Daten angeknüpft werden und nicht an abstrakte Begriffe, wie beispielsweise

²²⁸² Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 5.

²²⁸³ Das Verbot des § 309 Nr. 8 lit. b Doppelbuchstabe ee bezüglich Mängelanzeigen ist unter Unternehmern nicht anwendbar; Palandt/Heinrichs, § 309 Rn. 73; Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 6.

²²⁸⁴ BT-Drucksache 14/7052, 199; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 964 sowie Weber, 149, jeweils mit Verweis auf BGHZ 115, 324. Zu den streitigen Einzelheiten Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 6; näher auch J.III.1.

²²⁸⁵ Graf von Westphalen, Vertragsrecht, Einkaufsbedingungen, Rn. 21; ansonsten ist die Berücksichtigung von Interessen des Verwenders zweifelhaft; Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 6.

²²⁸⁶ Stock, GewArch 2002, 61, 63.

²²⁸⁷ So schon zum alten Recht Röhrich/Graf von Westphalen(-Wagner), § 377 HGB Rn. 54-56.

²²⁸⁸ Graf von Westphalen, Vertragsrecht, Ausschlussfristen, Rn. 7.

²²⁸⁹ Graf von Westphalen, Vertragsrecht, Einkaufsbedingungen, Rn. 21; Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 24 f.

²²⁹⁰ Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 8.

²²⁹¹ Graf von Westphalen, Vertragsrecht, Ausschlussfristen, Rn. 7.

„unverzüglich“²²⁹².

Aber auch dann kann eine Klausel nach § 307 II Nr. 1 unwirksam sein, wenn sie generell eine Rüge bei Ablieferung oder innerhalb von drei Tagen vorsieht²²⁹³. Denn davon wären auch verborgene Mängel erfasst, so dass die Rügemöglichkeit hier praktisch ausgeschlossen wäre²²⁹⁴. Dies widerspricht wesentlichen Grundgedanken des § 377 II HGB. Nach § 307 II Nr. 1 darf die Rügemöglichkeit des Letztverkäufers also nicht ohne Beachtung der Natur des Mangels abbedungen werden. Die erwähnte Dreitagesfrist ist andererseits in der Regel dann zulässig, wenn sie nur die Rügefrist für einen nach ordnungsgemäßer Untersuchung erkennbaren Mangel darstellt.²²⁹⁵ Die Rügemöglichkeit darf im übrigen aus anderen Gründen als der Fristversäumnis nur bei einem Verstoß des Käufers gegen zumutbare, redliche Gründe ausgeschlossen werden²²⁹⁶. Dann muss eine Ausschlussfrist selbst für verborgene Mängel zulässig sein, wenn sich diese typischerweise innerhalb der vereinbarten Frist zeigen²²⁹⁷.

Dem Letztverkäufer können auch die Kosten für unberechtigte Rügen auferlegt werden²²⁹⁸. Unwirksam ist es jedoch, die Rüge für den Fall der Warenbe- oder Warenverarbeitung ganz auszuschließen oder zumindest von einem Verschuldensnachweis abhängig zu machen²²⁹⁹.

2. Das verbleibende Zusammenspiel mit § 478 IV

Auch wenn die Vorgaben des § 478 IV grundsätzlich keine Bedeutung bei der Dispositivität des § 377 HGB iVm § 478 VI erlangen, verbleibt ein gewisses Kollisionspotential.

Dies betrifft etwa die Frage, ob der Lieferant die Rüge- und Untersuchungsobliegenheiten nach § 377 HGB ohne weiteres (also kontrolliert nur über § 307) auch auf den Unternehmer iSd § 14 ausdehnen kann. Wie bereits festgestellt²³⁰⁰, unterliegt dieser als Nichtkaufmann gerade nicht den Vorgaben von § 377 HGB iVm § 478 VI. Folglich ist die Ausdehnung des § 377 HGB auf den nichtkaufmännischen Unternehmer nicht nur nach § 307 zu kontrollieren. Sie ist wegen ihrer Qualität als zusätzliche Haftungsvoraussetzung vielmehr als „nachteilige Abweichung“ iSd § 478 IV 1 anzusehen, für die ein „gleichwertiger Ausgleich“ zu gewähren ist.²³⁰¹

Die bisher erwähnten Abweichungen von § 377 HGB betrafen Veränderungen zu Lasten des Letztverkäufers. § 377 HGB kann jedoch auch zugunsten des Letztverkäufers abgeändert werden, was gegebenenfalls zu einem „gleichwertigen Ausgleich“ iSd § 478 IV 1 führt²³⁰². Individualvertraglich kann die Rügeobliegenheit sogar ganz abbedungen werden²³⁰³. Jedenfalls für AGB kann dies für offene Mängel wegen

²²⁹² Matthes, NJW 2002, 2505, 2509.

²²⁹³ BGHZ 115, 326.

²²⁹⁴ BGH, ZIP 1991, 59, 61; WM 1985, 1145.

²²⁹⁵ Graf von Westphalen, Vertragsrecht, Ausschlussfristen, Rn. 7.

²²⁹⁶ BGH, NJW 1985, 3016.

²²⁹⁷ Näher dazu Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 6.

²²⁹⁸ Scherer, ZGS 2002, 362, 365.

²²⁹⁹ BGH, NJW 1985, 3016 f., wo auf die Verantwortungssphäre abgestellt wird.

²³⁰⁰ Vgl. G.II.1.b.aa sowie J.I.1.a.

²³⁰¹ Vgl. G.II.1.b.aa sowie J.I.1.a.

²³⁰² Mehr unter G.III.2.h.

²³⁰³ Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 5.

§ 307 II Nr. 1 iVm § 377 HGB aber nicht gelten²³⁰⁴. Ebenso wenig darf dem Lieferanten mittels AGB selbst angesichts des § 478 IV 1 eine an den § 377 HGB angelehnte „Warenausgangskontrolle“ mit der Folge auferlegt werden, dass der Letztverkäufer praktisch von den Rüge- und Untersuchungsobliegenheiten befreit wäre²³⁰⁵.

Bisher waren aus Gerechtigkeitserwägungen durch AGB ferner nur geringfügige Verlängerungen der Rügefrist des § 377 II HGB zulässig²³⁰⁶. Diese dürften allerdings wegen des für den Lieferanten vorteilhaften Kompensationscharakters iSd § 478 IV 1 und der allgemeinen Verjährungsverlängerung nun großzügiger beurteilt werden können. Denkbar wäre beispielsweise eine Vereinbarung, wonach die Rügefrist erst dann abläuft, wenn der Verbraucher die Ware originalverpackt erhält²³⁰⁷. Auch eine Fristverlängerung auf bis zu zwei Wochen ab Entdeckung des Mangels ist als Ausgleich iSd § 478 IV 1 vorstellbar²³⁰⁸. Hervorzuheben sind die besonderen Qualitätssicherungsvereinbarungen zwischen dem Endproduktehersteller und dem Zulieferer²³⁰⁹.

²³⁰⁴ BGH, NJW 1991, 2633; sehr liberal Medicus, Schuldrecht II Besonderer Teil, § 74 Rn. 78.

²³⁰⁵ So zum alten Recht Graf von Westphalen, Vertragsrecht, Einkaufsbedingungen, Rn. 23.

²³⁰⁶ Graf von Westphalen, DB 1999, 2553 f. m.w.N.

²³⁰⁷ Vgl. von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 728 m.w.N.

²³⁰⁸ Vgl. Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 6.

²³⁰⁹ Zum neuen Recht näher Graf von Westphalen, Allgemeine Einkaufsbedingungen nach neuem Recht, 126-128 sowie H.III.1.

K. Ausdehnung des Letztverkäuferrückgriffs auf die Lieferkette: Der Stufenregress gemäß §§ 478 V, 479 III

I. Vermeidung einer „Rückgriffsfalle“ zu Lasten der jeweiligen Verkäufer

Durch die §§ 478 V, 479 III wird der Letztverkäuferrückgriff auf die unternehmerische Lieferkette erstreckt²³¹⁰. Den Kettengliedern stehen bei diesem Stufenregress jedenfalls formal die gleichen Rechte zu, wie dem Letztverkäufer²³¹¹. Auch deren Rückgriff ist nicht etwa auf das allgemeine Kaufrecht beschränkt²³¹². Der nach den §§ 437 ff. mögliche, allgemeine „Reihenregress“ wird durch die §§ 478 V, 479 III also zur speziellen „Rückabwicklungskette“ ausgebaut. Diese kann als spiegelbildliche Anpassung an die Lieferkette betrachtet werden²³¹³. Wenn die Lieferkette z.B. vom Zulieferer über den Endproduktehersteller und den Großhändler zum Letztverkäufer verläuft²³¹⁴, gilt Umgekehrtes für die Rückabwicklungskette. Damit wird ein umfassender Regress bis hin zum Zulieferer²³¹⁵ sichergestellt und die Haftung auf den Produktionsebenen „ganz erheblich verschärft“²³¹⁶. Unerheblich ist, wie viele Zwischenglieder bestehen²³¹⁷.

Ohne eine Ausdehnung der §§ 478, 479 auf die Lieferkette wären der Lieferant oder dessen Vordermänner oftmals in den „Regressfallen“ gefangen, die ursprünglich dem Letztverkäufer drohten. Hier müssen aber die gleichen Schutzerwägungen wie beim Letztverkäuferrückgriff greifen²³¹⁸, da Mängel der Kaufsache häufig schon im Herstellungsprozess entstehen, und in der modernen, arbeitsteiligen Wirtschaftswelt Hersteller und Händler aufgrund des regelmäßig mehrstufigen Absatzweges überwiegend nicht deckungsgleich sind²³¹⁹. Da der Entstehungsgeschichte des Art. 4 RL auch zu entnehmen ist, dass das eigentlich für den Mangel verantwortliche Kettenglied letztlich haften soll, müssen nach Art. 4 RL die jeweiligen Regressschuldner gegebenenfalls Rückgriffsgläubiger sein können. Das Beibehalten der „Regressfallen“ für die übrigen Kettenglieder hätte also den Verantwortungsgrundsatz des Art. 4 RL verletzt.²³²⁰ Dann aber hat bei deren Rückgriff ebenfalls der Effektivitätsgrundsatz zu gelten, nach dem auch für diese grundsätzlich eine „effektive Schadensliquidierung“²³²¹ zu ermöglichen ist.

²³¹⁰ § 377 HGB bleibt nach § 478 VI schon im Rahmen des Letztverkäuferrückgriffs unberührt, so dass es hier keiner Ausdehnung durch § 478 V bzw. § 479 III bedurfte.

²³¹¹ Die Formulierung der §§ 478 V, 479 III, wonach eine entsprechende Anwendung der Grundsätze des Letztverkäuferrégresses „auf die Ansprüche des Lieferanten...“ vorgesehen ist, ist bedenklich. Denn die §§ 478 V, 479 III begründen im Falle des § 478 II erst einen Rückgriffsanspruch und im Falle des § 478 I erst die entsprechenden Modifikationen; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1395.

²³¹² Vgl. nur BT-Drucksache 14/6040, 249, 250; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 962; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1394.

²³¹³ Gursky, 50.

²³¹⁴ Brox, § 7. Besondere Arten des Kaufs, Rn. 13.

²³¹⁵ AA aber wohl etwa Henssler/Graf von Westphalen(-Graf von Westphalen), § 478 Rn. 31; ausführlich C.IV.2.d.aa.bbb.

²³¹⁶ Kainer, AnwBl 2001, 380, 387.

²³¹⁷ Elb, 99.

²³¹⁸ Brüggemeier, JZ 2000, 529, 534; Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rn. 962; vgl. auch BT-Drucksache 14/6040, 249, 250; Westermann, JZ 2001, 530, 541; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1395.

²³¹⁹ Lehmann, JZ 2000, 280, 290; Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 205 f. Art. 4 Rn. 10.

²³²⁰ Vgl. B.II.2.d.

²³²¹ Lehmann, JZ 2000, 280, 290.

Ein Nachteil bleibt den Kettengliedern in jedem Fall: der (zeitliche) Verwaltungsaufwand bei der Haftungsdurchreichung.²³²²

II. Die Glieder der Lieferkette im Sinne der §§ 478 V, 479 III

Das Verhältnis zwischen den einzelnen Kettengliedern ist durch die §§ 478, 479 nur im Ansatz geregelt. Während der Begriff des „Lieferanten“ iSd § 478 I weitgehend klar umrissen werden kann²³²³, finden sich dort keine ausdrücklichen Hinweise zu den speziellen Regressschuldern bzw. –gläubigern iSd §§ 478 V, 479 III.²³²⁴ Eine gesetzlich explizite Detailwürdigung ist wegen der Vielzahl von vorstellbaren Rückgriffskonstellationen wohl auch weder möglich noch angemessen²³²⁵, insbesondere nicht im grenzüberschreitenden Verkehr²³²⁶. Eine weitere Konkretisierung bleibt daher der Wissenschaft und Rechtsprechung vorbehalten.

1. Regressgläubiger: der „Lieferant“ / die „übrigen Käufer in der Lieferkette“

Hinsichtlich der denkbaren Rückgriffsgläubiger dehnen die §§ 478 V, 479 III den Verkäuferrückgriff zugunsten des in Anspruch genommenen „Lieferanten“ und der „übrigen Käufer“²³²⁷ in der Lieferkette gegen die „jeweiligen Verkäufer“ aus.

„Lieferant“ ist nach der Legaldefinition des § 478 I der Unternehmer, der dem Letztverkäufer die Sache verkauft hat²³²⁸. Der „Lieferant“ und die „übrigen Käufer in der Lieferkette“ sind zugleich aber ausschließlich die vorherigen „jeweiligen Verkäufer“²³²⁹ innerhalb der Lieferkette, die auch tatsächlich selbst als Regressschuldner in Anspruch genommen wurden.

Dies folgt daraus, dass die §§ 478, 479 iSd §§ 478 V, 479 III entsprechend anzuwenden sind. Der Letztverkäufer kann nur dann Regress nehmen, wenn er selbst von seinem Abnehmer in Anspruch genommen wurde. Daher kann auch der Lieferant nur regressieren, wenn er den Letztverkäufer gemäß §§ 478, 479 schadlos gehalten hat. Nach dem Modell der §§ 478, 479 müssen die „übrigen Käufer“ dann ebenfalls selbst in Regress genommen worden sein.

D.h., beginnend mit dem Lieferanten ist dessen Rückgriffsschuldner und Vordermann in der Lieferkette zunächst dessen „jeweiliger Verkäufer“ iSd §§ 478 V, 479 III. Nimmt dieser „jeweilige Verkäufer“ (Vordermann des Lieferanten) dann bei seinem „jeweiligen Verkäufer“ (Vordermann des Vordermannes) Regress, handelt er als „übriger Käufer in der Lieferkette“. Es besteht also eine Kette von „Kaufverträgen“ iSd „Lieferkette“ gemäß §§ 478 V, 479 III, und der Verkäuferrückgriff wird nur auf die jeweiligen Käufer ausgedehnt, wenn diese selbst im Rahmen der §§ 478, 479 belangt wurden.

²³²² Ziegler/Rieder, ZIP 2001, 1789, 1797.

²³²³ C.IV.2.

²³²⁴ Vgl. Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672 Fn. 33.

²³²⁵ Oetker/Maultzsch, 187.

²³²⁶ Westermann, NJW 2002, 241, 253.

²³²⁷ Vgl. aber K.II.2.b, wonach auch der Letztverkäufer ein „übriger Käufer“ iSd §§ 478 V, 479 III sein kann, wenn sein Regressschuldner insolvent ist.

²³²⁸ C.IV.2.a.

²³²⁹ Dazu sogleich unter K.II.2.

2. Regressschuldner: der „jeweilige Verkäufer“ nach den §§ 478 V, 479 III

Es ist fraglich, was genau ein „jeweiliger Verkäufer“ iSd §§ 478 V, 479 III ist.

a) Anlehnung an den Begriff des „Lieferanten“ gemäß § 478 I

Eine Ausdehnung des Verkäuferrückgriffs auf die Lieferkette erfordert nach den §§ 478 V, 479 III, dass der „jeweilige Verkäufer“ zugleich „Schuldner“ und „Unternehmer“ ist. Folglich bestimmt sich der „jeweilige Verkäufer“ grundsätzlich nach den Voraussetzungen für die Annahme eines Regressschuldners iSd § 478 I²³³⁰.

Dass der „jeweilige Verkäufer“ auch hier Unternehmer sein muss, steht im Einklang mit den Anforderungen an den Lieferanten-Regressschuldner des Letztverkäufers. Allgemein folgt diese Beschränkung daraus, dass Verbraucher selten eine „neu hergestellte Sache“ verkaufen und die §§ 478, 479 speziell auf den kommerziellen Warenabsatz ausgerichtet sind.²³³¹

b) Überspringen eines Kettengliedes

Bei der Insolvenz eines Kettengliedes bzw. im Fall eines Verbraucher-Letztkäufers stellt sich die grundsätzliche Frage nach dem direkten Zugreifen auf vordere Glieder der Absatzkette²³³². Nach dem Wortlaut der §§ 478, 479 und speziell der §§ 478 V, 479 III trägt der jeweilige Rückgriffsgläubiger endgültig das Insolvenzrisiko seines Vertragspartners. Gemäß einer Meinung bleibt es mangels eines gesetzlichen Forderungsübergangs bzw. einer ausdrücklichen Abtretungspflicht auch dabei²³³³. Eine danach offene „Regressfalle“ könnte zudem als typisches Risiko einer jeden Vertragspartei anzusehen sein, das durch die Vertragsfreiheit, zu der die Relativität des Schuldverhältnisses gehört, gerechtfertigt wäre. Wenn der Rückgriffsgläubiger das Recht hat, sich seinen Kontrahenten selbst auszusuchen, ist es prinzipiell auch gerecht, dass er die damit verbundenen Risiken, etwa das „Steckenbleiben“ des Regresses, selbst trägt.²³³⁴

Ein Scheitern des Rückgriffs wegen eines insolventen Kettengliedes muss angesichts des Verantwortungsprinzips des Art. 4 RL jedoch vor allem dann kritisiert werden, wenn der für den Mangel (solvente) Verantwortliche in der Lieferkette erst nach diesem zahlungsunfähigen Glied steht. Während der Letztverkäufer hier in einer „Insolvenzfalle“ stecken bliebe, wäre dieser Verursacher „ungerechtfertigt bereichert“, nur weil zufällig

²³³⁰ Dazu C.IV.2.

²³³¹ BT-Drucksache 14/6040, 249.

²³³² So Brügge-meier, JZ 2000, 529, 533, der der Auffassung ist, dass auch in diesen beiden Fällen der Käufer nach dem ursprünglichen Ziel der Kommission, des Europäischen Parlaments und des Rats geschützt werden sollte.

Dafür spricht grundsätzlich ferner, dass diese Problematik durch § 676 e immerhin schon im Rahmen des Rückgriffs der erstüberweisenden Bank berücksichtigt wurde, was auf Art. 8 I der europäischen Überweisungsrichtlinie beruht; vgl. Schneider, WM 1999, 2189, 2195; auch nach den Artt. 47 ff. WG ist ein Sprungregress denkbar; Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 433; vgl. ferner KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 35 f.; G.III.3.g und h; H.III.2; H.V.1 zur vertraglichen Ausdehnbarkeit der §§ 478, 479.

²³³³ Bereska, ZGS 2002, 59; Mankowski, DB 2002, 2419, 2420 Fn. 19; Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2562.

²³³⁴ Von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 730, 734; vgl. auch Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1425; auf europäischer Ebene auch Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 210 f. Art. 4 Rn. 17 f.

ein zwischengeschaltetes Kettenglied insolvent ist. Auch das Effektivitätsprinzip legt hier ein Überspringen des insolventen Gliedes nahe. Dies folgt aus einem Vergleich mit der ursprünglich von der Kommission geplanten Direkthaftung des verantwortlichen Kettengliedes. Nach diesem Modell soll der Rückgriff nur dann scheitern, wenn genau dieses Glied insolvent ist. Nichts anderes darf aber bei einem Stufenregress gelten, weil eine Direkthaftung allein aus Rücksicht gegenüber den verschiedenen Rechtssystemen der Mitgliedstaaten nicht in die RL selbst aufgenommen wurde und die Vorteile einer Direkthaftung somit ansonsten weitgehend umzusetzen sind. Erwägungsgrund 23 RL will die Haftung grundsätzlich ebenfalls zumindest bis zum Hersteller weitergeleitet sehen²³³⁵. Hinzu kommt, dass obgleich die §§ 478, 479 von der Relativität der Schuldverhältnisse ausgehen, diese auch danach nicht „jeweils völlig beziehungslos behandelt werden“ dürfen. Vielmehr liegt diesen Vorschriften „die gerechte Verteilung der Gewährleistungskosten“ innerhalb der Lieferkette zugrunde.²³³⁶ Jedenfalls soweit der Letztverkäufer betroffen ist, gebietet Art. 4 RL daher wohl, dass der Regress nicht an einem illiquiden Zwischenglied scheitert, das nicht für den Mangel verantwortlich ist²³³⁷. Abhilfe könnte hier theoretisch ein allgemeiner Befreiungsanspruch (dem deutschen Recht grundsätzlich aus § 257 bekannt) bieten. Denn der Letztverkäufer könnte dann wiederum den Befreiungsanspruch des Lieferanten pfänden und auf den nächsten Vordermann zugreifen.²³³⁸ Dem steht jedoch entgegen, dass die Rückgriffsrechte des § 478 nur nach Entstehen, also nach Erfüllung der Rechte durch den Lieferanten, gepfändet werden können²³³⁹. Da der Lieferant insolvent ist, kommt diese Möglichkeit demnach gerade nicht in Betracht. Der Befreiungsanspruch müsste also besonders eingeführt werden.

Nach einer Ansicht ist dem Regressgläubiger aber ein Anspruch aus § 285 (§ 281 aF) zu gewähren. Denkbar wäre es auch, eine vertragsimmanente Abtretungspflicht hinsichtlich der Gewährleistungs- bzw. (künftigen) Rückgriffsrechte des insolventen Regressschuldners mit entsprechenden Auskunftsansprüchen anzunehmen²³⁴⁰. Alternativ oder zusätzlich könnte man, als „Nebenpflicht des Kaufvertrages“, eine „gesetzliche Ausfallgarantie“ des jeweils vorderen Kettengliedes für den insolventen Abnehmer konstruieren²³⁴¹. Auch über die Anwendung eines „Netzvertrages“²³⁴² oder über ein

²³³⁵ Brüggemeier, WM 2002, 1376, 1386.

²³³⁶ So die allgemeine Überlegung von Schubel, ZIP 2002, 2061, 2063.

²³³⁷ Aa zu diesem Spezialfall Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 211 Art. 4 Rn. 18. Dieser Ansicht ist insoweit zuzustimmen, als dem Verbraucher konsequenterweise ebenfalls ein solcher Sprungregress zu ermöglichen wäre; Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 222 Art. 4 Rn. 34.

²³³⁸ In diesem Sinne der Vorschlag eines § 480 III Reform-E von Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1422; dieselben, ZIP 2000, 1462, 1464, für den Fall eines einheitlichen Regressanspruchs für die Gewährleistungsaufwendungen; vgl. auch von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 734.

²³³⁹ D.IV.2; Heussen, MDR 2002, 12, 16 f.; Wenzel/Hütte/Helbron(-Wenzel), 116.

²³⁴⁰ Vgl. Brüggemeier, JZ 2000, 529, 533 f., zur sogleich genannten Idee einer „Ausfallgarantie“ bzw. *cessio legis*; dazu außerdem Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 111 f.

Zwar handelt es sich bei den Regressrechten des Lieferanten so lange um künftige Rechte, bis dieser die des Letztverkäufers erfüllt hat. Bei klaren Letztverkäuferrechten werden die Rückgriffsrechte des Lieferanten aber iSd § 398 hinreichend bestimmt und damit abtretbar sein; vgl. Palandt/Heinrichs, § 398 Rn. 14.

²³⁴¹ Brüggemeier, JZ 2000, 529, 533 f.; Westermann, JZ 2000, 529, 533 f.; Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 356 f.

²³⁴² Dazu schon G.II.2.c.bb.

richterlich zu entwickelndes Institut einer unmittelbaren Haftung²³⁴³ wäre ein Überspringen des insolventen Kettengliedes möglich.

Neben den aufgezählten Konstruktionsmöglichkeiten liegt jedoch vor allem eine auf Art. 4 RL gestützte weite Auslegung der §§ 478 V, 479 III nahe. Der Letztverkäufer könnte die Regressrechte danach als „übriger Käufer“²³⁴⁴ iSd §§ 478 V, 479 III direkt von dem dem Lieferanten vorangehenden, „jeweiligen Verkäufer“ ableiten. Dieser substituierte also den zahlungsunfähigen Rückgriffsschuldner.

Da es ungerecht wäre, wenn der Rückgriff dann bei einem anderen Glied der Lieferkette abbräche, der deutsche Gesetzgeber dies auch grundsätzlich vermeiden wollte²³⁴⁵, wäre diese Auslegung auf die übrigen Glieder der Lieferkette entsprechend auszudehnen.

Sie widerspräche nicht dem Grundmodell der §§ 478, 479 als Stufenregress. Denn hier ließe man nur punktuell eine eng begrenzte Ausnahme davon zu. Es handelte sich dabei auch um keine eigentliche Direkthaftung (es erfolgte nur ein Überspringen des insolventen Kettengliedes, während es ansonsten beim normalen Stufenrückgriff bliebe).²³⁴⁶

Zu betonen ist, dass nach jedem der erwähnten Modelle allenfalls ein insolventer, nicht etwa ein zur Zahlung nicht gewillter, Regressschuldner übersprungen werden kann²³⁴⁷. Denn es ist dem Regressgläubiger zuzumuten, Klage gegen ein lediglich zahlungsunwilliges Kettenglied zu erheben und gegebenenfalls zu vollstrecken.

Schließlich ist der Sonderfall zu beachten, in dem der Letztverkäufer nicht mehr genau zuordnen kann, von welchem seiner Zwischenhändler er das konkrete Verbrauchsgut gekauft hat, in jedem Fall aber ein zentraler Großhändler oder der Hersteller als der vordere Verkäufer eindeutig bekannt ist. Gemäß dem Verantwortungsprinzip des Art. 4 RL und entsprechend der zur Insolvenz aufgestellten Grundsätze könnte man auch hier ein Überspringen andenken.²³⁴⁸

III. Besonderheiten bei der Anwendung der §§ 478, 479 auf die Kette im Einzelnen

Die Ausdehnung der §§ 478, 479 gewährt den einzelnen Gliedern der Lieferkette grundsätzlich die gleichen Rechte wie dem Letztverkäufer. Gleichwohl entstehen hier einige Besonderheiten.

1. § 478 I, V

Durch § 478 V wird zunächst die Fristerleichterung des § 478 I auf den Regress der übrigen Kettenglieder erstreckt. Prinzipiell gelten dabei die gleichen Voraussetzungen und Bedenken wie beim Letztverkäuferrückgriff gegen den Lieferanten. Auch hier muss am Ende der unternehmerischen Lieferkette ein Verbrauchsgüterkauf stehen, der auf eine „neu hergestellte“ und „bewegliche“ Sache gerichtet ist. Die „Rücknahme“ oder

²³⁴³ Brüggemeier, JZ 2000, 529, 533; Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), 293, 357, nennen die Direkthaftung nach dem französischen Modell der action directe.

²³⁴⁴ K.II.1.

²³⁴⁵ K.I.

²³⁴⁶ In diese Richtung Harms, BRAK-Mitt. 6/2001, 278, 282.

²³⁴⁷ So aber ausdrücklich der Vorschlag von Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1422; dieselben, ZIP 2000, 1462, 1464.

²³⁴⁸ Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 213 Art. 4 Rn. 20.

„Minderung“ beim Verbrauchsgüterkauf hat Folge der Mangelhaftigkeit iSd §§ 434, 437 zu sein, der Verbraucher muss also berechtigterweise vom Kaufvertrag iSd § 478 I „zurückgetreten“ sein oder den Kaufpreis „gemindert“ haben²³⁴⁹. Außerdem bedarf es eines iSd § 478 I durchsetzbaren Gewährleistungsrechts des jeweiligen, vorangehenden Regressgläubigers. Daran fehlt es, wenn dieser den Mangel zu vertreten hatte oder wenn er nur aus Kulanz gehandelt hat. Gegebenenfalls ist einem Regressschuldner, demgegenüber der Streit verkündet wurde, deshalb zugunsten seines Rückgriffs ebenfalls eine Streitverkündung gegenüber seinem Vormann zu empfehlen.²³⁵⁰ Zudem muss der Regressgläubiger auch hier selbst tatsächlich in Anspruch genommen worden und der Mangel beim Verbrauchsgüterkauf mit dem im Verhältnis zum Regressschuldner identisch bzw. seitengleich sein.

Hinsichtlich der Erstreckung des § 478 I auf die Lieferkette ist jedoch beispielsweise fraglich, ob für die Fristerleichterungen zugunsten der übrigen Kettenglieder zusätzlich erforderlich ist, dass auch der eigene oder sogar jeder folgende Abnehmer diese Erleichterung geltend gemacht hat. Nach dem Wortlaut des § 478 V ist solche Auslegung denkbar. Ferner kann man der Ansicht sein, dass ein Verkäuferrückgriff nicht weiter gehen darf als der der ersten Regressgläubiger und insbesondere nicht weiter als der des unter der Verbrauchsgüterhaftung leidenden Letztverkäufers.²³⁵¹

Der Sinn und Zweck der §§ 478, 479 spricht aber gegen ein solches Erfordernis. Denn zunächst macht der Vorrang der Nacherfüllung im Zusammenhang mit dem Verkäuferrückgriff grundsätzlich nur gegenüber dem Verbraucher Sinn. Nur dieser ist an einer funktionierenden Ware interessiert, während sich die Verkäufer der Lieferkette lediglich nach dem mit ihr zu erzielenden Gewinn sehnen. Gerade hier erlangt das Anliegen des Gesetzgebers Bedeutung, durch § 478 I ein schnelles „Durchreichen“ der Kaufsache zum eigentlichen Verantwortlichen zu erzielen²³⁵². Hinzu kommt: Durch ein weites Verständnis von § 478 I kann die mangelhafte Kaufsache sehr schnell an das verantwortliche Kettenglied weitergereicht werden, da eine zeitraubende Nacherfüllung auf den jeweiligen Absatzstufen vermieden wird. Zu Problemen kann es zwar kommen, wenn sich ein Kettenglied gegen die geltend gemachten Gewährleistungsrechte wehrt. Allerdings wird diese Gefahr im Besonderen durch den für dieses Kettenglied bestehenden Anreiz der Fristerleichterung und damit eines erleichterten Regresses abgemildert. Grundsätzlich wird durch § 478 I somit eine schnelle Verwirklichung des Verantwortungsprinzips gefördert. Es ist zudem nicht ersichtlich, warum ein Glied der Lieferkette durch einen selbst gewählten Verzicht auch zu Lasten der unabhängigen Vormänner den Verlust der Fristerleichterung bewirken können sollte. Das Erfordernis nach einem effektiven Rückgriff und das Verantwortungsprinzip gebieten folglich, die Fristerleichterung jedem Regressschuldner unabhängig vom Verhalten seiner Abnehmer zu gewähren.

Die Konzeption des stufenweisen Rückgriffs bewirkt bei der Ausdehnung des § 478 I, dass auch hier nur der Vertrag mit dem unmittelbaren Vormann erheblich ist. Wie der Letztverkäufer, können der Lieferant und die übrigen Käufer in der Lieferkette Rückgriffsrechte ausschließlich aus dem unmittelbaren Vertragsverhältnis mit ihrem

²³⁴⁹ C.IV.4 zur Frage, was eine „Rücknahme“ oder „Minderung“ iSd § 478 I ist.

²³⁵⁰ Bereska, ZGS 2002, 59, 60.

²³⁵¹ Kritisch Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1399.

²³⁵² BT-Drucksache 14/6040, 247.

„jeweiligen Verkäufer“ herleiten. D.h., dass auch diesen Regressgläubigern bei der Minderung durch das vorangehende Kettenglied wenigstens teilweise, bei dessen Rücktritt gänzlich, die etwaige Handelsspanne verloren geht.²³⁵³

Zu prüfen ist schließlich, ob gerade innerhalb der Lieferkette spezielle Kollisionen des § 478 I mit § 478 II möglich sind und wie diese gegebenenfalls zu behandeln sind.

Zum einen ist der Fall denkbar, dass der Letztverkäufer gemäß § 478 I Regress gesucht hat. Mangels Nacherfüllung scheidet hier eine Anwendung des § 478 II zugunsten des Lieferanten mit Ausnahme von parallel geltend gemachten vergeblichen Nacherfüllungsaufwendungen aus²³⁵⁴.

Zum anderen ist ein Vorgehen des Letztverkäufers nach § 478 II zu untersuchen. Ein Rückgriff gemäß § 478 I iVm § 478 V müsste nach dem Wortlaut des § 478 I in dieser Situation ausscheiden. Gleichwohl könnte man dem Lieferanten wenigstens bei einer erfolgten Rücknahme der Kaufsache auch einen Regress nach den §§ 478 I, V ermöglichen wollen. Zwar wird der Lieferant daran typischerweise kein Interesse haben, weil er bei § 478 I iVm § 478 V im Gegensatz zu § 478 II iVm § 478 V seine Handelsspanne regelmäßig verliert. Sollte er sich dennoch für § 478 I iVm § 478 V entscheiden, kann man dies angesichts des vom Gesetzgeber mit § 478 I bezweckten schnellen „Durchreichen“ der Kaufsache²³⁵⁵ zulassen.

2. § 478 II, V

Auch der verschuldensunabhängige Aufwendungsersatzanspruch des § 478 II wird durch § 478 V auf die übrigen Regressgläubiger der Lieferkette ausgedehnt. Dafür gelten grundsätzlich ebenfalls die gleichen Voraussetzungen wie bei § 478 II.

Sollte man der Auffassung folgen, wonach im Rahmen des Letztverkäuferrückgriffs für die Geltendmachung des § 478 II von einem Fristsetzungserfordernis auszugehen ist²³⁵⁶, muss dieses konsequenterweise auch für einen Regress nach § 478 II, V greifen. Gerade hier wird erneut deutlich, welche Schwächen ein solches Fristsetzungserfordernis mit sich brächte. Denn im Rahmen des Stufenrückgriffs ist ferner problematisch, dass die dem jeweiligen Regressschuldner verbleibende Frist umso kürzer wäre, desto höher man die Absatzkette hinaufstiege. Die Frist hätte sich nämlich stets an der vom Verbraucher gesetzten Nacherfüllungsfrist gegenüber dem Letztverkäufer zu richten. D.h., dass der Lieferant für seine Nacherfüllung davon schon die (interne) Frist abrechnen müsste, die für die Nacherfüllung im Vertragsverhältnis mit dem Letztverkäufer erforderlich wäre. Jeder weitere Regressschuldner müsste dann noch entsprechend eine weitere Frist abziehen. Dem letzten Rückgriffsschuldner bliebe somit nur dann eine dem Letztverkäufer vergleichbare Nacherfüllungsfrist, wenn eine sehr schnelle Weiterleitung der Kaufsache an ihn erfolgte. Daher müsste jeder Regressschuldner, der sich voll auf § 478 II berufen wollte, angesichts seiner Schadensminderungsobliegenheit nicht nur eine entsprechende Frist setzen, sondern die Kaufsache auch „unverzüglich“ nach „oben“ weiterleiten. Hinzu kämen die durch die „Schachtel-Nachfristsetzung“ verursachten

²³⁵³ Jud, ÖJZ 2000, 661, 666 f.

²³⁵⁴ Zur Frage der erstmaligen Geltendmachung des § 478 II durch ein späteres Kettenglied sogleich unter K.III.2.

²³⁵⁵ BT-Drucksache 14/6040, 247.

²³⁵⁶ D.I.4.

Aufwendungserhöhungen²³⁵⁷.

Zu einem ersten Sonderfall kommt es bei der entsprechenden Anwendung des § 478 II im Rahmen der Lieferkette, wenn der Letztverkäufer gegenüber dem Verbraucher nicht nacherfüllt hat. Denn hier ist fraglich, ob der Lieferant bzw. ein „übriger Käufer“ einen (dem Letztverkäufer dann nicht zustehenden) Anspruch aus § 478 II, V gegenüber seinem Regressschuldner geltend machen darf, wenn erstmals der Letztverkäufer (bzw. ein „übriger Käufer“) die Nacherfüllung verlangt.

Bejaht man dies, könnte zwar der Lieferant (oder der „übrige Käufer“), nicht aber der Letztverkäufer, den Nacherfüllungsaufwand „weiterreichen“. Dem Lieferanten verbliebe dabei im Gegensatz zum Letztverkäufer gerade auch seine Handelsspanne. Sieht man den Zweck eines Verkäuferregresses darin, nur die unabdingbare Letztverkäuferhaftung²³⁵⁸ an den Verantwortlichen weiterzuleiten, wäre diese Interpretation zu verwerfen.²³⁵⁹ Der Wortlaut der §§ 478 II, 478 V spricht hingegen für eine solche Auslegung²³⁶⁰. Auch das Verantwortungsprinzip legt es nahe, dass ein nicht für die Vertragswidrigkeit verantwortliches Glied nicht dadurch belastet werden darf, dass sein Abnehmer (selbst wenn dies der Letztverkäufer ist) berechtigterweise ein weitergehendes Gewährleistungsrecht als der Verbraucher geltend macht. Denn Art. 4 RL knüpft insbesondere an der zwingenden Gewährleistungshaftung gegenüber dem Verbraucher an. Selbst wenn der Verbraucher (zufällig) ein „milderes“ Gewährleistungsrecht geltend macht als ein späteres Kettenglied, ist entscheidend, dass der Letztverkäufer keine Freizeichnungsmöglichkeiten hatte und deshalb gerade zwingend aufgrund der Haftung aus einem Verbrauchsgüterkauf geleistet hat²³⁶¹. In Verbindung mit dem starken Wunsch des Richtliniengebers²³⁶², speziell die Hersteller belangen zu können, handelt es sich insofern doch um ein „spezifisches Problem des Regresses nach einem Verbrauchsgüterkauf“²³⁶³. Grundsätzlich entsprechend muss der Fall behandelt werden, wenn der Lieferant oder ein anderes Kettenglied erstmals Nacherfüllung verlangt - auch wenn dies zu einem „Dominoeffekt“ führt²³⁶⁴.

Eng verwandt mit dieser Problematik ist die allgemeinere Frage, ob nach den §§ 478 II, 478 V nur die Nacherfüllungsaufwendungen konkret des Letztverkäufers weitergereicht werden sollen²³⁶⁵ oder ob dies auch für die Belastung gilt, die aus der unmittelbar gegenüber dem jeweiligen Regressgläubiger erfolgten Geltendmachung des § 478 II resultiert. Denkbar ist ferner, dass der jeweilige Rückgriffsgläubiger über § 478 II iVm § 478 V sogar nur seine originären Aufwendungen iSd § 439 II ersetzt verlangen kann.

Die letztgenannte Variante ist schon deshalb abzulehnen, weil danach zwar der Letztverkäufer von seinem Nacherfüllungsschaden befreit wäre, nicht aber der bei mangelnder Verantwortung für den Mangel ebenso schützenswerte Vordermann, wenn

²³⁵⁷ Schubel, ZIP 2002, 2061, 2067 f.

²³⁵⁸ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1399.

²³⁵⁹ So aber Oetker/Maultzsch, 196, unter Bezugnahme auf Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1395, 1399.

²³⁶⁰ In diese Richtung selbst Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1395, 1399.

²³⁶¹ Die Anwendbarkeit des § 475 bzw. des Art. 7 RL zwingen deshalb auch zu einer anderen Wertung als bei der „bloßen“ Kontrolle nach den §§ 307 ff.

²³⁶² B.II.1.d.aa.

²³⁶³ Maultzsch, JuS 2002, 1171, 1174.

²³⁶⁴ Marx, BB 2002, 2566, 2567.

²³⁶⁵ So offenbar Gursky, 51.

ihm ein Anspruch aus § 478 II (gegebenenfalls iVm § 478 V) und nicht aus § 439 I entgegengehalten wird.²³⁶⁶

Die beiden ersten Auslegungsvarianten führen etwa dann zu unterschiedlichen Ergebnissen, wenn mehrere Kettenglieder nachliefern und deshalb zusätzliche Transport- oder Arbeitskosten anfallen. Zugunsten der ersten Variante ist anzumerken, dass § 478 II von den Aufwendungen „im Verhältnis zum Verbraucher“ spricht und Art. 4 RL vornehmlich den Rückgriff gerade des Letztverkäufers zum Ausgangspunkt nimmt. Demzufolge wird zunächst nur auf die Belastung aus dem Verbrauchsgüterkauf abgestellt. Ferner geht es bei der Erfüllung von Ansprüchen aus § 478 II nicht um die von § 478 II geforderte Erbringung von Aufwendungen iSd § 439 II.²³⁶⁷

Wenn die ursprüngliche Letztverkäuferhaftung aber wiederum dazu führt, dass eine Regresskette mit weiteren Aufwendungen in Gang gesetzt wird, spricht ein weites, „reinkausales“ Verständnis des Verantwortungs- und Effektivitätsprinzips für die zweite Variante, mithin für das Abstellen auf die unmittelbar vorangegangene Rückgriffsstufe. Entscheidend dürfte die Bezugnahme des § 478 II auf § 439 II sein. Denn als allgemeine Vorschrift bezieht sich § 439 II gerade auf die Aufwendungen des jeweiligen Verkäufers im jeweiligen Vertragsverhältnis. Auf letzteres kommt es folglich auch beim jeweiligen Regressschritt an. Es kann also nicht nur auf die Nacherfüllungsaufwendungen konkret des am Anfang der Rückgriffskette stehenden Letztverkäufers abgestellt werden. Hinzu kommt, dass § 478 V für den Stufenregress speziell auch eine „entsprechende“ Anwendung des § 478 II vorsieht.

Zusammenfassend ist § 478 II daher gemäß § 478 V in der Weise entsprechend anzuwenden, dass der Anspruch des vormaligen Regressschuldners und jetzigen -gläubigers aus § 478 II (gegebenenfalls iVm § 478 V) als „ersatzfähige Aufwendung“²³⁶⁸ zu verstehen ist.²³⁶⁹ Der jeweilige Regressschuldner hat zwar gegenüber dem so verstandenen Anspruch aus § 478 II (gegebenenfalls iVm § 478 V) insoweit keine Einrede nach dem Modell des § 439 III²³⁷⁰. Dessen bedarf es aber auch nicht, da hier § 478 II über § 478 V insoweit entsprechend greift, als der Anspruchsteller die Kosten iSd § 478 II „zu tragen“ gehabt haben musste. Der Zulieferer haftet schließlich nur entsprechend seines Beitrages zum Gesamtprodukt.

3. § 478 III, V

Die sechsmonatige Beweiserleichterung des § 478 III iVm § 476 wird durch § 478 V ebenfalls entsprechend auf den Regress durch die Lieferkette erstreckt²³⁷¹. Demgemäß wird die Mangelexistenz zum Zeitpunkt des Gefahrüberganges auf den jeweiligen Rückgriffsgläubiger für die Dauer von sechs Monaten vermutet, wenn keine Ausnahmen iSd § 476 Hs. 2 greifen. Voraussetzung dafür ist auch hier, dass es um eine „neu hergestellte Sache“ geht und zumindest eine abstrakte Regressmöglichkeit iSd § 478 I

²³⁶⁶ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1395.

²³⁶⁷ Zur soeben erörterten, dritten Auslegungsvariante Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1395.

²³⁶⁸ Oetker/Maultzsch, 195; Maultzsch, JuS 2002, 1171, 1174.

²³⁶⁹ So Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1395; Westermann, NJW 2002, 241, 252; Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2562 Fn. 14.

²³⁷⁰ Hassemer, ZGS 2002, 95, 101.

²³⁷¹ Näher zum Regress des Letztverkäufers bei E.I.

oder II²³⁷² besteht²³⁷³.

Fraglich ist jedoch, wann die Sechsmonatsfrist im Rahmen des § 478 V beginnt. Da schon § 478 III selbst eine besondere Ausnahme von § 476 vorsieht, könnte der dort genannte Zeitpunkt absolut bzw. einheitlich auch im Rahmen des § 478 V gelten müssen. Konkret könnte der in § 478 III bestimmte Fristbeginn zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf den Verbraucher (und nicht auf den Letztverkäufer, wie eigentlich nach § 476) absolut für alle weiteren Regressstufen gelten.

Der Lieferant wäre durch dieses Verständnis gegenüber einer exakt parallelen Anwendung des § 478 III aber möglicherweise in ungerechtfertigter Weise privilegiert (die übrigen Kettenglieder profitierten entsprechend noch deutlich mehr). Denn bei einer § 478 III „direkt entsprechenden“ Anwendung begönne die Frist schon mit dem Gefahrübergang auf den Letztverkäufer. Bei direkt entsprechender Anwendung des § 476 käme es sogar schon auf den Gefahrübergang auf den Lieferanten an.

Es ist jedoch Folgendes zu bedenken: Die hiermit angesprochene Gefahr, dass sich ein Kettenglied gegebenenfalls noch nach Jahren auf die Beweislastumkehr stützt²³⁷⁴, könnte im wesentlichen nur dadurch verringert werden, dass man für den Fristbeginn auf den Gefahrübergang auf das regresssuchende Kettenglied abstellt. Gleiches gilt, wenn man vermeiden möchte, dass dieses den Beginn der Beweislastumkehr durch einen selbstbestimmten Weiterverkauf willkürlich festlegt.²³⁷⁵

Dieses Vorgehen ist jedoch weder durch § 478 III noch durch eine entsprechende Anwendung im Rahmen des § 478 V indiziert. Denn bei letzterer kommt allenfalls ein Abstellen auf den Gefahrübergang auf den Abnehmer des Rückgriffssuchenden in Betracht.

Somit hat man sich zwischen diesem Zeitpunkt und dem absoluten Fristbeginn mit Gefahrübergang auf den Verbraucher zu entscheiden. Der diesbezügliche Unterschied besteht in dem zeitlichen Zwischenlagerungsrisiko. Bei einem Vergleich spricht für die absolute Maßgeblichkeit des Gefahrübergangs auf den Verbraucher, dass man damit alle Kettenglieder einheitlich begünstigen und entsprechende „Regressfallen“ zu Lasten der vorderen Kettenglieder vermeiden kann. Der Gesetzgeber gibt ferner gerade mit § 478 III zu erkennen²³⁷⁶, dass die Beweislastumkehr beim Rückgriff des Letztverkäufers grundsätzlich nicht von Zwischenlagerungen abhängen darf. Es ist nicht ersichtlich, warum für die übrigen Kettenglieder etwas anderes gelten soll. Diese wären von einem früheren Fristbeginn im Gegenteil sogar noch eher betroffen als der Letztverkäufer. Denn Mängel der Sache zeigen sich überwiegend erst beim Gebrauch der Sache durch den Verbraucher – die vorderen Kettenglieder gerieten also zunehmend unter zeitlichen Druck²³⁷⁷. Sie hätten im Gegensatz zum Letztverkäufer effektiv noch nicht einmal die

²³⁷² Dazu K.III.1 und 2.

²³⁷³ Allgemein muss man sich an den Vorgaben des § 478 III orientieren; dazu E.II und zu letzterem besonders E.II.1.b sowie E.II.3.

²³⁷⁴ Frankfurter Handbuch/Winkelmann, E.I. Rn. 246; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1399; Harms, BRAK-Mitt. 6/2001, 278, 282.

²³⁷⁵ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1399.

²³⁷⁶ Vgl. die Erwägungen zur Beweiserleichterung hinsichtlich der Verantwortungssphäre des Letztverkäufers einerseits und zu den Zwischenlagerungen bei der Obergrenze des § 479 II 2 andererseits; BT-Drucksache 14/6040, 248, 250.

²³⁷⁷ BT-Drucksache 14/6040, 248.

Möglichkeit, die nach ihnen kommenden Zwischenlagerungen zu verkürzen. Im übrigen lässt die nach § 478 V vorzunehmende „entsprechende Anwendung“ des § 478 III ein allgemeines, absolutes Abstellen auf den Gefahrübergang auf den Verbraucher auch zu.

Für alle Kettenglieder kann es also einheitlich nur darauf ankommen, dass sich ein Sachmangel innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang gerade auf den Verbraucher zeigt.

Schließlich zeigt sich auch bei der Erstreckung des § 478 III, wie wichtig es ist, den Zulieferer als tauglichen Rückgriffsschuldner zu erfassen. Anderenfalls könnte der nicht verantwortliche Endproduktehersteller wegen der verstrichenen Zeit kaum mehr die darin enthaltene Beweisbelastung weiterleiten²³⁷⁸ und müsste auch mit seinem „normalen“ Rückgriff gemäß §§ 437 ff. regelmäßig scheitern.

4. § 479 I, II, III

Die Verjährungsregel des § 479 I wird durch § 479 III auf den Regress innerhalb der Lieferkette ausgedehnt. Damit gilt für den Rückgriff der übrigen Kettenglieder ebenfalls ein Gleichlauf mit den Fristen des Verbrauchers bzw. des Letztverkäufers. Dies war notwendig um der primären „Verjährungsfälle“ zu begegnen, die in unterschiedlichen Gewährleistungsfristen hätte liegen können.

Jedem Regressgläubiger steht nach § 479 III ferner die Ablaufhemmung des § 479 II entsprechend zu²³⁷⁹. Hiermit hat man grundsätzlich auch die sekundäre „Verjährungsfälle“ vermieden, die selbst bei gleichen Verjährungsfristen drohte. Gerade die Rückgriffsansprüche eines frühen bzw. vorderen Kettengliedes könnten jetzt ansonsten bei entsprechend langen Zwischenlagerungen oder Transportwegen unter Umständen sogar schon verjährt sein, bevor der Verbraucher die Ware überhaupt erhält²³⁸⁰.

An diesem Beispiel wird deutlich, dass die Länge der Lieferkette direkten Einfluss auf die Gefahr einer „Regressfalle“ hat. Schon deshalb war die Ablaufhemmung des § 479 II auf den Rückgriff der übrigen Käufer auszudehnen.²³⁸¹ Überdies stellt § 479 III nur eine konsequente Weiterführung des Letztverkäuferregresses zum letztlich für den Mangel verantwortlichen Kettenglied dar.

Auch im Rahmen des § 479 III bestehen hinsichtlich der Ausdehnung des Verkäuferrückgriffs auf die Lieferkette einige Spezialprobleme.

Zunächst ist der jeweilige Beginn der Fünfjahres-Obergrenze des § 479 II 2 zweifelhaft. Es kommen dafür grundsätzlich unterschiedliche Zeitpunkte in Betracht. Man könnte erstens auf die jeweilige Ablieferung an den Abnehmer oder zweitens absolut für jedes Kettenglied auf die Ablieferung an den Letztverkäufer abstellen.

Die letztgenannte Variante ist für die potentiellen Regressgläubiger wegen des späteren Fristbeginns vorteilhafter²³⁸². Dieser ist als solcher aber nicht der einzige Nachteil für die

²³⁷⁸ Harms, BRAK-Mitt. 6/2001, 278, 282.

²³⁷⁹ Es kommt daher etwa nicht darauf an, ob § 478 V durch den Verweis auf § 478 IV mittelbar auch § 479 II ausdehnt; so aber Oechsler, C § 2 Rn. 336.

²³⁸⁰ Welser/Jud, 14. ÖJT, 160.

²³⁸¹ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 250.

²³⁸² Insoweit ist fraglich, warum nach Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 498, ein Abstellen auf die Ablieferung im jeweiligen Vertragsverhältnis anscheinend regressfreundlicher sein soll.

auf der anderen Seite stehenden, potentiellen Rückgriffsschuldner. Denn letztere könnten bei der ersten Variante (Abstellen auf die jeweilige Ablieferung) zudem mit einem fixen Datum rechnen. Bei jedem (willkürlichen) Weiterverkauf durch die Lieferkette liefe die Frist bei der zweiten Variante hingegen jeweils für alle Kettenglieder von neuem und wäre daher nicht vorhersehbar.

Damit förderte man zwar einen effektiven Regress. Die Rückgriffsschuldner wären dadurch jedoch unkalkulierbaren Haftungsrisiken ausgesetzt, die die ebenso wenig vorhersehbaren Lagerhaltungen nur noch verschärften. Die Kettenglieder könnten sich gerade nicht darauf verlassen, dass spätestens fünf Jahre nach der Ablieferung an ihre Abnehmer auch das Haftungsrisiko erlischt. Mit § 479 II 2 sollten aber Regressinteressen einerseits und Kalkulationsrisiken innerhalb der Lieferkette andererseits angemessen balanciert werden²³⁸³. Die Obergrenze kann jedoch überhaupt nur dann sinnvoll eine Kalkulationsbasis bieten, wenn sie nicht über eine adäquate Absolutfrist ausgedehnt wird²³⁸⁴.

Insofern kann für die Obergrenze des § 479 II 2 für die übrigen Kettenglieder nicht absolut die Ablieferung des Letztverkäufers an den Verbraucher maßgebend sein²³⁸⁵.

Angesichts der immerhin fünfjährigen Frist und der weiteren Möglichkeit von anderen Hemmungs- oder Neubeginnsgründen wird man § 479 II 2 vielmehr so verstehen müssen, dass es auf die Ablieferung im jeweiligen Vertragsverhältnis ankommt. Dies entspricht erstens einer „exakt parallelen“ Anwendung des § 479 II 2. Zweitens ist darin kein Widerspruch zur entsprechenden Anwendung des § 478 III im Rahmen des § 478 V zu sehen, bei der auf dem für den Letztverkäufer geltenden Zeitpunkt auch für den Kettenregress absolut beharrt wurde. Denn § 478 III selbst sieht gerade eine Ausnahme von der Beweislastumkehr des § 476 vor und verlangt speziell deshalb eine Anpassung innerhalb der Lieferkette. Diese Ausgangslage existiert bei § 479 II 2 nicht.

Ein weiteres Problem bei der Ausdehnung der Ablaufhemmung auf den Rückgriff der übrigen Kettenglieder besteht, wenn der Letztverkäufer die Erfüllung der Verbraucherrechte hinauszögert. Denn dann können vordere Kettenglieder mit ihrem Regress umso eher an der Obergrenze des § 479 II 2 scheitern. Diesbezüglich kommt hier zwar eine Abzinsung der Letztverkäuferrechte in Betracht²³⁸⁶. Es ist sodann aber fraglich, ob der insoweit „entschädigte“ (weil weniger belastete) Rückgriffsschuldner seinerseits wiederum eine Abzinsung gegenüber seinem Regressschuldner hinnehmen müsste. Dies ist problematisch, weil dieser „entschädigte“ Rückgriffsschuldner die Verzögerung gerade nicht zu verantworten hat. Andererseits trägt auch sein Regressschuldner den weitergegebenen Zeitnachteil der verzögerten Erfüllung durch den Letztverkäufer. Daher muss der „entschädigte“ Rückgriffsschuldner die ihm zugute gekommene Abzinsung proportional an seinen Vordermann weiterreichen.

Schließlich verschärft sich im Rahmen der Verjährung beim Regress innerhalb der

²³⁸³ BT-Drucksache 14/6040, 250.

²³⁸⁴ Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 498; in diese Richtung grundsätzlich Jud, ZfRV 2001, 201, 215, die den Rückgriffsschuldner „fünf Jahre nach Erbringung seiner Leistung“ mittels einer „absoluten Verjährungsfrist“ iSd § 933 b II ABGB (effektiv aber vergleichbar der Ablaufhemmung iSd § 479 II) vor Haftungsrisiken geschützt sehen will.

²³⁸⁵ Zu diesem Schluss kommen Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 498; auch Gursky, 52 geht davon ohne weiteres aus.

²³⁸⁶ F.III.1.c.bb.bbb.

Lieferkette noch ein Problem, dass schon beim Letztverkäuferrückgriff besteht. Wegen des Gleichlaufs der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 2 lit. b mit der Obergrenze des § 479 II 2 kann letztere gar nicht greifen. Speziell hier kommt es innerhalb des aufsteigenden Regresses bei einem langjährigen Rechtsstreit daher zunehmend auf die durch die Streitverkündung mögliche Verjährungshemmung nach § 204 Nr. 6 an, die unabhängig von § 479 II 2 iVm § 479 III anzuwenden ist.²³⁸⁷

5. § 478 IV, V

Durch § 478 V wird ferner § 478 IV auf den Regress innerhalb der Lieferkette erstreckt. Auch hier sind somit für den jeweiligen Rückgriffsgläubiger nachteilig abweichende Vereinbarungen regelmäßig nur bei einem „gleichwertigen Ausgleich“ iSd § 478 IV 1 möglich. Innerhalb der Lieferkette führt die Ausdehnung des § 478 IV und die Konzeption der §§ 478, 479 als Stufenregress dazu, dass vertragliche Abreden nur im jeweiligen Vertragsverhältnis möglich sind. Haftungserleichterungen zu Lasten Dritter, also am unmittelbaren Vertragsverhältnis Unbeteiligter, sind deshalb ausgeschlossen²³⁸⁸.

Fraglich ist bei der Erstreckung des § 478 IV auf die übrigen Kettenglieder unter anderem, ob man sanktionslos von § 478 V und damit effektiv auch vom dadurch eigentlich ausgedehnten § 478 IV abweichen kann. Nach dem Wortlaut des § 478 IV 1 iVm § 478 V ist dies möglich²³⁸⁹. Ein solches Ergebnis könnte man zudem damit rechtfertigen, dass es Art. 4 RL und dem deutschen Gesetzgeber vorrangig um die besondere Schutzbedürftigkeit des Letztverkäufers ging²³⁹⁰.

Unabhängig davon, ob nicht gegebenenfalls eher der Zwischenhändler oder der Hersteller zu schützen ist, spricht gegen dieses Verständnis, dass weder in den Begründungen zu den Gesetzesentwürfen, noch in der Literatur (soweit ersichtlich) eine derartige Beschränkung des § 478 IV innerhalb der Lieferkette erwogen bzw. erwähnt wurde.

Eine solche Ungleichbehandlung gegenüber dem Letztverkäuferregress widerspräche auch dem Verantwortungsprinzip und einer effektiven Rückgriffsmöglichkeit zugunsten der Kettenglieder, die sodann in einer „Regressfalle“ stecken blieben, vor der der Letztverkäufer gerade geschützt werden sollte. Diese bestünde etwa beim Rückgriff des Lieferanten darin, dass dieser (wie ursprünglich der Letztverkäufer gegenüber dem Verbraucher und dem Lieferanten) in die „Haftungszange“ zwischen dem auf Verbraucherniveau geschützten Letztverkäufer einerseits und seinem Vordermann andererseits geriete, dem ohne die Schranke des § 478 IV iVm § 478 V eine weitgehende Haftungsfreizeichnung möglich wäre²³⁹¹. Hat man sich also für einen wirtschaftlich halbzwingenden Letztverkäuferregress entschieden, gebietet die Verschränkung aus Verantwortungs- und Effektivitätsprinzip, derartige „Rückgriffsfallen“ auch innerhalb der

²³⁸⁷ Bereska, ZGS 2002, 59, 61.

²³⁸⁸ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 247; Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 10; kritisch Welser/Jud, 14. ÖJT, 161. Allgemein zur Wirksamkeit von Vereinbarungen für Dritte im Rahmen von „Netzverträgen“ Möschel, AcP 186 (1986), 187, 226 f.

²³⁸⁹ Insofern handelt es sich bei der Nennung des § 478 „I-V“ bei Palandt/Putzo § 478 Rn. 15 sowie schon bei Palandt-E/Putzo, § 478 Rn. 15, trotz der unverändert weitergeführten Kommentierung wohl um ein Redaktionsversehen.

²³⁹⁰ BT-Drucksache 14/6040, 247.

²³⁹¹ Vgl. Palandt/Heinrichs, 61. Auflage, § 9 AGBG Rn. 35 und jetzt Palandt/Heinrichs, § 307 Rn. 41.

Lieferkette zu vermeiden. § 478 IV ist also über § 478 V entweder entsprechend so auszulegen, dass von den „Absätzen 1 bis 3 sowie von Absatz 5“ des § 478 nicht abgewichen werden darf oder man wendet § 478 IV mit der Maßgabe analog auf § 478 V an, dass das Selbstverständnis des § 478 IV von der eigenen Unabdingbarkeit auch dort gilt.

In jedem Fall können die Vorgaben des § 478 IV 1 iVm § 478 V nach beiden Varianten dann ferner nicht durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden, vgl. § 478 V iVm § 478 IV 3. Der Ausschluss oder die Beschränkung von Schadensersatzansprüchen ist von § 478 V iVm § 478 IV nach § 478 V iVm § 478 IV 2 hingegen auch innerhalb der Lieferkette nicht erfasst. Bei § 478 V gelten ansonsten sowohl die Teilübernahme des § 475 als auch das Verständnis von § 478 IV als Erweiterung des § 307 entsprechend. Im Rahmen des doppelt mittelbar zu berücksichtigenden § 310 I 2 können die jeweiligen Absatzstufen besonders beurteilt werden.

Für den „gleichwertigen Ausgleich“ iSd § 478 IV 1 gelten innerhalb der Lieferkette die allgemeinen Grundsätze. Zusätzlich kommt dabei beispielsweise in Betracht, die speziell bei der Ausdehnung des Regresses auf die Lieferkette umstrittenen Auslegungspunkte einer letztverkäuferfreundlichen Klärung zuzuführen.

Bei Verjährungsvereinbarungen ist besonders zu berücksichtigen, dass die Gefahr einer „Verjährungsfalle“ umso akuter wird, desto höher der Rückgriff in der Lieferkette gelangt ist. Denn mit zunehmender Regressstufe stellt der Zeitablauf seit der Ablieferung im Verbrauchsgüterkauf das entscheidende Risiko für einen erfolgreichen Rückgriff dar. Verkürzungen der Verjährungsfristen oder der fünfjährigen Obergrenze etwa, müssen bei vorderen Gliedern der Lieferkette also grundsätzlich deutlich stärker ausgeglichen werden als beim Letztverkäufer. Dies kann nur dann nicht gelten, wenn die Gefahr einer „Verjährungsfalle“ im Laufe des Regressweges typischerweise nicht größer wird.

Aus Sicht der aufsteigenden Kettenglieder kommt insbesondere eine eindeutige Regelung des Fristbeginns in Betracht: Es könnte bei entsprechendem Ausgleich speziell festgelegt werden, dass die Zweimonatsfrist nicht erst ab der von der Willkür des Letztverkäufers abhängigen Erfüllung der Verbraucherrechte oder ab der Erfüllung durch die jeweiligen Rückgriffsgläubiger zu laufen beginnt.²³⁹²

Nimmt man für § 478 II ein Fristsetzungserfordernis an, könnte ein „gleichwertiger Ausgleich“ schließlich darin liegen, dass dem Rückgriffsgläubiger dieses erlassen wird. Jedoch ist speziell bei der Ausdehnung des § 478 IV auf die Lieferkette zu beachten, dass Regressgläubiger, die weiter oben in der Lieferkette stehen, davon regelmäßig weniger profitierten. Denn Obergrenze für alle derartigen Fristen wäre stets die Nacherfüllungsfrist gegenüber dem Verbraucher. Die zu stellende Frist verkürzte sich also ohnehin mit zunehmender Rückgriffsstufe.

6. § 478 VI

Unabhängig von § 478 V haben die übrigen Glieder der Lieferkette die Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten des § 377 HGB einzuhalten. Dies folgt schon aus dem ohnehin nur klarstellenden § 478 VI, so dass es einer Ausdehnung durch § 478 V nicht

²³⁹² Skeptisch Graf von Westphalen, Allgemeine Verkaufsbedingungen nach neuem Recht, 144, der von einem engen Verständnis des § 478 IV 1 ausgeht.

bedurfte²³⁹³. Im Rahmen des Absatzweges muss also grundsätzlich jeder Käufer die Ware auf ihre Vertragsmäßigkeit prüfen und sie gegebenenfalls rügen. Damit kann sich der eigentlich zur Aufdeckung eines Mangels erforderliche Untersuchungsaufwand um ein Vielfaches erhöhen. Dies ist aber unter anderem deshalb hinzunehmen, weil die Ware gerade auch auf jeder Handelsstufe mangelhaft geworden sein kann.²³⁹⁴

Soweit der Letztverkäufer seine Rechte aus den §§ 478, 479 wegen § 377 HGB iVm § 478 VI verliert, besteht auch keine Haftung der „jeweiligen Verkäufer“ iSd §§ 478 V, 479 III aufgrund eines Verbrauchsgüterkaufs. Diese können sich folglich nicht auf eine entsprechende Anwendung der §§ 478, 479 gemäß §§ 478 V, 479 III berufen.

²³⁹³ Deshalb bedarf es auch keines „Erst-Recht-Schlusses“ wie bei Oechsler, C § 2 Rn. 335.

²³⁹⁴ Kritisch Bydlinski, 14. ÖJT Bd. II/2, 45; in diese Richtung auch Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 214 Art. 4 Rn. 23.

L. Alternative Rückgriffsmodelle und ihre Unterschiede zu den §§ 478, 479

Die §§ 478, 479 stellen nur eine denkbare Umsetzungsform des Art. 4 RL dar. Stattdessen hätte man zunächst auch bereits bekannte Rechtsinstitute des deutschen Rechts wählen können. Dazu zählen der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (VSD)²³⁹⁵, das bisherige Institut der culpa in contrahendo, die Drittschadensliquidation (DSL), der Rücktritt und deliktische Ansprüche.²³⁹⁶ Denkbar wären ferner ein Befreiungsanspruch gegen einen Vordermann in der Lieferkette, ein Forderungsübergang kraft Gesetzes, eine Abtretungspflicht oder eine Ausfallgarantie gewesen²³⁹⁷. Die „klassischen Regressvehikel“ der Gesamtschuld, der Geschäftsführung mit oder ohne Auftrag und des Bereicherungsrechts wären für einen Verkäuferrückgriff hingegen nur bei einer selbständigen Verpflichtung des jeweiligen Regressgegners gegenüber dem Verbraucher geeignet gewesen²³⁹⁸. Möglich war außerdem die Einführung gänzlich neuer Rückgriffskonstruktionen, wie etwa die einer allgemeinen, unmittelbaren Herstellerhaftung. Rechtsgrund für den Regress wäre bei diesen Modellen entweder der Vertrag zwischen dem Letztverkäufer und einem Vordermann oder der umgesetzte Art. 4 RL gewesen²³⁹⁹. Neben der grundsätzlichen Form des Rückgriffs hätte natürlich auch der Regressinhalt unterschiedlich geregelt werden können.

I. Vergleich mit der unmittelbaren bzw. „quasisubsiidiären“ Haftung des verantwortlichen Kettengliedes

Bei den möglichen Rückgriffskonstruktionen ist aus wirtschaftlicher Sicht vor allem der Regressweg interessant, also die Frage nach den Haftungsadressaten und deren „Erreichbarkeit“ für den Rückgriffsgläubiger. Im wesentlichen ging es hier um die Grundsatzentscheidung zwischen einem gesetzlichen Direktdurchgriff gegen den Hersteller bzw. das für den Mangel verantwortliche Kettenglied und einem Stufenregress über die einzelnen Vertragsverhältnisse. Beide Haftungsformen stehen grundsätzlich in einem aliud-Verhältnis²⁴⁰⁰. Der deutsche Gesetzgeber hat sich mit den §§ 478 V, 479 III bekanntermaßen für letztere entschieden. Es fragt sich, ob dies die richtige Weichenstellung war.

Hinsichtlich des Regressweges bzw. der Haftungsadressaten gibt es zunächst zwei unterschiedliche Modelle²⁴⁰¹.

Die erste Grundmöglichkeit für einen „Letztverkäuferrückgriff“ besteht darin, dem Verbraucher neben den Gewährleistungsrechten gegen den Letztverkäufer auch einen außervertraglichen Direktanspruch gegen das für den Mangel verantwortliche Glied der

²³⁹⁵ Westermann, JZ 2001, 530, 541.

²³⁹⁶ So Möschel, AcP 186 (1986), 187, 217, für die „Netzverträge“ im Rahmen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs. Nach Lehmann, JZ 2000, 280, 290, hätte das Deliktsrecht zur Umsetzung des Art. 4 RL schon wegen des Verschuldenserfordernisses nicht genügt, und laut Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672, wäre eine solche Umsetzung zudem deshalb unzulässig gewesen, weil Vermögensschäden dann oftmals nicht erfasst wären.

²³⁹⁷ Hierzu K.II.2.b.

²³⁹⁸ Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672, mit Verweis auf die vermeintliche Gegenansicht von Graf von Westphalen, DB 1999, 2553, 2557; vgl. ferner Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 863; Brüggemeier/Reich, BB 2001, 213, 221.

²³⁹⁹ Welser/Jud, 14. ÖJT, 158.

²⁴⁰⁰ Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 454.

²⁴⁰¹ Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 433 f.

Lieferkette zu gewähren²⁴⁰².

Der „Regress“ des Letztverkäufers bestünde hier also darin, dass ihn der Verbraucher erst gar nicht in Anspruch nähme²⁴⁰³. Ein solcher Verbraucherrückgriff war nach den Vorschlägen der Kommission aber erstens ursprünglich nur gegen den Hersteller und zweitens nur dann denkbar, wenn der Letztverkäufer als Regressschuldner ausfiel²⁴⁰⁴. Tatsächlich hätte diese Form der „gemeinsamen“ Haftung des Letztverkäufers und des Herstellers für den Hersteller also nur eine von der Kommission explizit so genannte „*quasisubsidiarische*“²⁴⁰⁵ bzw. „quasisubsiäre“ Direkthaftung bedeutet. Deren Vorzug gegenüber einer automatischen Solidarhaftung oder gesamtschuldnerischen Haftung hätte darin bestanden, eine „radikale Änderung“ der einzelstaatlichen Gewährleistungsrechte zu vermeiden. Denn dieses Modell hätte in den Mitgliedstaaten etwa mittels einer „(gesetzlichen) Abtretung von Rechten“ relativ unproblematisch umgesetzt werden können.²⁴⁰⁶ Alternativ hätte man für einen solchen Verbraucherregress einen generell *nicht*-„quasisubsidiarischen“ (also stets parallel gegebenen) Direktanspruch gegen den Hersteller bzw. gegen das für die Vertragswidrigkeit verantwortliche Kettenglied vorsehen können²⁴⁰⁷. Auch hier bestünde folglich zunächst die Möglichkeit, den Letztverkäufer in der Haftung zu überspringen. Wäre er jedoch in Anspruch genommen worden, könnte er nach dieser Konstruktion bei entsprechender Umsetzung gegen das verantwortliche Kettenglied auf Verbraucherniveau gemäß den „klassischen Regressvehikeln“ der Gesamtschuld, der Geschäftsführung mit oder ohne Auftrag oder des Bereicherungsrechts vorgehen. Denn dann existierte eine dafür

²⁴⁰² Vgl. nur Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 110-112; Westermann, JZ 2001, 530, 541. Der Verbraucher hätte bei einer solchen Schuldnerwahl den Schaden natürlich nur einmal fordern können. Ein Direktanspruch hätte außerdem nur dann gewährt werden können, wenn die Vertragswidrigkeit nicht durch den Letztverkäufer, sondern den Anspruchsgegner verursacht worden wäre; Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 111; auch Lehmann, JZ 2000, 280, 291 weist auf die Grenzen einer solchen Direkthaftung hin.

Da der Mangel durch Verursachungen während des Lieferweges, etwa durch Lagerschäden, entstehen kann, ist es ferner sinnvoller, nicht von einer unmittelbaren Herstellerhaftung (so das Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 110-112) zu sprechen, sondern von einem Direktanspruch gegen das unmittelbar für die Vertragswidrigkeit verantwortliche Kettenglied; in diese Richtung Schlechtriem, JZ 1997, 441, 445 und dort insbesondere Fn. 40.

²⁴⁰³ Denkbar ist auch, dass dem Verbraucher (unter gänzlichem Ausschluss eines Rückgriffs auf den Letztverkäufer) ein ausschließlicher Direktanspruch gegen das für den Mangel verantwortliche Glied der Lieferkette gewährt wird. Gegen einen solchen Direktdurchgriff sprechen bei geringwertigen Massenprodukten allerdings praktische Bedenken: Häufig steht der Letztverkäufer dem Produkt nämlich deutlich „näher“; Rohe, 431.

²⁴⁰⁴ Dies beträfe beispielsweise den Fall, dass die Nacherfüllung des Letztverkäufers ausgeblieben, unzumutbar oder unmöglich wäre und ferner internationale Kaufverträge, den Konkurs oder die Nichterreichbarkeit des Letztverkäufers; Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 111 f.

²⁴⁰⁵ Die Kommission erwog darüber hinaus sogar eine Letztverkäuferhaftung für vom Hersteller gewährte freiwillige Garantien nach dem Vorbild des irischen Rechts. Dies verwarf man jedoch, weil man dadurch den Letztverkäufer überfordert sah. Anderes hätte aber speziell für selektive Absatzsysteme gelten können - wegen der Überschaubarkeit der Haftungsrisiken; Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 111, 123 f.

²⁴⁰⁶ Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 112; kritisch Schnyder/Straub, ZEuP 1996, 8, 50 f.

²⁴⁰⁷ In diese Richtung tendierten offenbar jeweils Art. 3 I sowie Art. 4 I und Teil B der unveröffentlichten Begründung der Entwürfe von 1995 und 1996; Lehmann, JZ 2000, 280, 291 Fn. 120.

notwendige selbständige Verpflichtung dieses Gliedes gegenüber dem Verbraucher.²⁴⁰⁸

Die prinzipiell verschiedene, zweite Grundmöglichkeit eines Letztverkäuferrückgriffs besteht darin, den Verbraucher hinsichtlich seiner Gewährleistungsrechte auf die Inanspruchnahme des Letztverkäufers zu verweisen und den Regress des Letztverkäufers erst daran anzuschließen. Darauf aufbauend sind wiederum zwei Rückgriffswege vorstellbar. Dem Letztverkäufer hätte einerseits, wie noch in § 476 II 2 KF, ein *direkter* Anspruch gegen den für den Mangel verantwortlichen Unternehmer gewährt werden können²⁴⁰⁹. Die zweite Variante ist in diesem Fall ein *Stufenregress* über die Lieferkette, also ein Rückgriff über die einzelnen Vertragsverhältnisse, wie ihn die §§ 478, 479 vorsehen²⁴¹⁰.

Für die Einführung eines *Direktanspruchs* des Letztverkäufers sprach zunächst die direkte, schnellere und effektivere Durchsetzung des Verantwortungsprinzips des Art. 4 RL, das auch im deutschen Haftungsrecht bekannt ist²⁴¹¹. Denn regelmäßig ist der Hersteller am Anfang der Lieferkette für den Mangel verantwortlich. Dies wird besonders augenscheinlich bei der verschuldensunabhängigen Letztverkäuferhaftung für die Herstellerwerbung nach § 434 I 3²⁴¹². Häufig entsteht die Vertragswidrigkeit zudem gerade in der Herstellungsphase, zu der auch die Entwicklung und die Verpackung zählen. Oft werden die Zwischenhändler ferner schon deshalb nicht verantwortlich sein können, weil sie die Ware nicht entpackt haben. Das Vertrauen des Käufers gilt im Rahmen der modernen Massenherstellung außerdem eher den Herstellern als den Händlern, so dass auch der Wettbewerb heute praktisch vornehmlich zwischen diesen stattfindet.²⁴¹³ Ein direkter Rückgriff könnte zudem unnötige, stufenweise Gerichtsverfahren gegen die einzelnen Absatzglieder vermeiden²⁴¹⁴. Er liegt jedenfalls bei

²⁴⁰⁸ Hierzu Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672; Jud, ÖJZ 2000, 661, 664 f., die diesen Weg als „revolutionär“ bezeichnet. Zumindest kritisch zu einer solchen Konstruktionsmöglichkeit grundsätzlich Brüggemeier, JZ 2000, 529, 533 m.w.N.; generell zu einer gesamtschuldnerischen Haftung – auch der gesamten Lieferkette – Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 863; Brüggemeier/Reich, BB 2001, 213, 221.

²⁴⁰⁹ B.III.2; vgl. zudem BT-Drucksache 14/6040, 247; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 726, 729 f. Dieser Weg einer (wahlweisen) unmittelbaren Herstellerhaftung konnte sich in der Bundesrepublik Deutschland nicht durchsetzen; dazu noch Westermann, JZ 2001, 530, 541; Repgen, JZ 2001, 542, 543. Die Analyse und Behandlung eines Direktanspruchs ist grundsätzlich gleich, unabhängig davon, ob es um den des Verbrauchers oder den des Letztverkäufers geht. Ein Direktanspruch auch des Verbrauchers hätte allerdings den Verbraucherschutz verstärkt, indem ein möglicherweise finanzschwacher Letztverkäufer hätte übersprungen werden können. Einen „quasisubsidarischen“ Direktanspruch befürwortete ursprünglich auch die Kommission; vgl. Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 109-112, unter Besprechung der übrigen Vorteile für den Verbraucher.

²⁴¹⁰ Selbst bei einem Stufenregress kann das „Steckenbleiben“ des Rückgriffs in den Fällen vermieden werden, in denen der unmittelbare Vordermann nicht Verursacher iSd Art. 4 RL ist. Denn die Verursachung des Mangels muss nicht Voraussetzung eines solchen Rückgriffsmodells sein, wie die §§ 478, 479 zeigen; kritisch Welser/Jud, 14. ÖJT, 160 f.

²⁴¹¹ Lehmann, JZ 2000, 280, 290, 291; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 729; vgl. auch KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 34.

²⁴¹² Vgl. C.IV.5.a.aa.aaa.

²⁴¹³ Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 109 f.; vgl. jedoch B.II.1.d.aa und bb und Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 215 f. Art. 4 Rn. 25, wonach der Verbraucher zumindest auch auf ein schnelles Verhalten des Letztverkäufers vertraut.

²⁴¹⁴ Hätte man dabei nicht sogleich das verantwortliche Kettenglied als Regressschuldner gewählt, hätte man einen Rückgriff gegen den Hersteller schaffen können, der dann die Lieferkette intern nach unten in Regress zu nehmen hätte; vgl. Westermann, JZ 2001, 530, 541.

zentralisierten und durchgeplanten Vertriebssystemen nahe. Denn diese bilden regelmäßig nicht nur aus der Sicht des Verbrauchers ein einheitliches System²⁴¹⁵. Vielmehr dürften hinter dem „vertraglichen Schleier“ gesellschaftsrechtlich selbständiger Unternehmen oftmals auch tatsächlich nur „ausgewachsene hierarchische Organisationen“ mit einem einheitlichen Verantwortungszentrum stehen. Die Letztverkäufer könnten im Extremfall also reine „Satelliten“ der übermächtigen Absatz- und Lenkzentrale sein.²⁴¹⁶ Die europäische Produkthaftungsrichtlinie hat die Haftung unter anderem deshalb auch auf den Hersteller konzentriert²⁴¹⁷. Angesichts dieser Bedenken wurde eine unmittelbare Haftung des „Verantwortlichen“ daher teilweise aus dem Wesen und dem Ziel der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie abgeleitet²⁴¹⁸.

Ein *Stufenregress* im Sinne der §§ 478, 479 bietet hingegen zunächst den Vorteil, sich weder mit dem Rückgriff des Verbrauchers noch mit dem des Letztverkäufers unnötig vom allgemeinen Kaufrecht unterscheiden zu müssen. Große konstruktive Abweichungen können beim Regress auch grundsätzlich nicht allein deshalb bestehen, weil der Letztkäufer „zufällig“ ein Verbraucher und kein Unternehmer ist. Ebenso wenig kann dies mit der Überlegung gerechtfertigt werden, dass ein Käufer die Sache weiterverkauft und seinerseits seinem Kunden für einen Mangel haftet.²⁴¹⁹ Außerdem sieht die RL selbst nach ausführlicher Erörterung eine unmittelbare Haftung gerade nur bei der freiwilligen Garantie nach Art. 6 RL vor.

Auch ist zweifelhaft, ob die Gefahr, dass der Verkäuferregress bei einem stufenweisen Rückgriff tatsächlich vorzeitig abbrechen kann²⁴²⁰, wirklich groß und eine Direkthaftung daher vorzugswürdig ist. Durch die §§ 478, 479 wurden zahlreiche Hindernisse für „Regressfallen“ eingebaut, so dass man sie auch als „verschuldensunabhängige Produkthaftung“²⁴²¹ betrachten kann, die nicht mehr weit von einem Direktanspruch entfernt ist. Deshalb wird der Hersteller auch nach dem Modell der §§ 478, 479 regelmäßig belangt.

Der entscheidende Grund gegen einen Direktdurchgriff lag vor allem darin, dass der Gesetzgeber vertragliche Regelungen des innerhalb verschiedenster Vertriebsformen denkbaren Verkäuferrückgriffs weiterhin zulassen wollte. Bei einer Direkthaftung in der

²⁴¹⁵ Basedow, 79.

²⁴¹⁶ In diese Richtung Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 204 Art. 4 Rn. 8. Ausführlich mit unterschiedlichen Konstruktionsmodellen einer Direkthaftung Teubner, KritV 1993, 367-388, der aber auch Einschränkungen sieht.

Im Rahmen eines danach zu entwickelnden Direktanspruchs könnte man auch die anlässlich der Haftung beim bargeldlosen Zahlungsverkehr erwähnten Verbundsysteme mit Netzverträgen berücksichtigen. Darauf aufbauend könnte man für einen Verkäuferregress vorrangig an das gesamte Vertrags- bzw. Absatznetz, also an die allgemeine Idee von „effizienten Vertragsnetzwerken“ anknüpfen; Möschel, AcP 186 (1986), 187, 211 ff., 221 ff.; ablehnend Brüggemeier, JZ 2000, 529, 533.

²⁴¹⁷ Von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 729.

²⁴¹⁸ Lehmann, JZ 2000, 280, 290 f.; Krebs, DB 2000, Beilage Nr. 14, 17.

²⁴¹⁹ Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 11; grundsätzlich kritisch gegenüber einem Direktanspruch des Verbrauchers beispielsweise auch Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 7. September 2001, 6.

²⁴²⁰ Lehmann, JZ 2000, 280, 290.

²⁴²¹ Vgl. Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 206 Art. 4 Rn. 11.

Form eines gesetzlichen Anspruchs wären solche Vereinbarungen mangels Vertragsbeziehung aber noch nicht einmal als „Annex“ möglich.²⁴²² Denn da bei einer unmittelbaren Haftung im Zeitpunkt der Vertragsabrede stets verschiedene, vorher nicht näher bestimmbar Regressschuldner in Frage kommen, scheiterten vertragliche Vereinbarungen oftmals an dem Grundsatz, dass diese nicht zu Lasten Dritter gehen dürfen²⁴²³. Rückgriffsgläubiger und -schuldner stünden sich also in der Regel (wenn zwischen ihnen wenigstens ein Zwischenglied liegt) ohne Gelegenheit gegenüber, den Rückgriff vertraglich vernünftig auf ihre Verhältnisse abstimmen zu können. Da es hier um eine gesetzliche Direkthaftung geht, kann dem nicht entgegengehalten werden, dass die Kettenglieder möglicherweise auch freiwillig eine Direkthaftung vereinbaren könnten²⁴²⁴. Denn in diesen Konstellationen kennen sich die Kettenglieder und die besonderen Umstände des jeweiligen Sachverhaltes im Gegensatz zum gesetzlichen Direktanspruch schon vor dem Haftungsfall.

Insbesondere wegen der letztgenannten Punkte ist ein Direktdurchgriff nicht bloß ein „Mehr“²⁴²⁵ zum Stufenregress. Es stehen hier vielmehr gänzlich unterschiedliche Haftungsmodelle zur Disposition: Der „*privity*“-Ansatz – der Grundsatz von der Relativität der unmittelbaren Vertragsbeziehungen – wird von einer unmittelbaren Haftung in seinen Grundfesten berührt²⁴²⁶.

Wenn Art. 12 II RL „nur“ eine Überprüfungspflicht in bezug auf die Notwendigkeit einer unmittelbaren Herstellerhaftung vorsieht, zeigt sich dadurch auch die vom Richtliniengeber erkannte „Sprengkraft“ einer zwingend umzusetzenden Direkthaftung für das Recht²⁴²⁷ und die Wirtschaft der Mitgliedsstaaten, die diese wie Deutschland und Österreich zumindest im Kaufrecht bisher nicht kannten²⁴²⁸. Selbst wenn man den „*privity*“- oder Relativitätsansatz in systematischen und geplanten Kettenbeziehungen für „überholt“ und somit einen Direktanspruch für vorzugswürdig hält²⁴²⁹, bleibt es beim

²⁴²² BT-Drucksache 14/6040, 247; Faber, JBl 1999, 413, 429; Westermann, JZ 2001, 530, 541; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1394. Eine „quasivertragliche Beziehung“ zwischen Hersteller und Käufer könnte man nach der allgemeinen Überlegung von Schurr, ZfRV 1999, 222, 227 (unter Verweis in Fn. 94 auf die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Vorschlag der RL, ABIEG Nr. C 066 v. 3.3.1997, 5 Ziff. 2) aus einer wirtschaftlichen Perspektive jedoch dann annehmen, wenn die zwischengeschalteten Glieder ohne größeren Mehrwert nur den Verkauf selbst durchführen.

²⁴²³ Jud, ZfRV 2001, 201, 204; vgl. ferner Reich, NJW 1999, 2397, 2399 und im Kern selbst Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 281, 311, der sich eigentlich für eine Überwindung des *privity*-Ansatzes ausspricht.

²⁴²⁴ So aber KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 34-36.

²⁴²⁵ In diese Richtung offenbar aber etwa Lehmann, JZ 2000, 280, 291.

²⁴²⁶ Howells, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 161, 173; Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 204 f. Art. 4 Rn. 9.

²⁴²⁷ Vgl. von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 730, 735 sowie schon Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1423, 1425, die etwa Probleme hinsichtlich des Ersatzes von reinen Vermögensschäden, der Anspruchskonkurrenz und den Grundsätzen zur Behandlung von Erfüllungsgehilfen aufzeigen; Howells, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 161, 173, zum Recht im Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland.

²⁴²⁸ GewRÄG-E, 19, zum österreichischen Recht.

²⁴²⁹ Vgl. schon Graf von Westphalen, DB 1999, 2553; ferner Medicus, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 219, 229; Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 281, 310 f. sowie die allgemeinen Überlegungen von Schurr, ZfRV 1999, 222, 227.

Direktanspruch jedoch prinzipiell bei der allgemeinen Überlegung, dass eine Gestaltbarkeit der Gewährleistungshaftung mangels Vertragsbeziehung nicht möglich wäre²⁴³⁰. Von einer vertraglichen Gestaltbarkeit eines Verkäuferrückgriffs geht aber auch die RL aus, wenn sie diese in Erwägungsgrund 9 RL erwähnt²⁴³¹. Das gleichzeitige Bestehen einer gesetzlichen Durchgriffshaftung und vertraglicher Regressvereinbarungen führte damit zudem zu „schwer lösbaren „Konkurrenzproblemen“²⁴³². Schwierigkeiten ergäben sich etwa bei unterschiedlichen Beschaffenheitsvereinbarungen in der Lieferkette²⁴³³ oder hinsichtlich der allgemeinen Gewährleistungsrechte²⁴³⁴.

Art. 4 RL spricht von der „Vertragskette“. Auch daraus könnte der Wunsch nach einem am privity-Ansatz angelehnten Stufenregress abzuleiten sein²⁴³⁵.

Weitere Probleme folgten daraus, dass selbst bei einem Direktanspruch der privity-Ansatz zumindest für den Inhalt des Rückgriffsanspruchs zur Anwendung kommen müsste. Maßgeblich dafür hätte zur Gewährleistung eines effektiven Regresses grundsätzlich nämlich auch bei einem Direktanspruch der Vertrag mit dem unmittelbaren Vertragspartner zu sein. Bei einem Rücktritt könnte der Letztverkäufer dann sogar den gesamten von ihm an seinen Lieferanten gezahlten Kaufpreis von dem verantwortlichen Kettenglied verlangen. Dieser kann aber deutlich höher sein als der, den dieses Kettenglied ursprünglich von seinem Abnehmer verlangte. Hinzu kommt, dass dieses Haftungsrisiko regelmäßig unberechenbar wäre, da die jeweiligen Letztverkäufer typischerweise unterschiedliche Verkaufspreise ansetzen.²⁴³⁶

Wäre ein Direktdurchgriff beispielsweise nur gegen den Hersteller möglich, müsste somit ferner ein interner Rückgriff innerhalb der Lieferkette „nach unten“ gewährleistet sein²⁴³⁷.

Dies hätte für den Hersteller die unangenehme Konsequenz, seine Vertriebskonditionen offenbaren zu müssen²⁴³⁸. Insofern könnte eine Direkthaftung also gerade auch keine „Prozessflut“ vermeiden²⁴³⁹. Ein solches Ergebnis könnte man wiederum nur dadurch verhindern, das man sogleich einen reduzierten Regressbetrag ansetzte. Dann müsste der Letztverkäufer einen weiteren Prozess gegen seinen unmittelbaren Vertragspartner bezüglich des entsprechenden Differenzbetrags führen und eben diesen Differenzbetrag prinzipiell überhaupt erst ermitteln. Denn ansonsten trüge er das diesbezügliche Prozesskostenrisiko.²⁴⁴⁰

²⁴³⁰ BT-Drucksache 14/6040, 247; Faber, JBl 1999, 413, 429; Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1424 f. und so selbst Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 281, 311, der, wie erwähnt, grundsätzlich eine Überwindung des privity-Ansatzes befürwortet.

²⁴³¹ Jud, ZfRV 2001, 201, 204; vgl. ferner Reich, NJW 1999, 2397, 2399.

²⁴³² Ball, ZGS 2002, 49, 52.

²⁴³³ Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Haas), Rn. 478.

²⁴³⁴ Jud, ZfRV 2001, 201, 204 m.w.N. in Fn. 34.

²⁴³⁵ Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 251, 277.

²⁴³⁶ Vgl. Jud, ÖJZ 2000, 661, 665 und auch Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 230 f. Art. 4 Rn. 47.

²⁴³⁷ Westermann, JZ 2001, 530, 541. Bei einer eindeutig auf ein bestimmtes Kettenglied möglichen Verursachungszuordnung wäre jedenfalls keine gemeinsame Haftung aller Glieder der Absatzkette zulässig; vgl. Lehmann, JZ 2000, 280, 290.

²⁴³⁸ Jud, ÖJZ 2000, 661, 665.

²⁴³⁹ So aber Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 214 Art. 4 Rn. 23; Jud, ZfRV 2001, 201, 204. Dieselbe, ÖJZ 2000, 661, 665, weist andererseits auf die Gefahr einer solchen „Prozessflut“ bei einer Durchgriffsmöglichkeit gegen verschiedene Kettenglieder hin.

²⁴⁴⁰ Vgl. Jud, ÖJZ 2000, 661, 665.

Ein Stufenregress könnte also auch deshalb effektiver sein, „weil insoweit Wiederholungsspiele und kaufmännische Kalkulation in Rede stehen“²⁴⁴¹.

Da es beim Verkäuferrückgriff schließlich nur um Ansprüche und Rechte von Unternehmern geht, die generell für weniger schutzbedürftig gehalten werden als Verbraucher²⁴⁴², und durch die Regresskonzeption der §§ 478, 479 unnötige Diskrepanzen mit den allgemeinen Mängelbegriffen und Gewährleistungsrechten weitgehend vermieden werden konnten²⁴⁴³, ist das Modell eines Stufenrückgriffs insgesamt vorzugswürdig²⁴⁴⁴.

II. Internationale Alternativen

1. Notwendige Berücksichtigung anderer Umsetzungen für eine von Art. 4 RL grundsätzlich gewünschte europäische Harmonisierung des Verkäuferrgresses

Vor Inkrafttreten der RL bestanden in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Möglichkeiten eines Verkäuferrückgriffs²⁴⁴⁵. Zwar folgte man überwiegend dem „privity“-Ansatz. Regelmäßig haftete also nur der unmittelbare Vertragspartner, wie etwa in Griechenland, Italien oder Portugal. Einige Mitgliedstaaten, wie z.B. die Republik Irland, das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland, Dänemark oder Spanien sahen hiervon jedoch Ausnahmen vor, und in den Niederlanden mussten nach Art. 24 Buch 7 Nr. 3 Burgerlijk Wetboek deliktische Schadensersatzansprüche des Verbrauchers gegen den Hersteller an den Letztverkäufer abgetreten werden²⁴⁴⁶. Manche Mitgliedsländer ermöglichten sogar generell Direktzugriffe auf vordere Glieder der Lieferkette²⁴⁴⁷. Die französische Rechtsprechung entwickelte dazu das Institut der „*action directe*“ und betrachtete die gesetzliche Gewährleistungshaftung als Bestandteil der weitergegebenen Sache. Folglich konnte der Verbraucher bei einer Kette von Kaufverträgen gegebenenfalls wahlweise gegen mehrere Kettenglieder gesamtschuldnerisch vorgehen. Auch in Belgien und Luxemburg gab es einen solchen Direktdurchgriff.²⁴⁴⁸

²⁴⁴¹ Mankowski, DB 2002, 2419, 2420.

²⁴⁴² So die Wertung des Gesetzgebers im Rahmen der Vertragsfreiheit; BT-Drucksache 14/6040, 249.

²⁴⁴³ Vgl. auch Canaris, Schuldrechtsreform 2002, XXXI; für einen dafür angeblich zusätzlich erforderlichen einheitlichen Regressanspruch hingegen Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1394; dazu D.III.1.

²⁴⁴⁴ Diese Gesamtheit an Gründen muss auch gegen eine Direkthaftung in bezug auf Hersteller von Nicht-Markenartikeln gelten, bei denen vertragliche Regresssysteme möglicherweise nicht so ausgeprägt sind; liberaler Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 454.

²⁴⁴⁵ Ein Überblick findet sich etwa bei Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 226-230 Art. 4 Rn. 40-46.

²⁴⁴⁶ Vgl. Hondius, VuR 1996, 295, 299, mit Verweis in Fn. 34 auf R.H.C. Jongeneel, Koop en consumentenkoop, 3. Aufl., Zwolle (W.E.J. Tjeenk Willink) 1993, 64; dazu ferner Hondius/Jeloschek, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 197, 213 sowie Jeloschek, wiedergegeben von Schwartze, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 335, 348, zu einem Regress nach dem streng ausgelegten Art. 7:25 des niederländischen ZGB, der „Zurechenbarkeit“ und damit regelmäßig Verschulden erforderte.

²⁴⁴⁷ Vgl. nur KOM (95) 520 endg. = BR-Drucksache 696/96, 5.

²⁴⁴⁸ Grünbuch = BR-Drucksache 926/93, 112; vgl. jedoch auch von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 729; Rohlfing-Dijoux, wiedergegeben von Schwartze, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 335, 349; dieselbe, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 145, 156-158.

Diese verschiedenen Lösungen konnten aufgrund des weiten Art. 4 RL grundsätzlich beibehalten werden. Dadurch, dass Art. 4 RL letztlich also zahlreiche Umsetzungsspielräume ließ²⁴⁴⁹, speziell die Wahl zwischen einer Direkthaftung und einem Stufenregress, bestand bzw. besteht eine erhebliche Gefahr für die europäische Rechtsangleichung und für die Wettbewerbsfähigkeit der Mitgliedstaaten²⁴⁵⁰. Europäische Umsetzungsunterschiede dürften vor allem auch deshalb weiterhin für rechtspolitische Spannungen sorgen, weil durch sie die Haftungslasten unterschiedlich auf den Handel oder die Hersteller verteilt werden²⁴⁵¹. Während in einem Staat der Hersteller durch eine Direkthaftung deutlich höheren Haftungsrisiken ausgesetzt sein kann, eine „Regressfalle“ also praktisch ausgeschlossen ist, kann sich diese beim Stufenregress selbst bei gleichgeschalteten Rechten noch ergeben. Eine „Verjährungsfalle“ kann dort etwa gerade auch trotz einer nationalen Ablaufhemmung iSd § 479 II 1 drohen.²⁴⁵² Der Lieferant wird daher an der Wahl einer entsprechend günstigen Rechtsordnung interessiert sein²⁴⁵³.

Um wenigstens nachträglich einen gewissen europäischen Gleichlauf des Verkäuferrückgriffs sicherzustellen, kann man zunächst die RL selbst gegebenenfalls als Auslegungshilfe heranziehen. Einer von der RL grundsätzlich gewünschten, europaweiten Rechtsangleichung könnte zudem durch eine rechtsvergleichende Auslegung gedient werden. Ferner ist eine besondere, so genannte „harmonisierende Auslegung“ des nationalen Richters bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts denkbar. Diese geht dadurch über die „rechtsvergleichende Gesetzesauslegung“ hinaus, dass der nationale Richter nicht nur in Einzelfällen berechtigt, sondern sogar angehalten ist, innerstaatliches Recht anhand der anderen europäischen Rechtsordnungen auszulegen. Auf diese Weise könnte die Verkäuferregressregelung eines anderen Mitgliedstaates sogar teilweise übernommen, zumindest jedoch berücksichtigt werden.²⁴⁵⁴ Zwar kann man dadurch unterschiedliche Umsetzungen nicht zu einer bestimmten, einheitlich-europäischen Lösung „zurecht konstruieren“. Immerhin könnten aber allzu verschiedene Regresswege der verschiedenen Staaten einander angenähert werden.

²⁴⁴⁹ Andererseits konnte wohl nur auf diese Weise dem Umstand Rechnung getragen werden, dass man sich nicht schon auf europäischer Ebene zu einer endgültigen Interessenabwägung zugunsten des Handels oder der Industrie in der Lage sah; Seeliger, 14. ÖJT Bd. II/2, 38. Für diese offene Fassung des Art. 4 RL dürften auch Kompetenzerwägungen des Europarechts mitverantwortlich gewesen sein; Huber, 14. ÖJT Bd. II/2, 47.

²⁴⁵⁰ GewRÄG-E, 19; Jud, ÖJZ 2000, 661, 668; dieselbe, 14. ÖJT Bd. II/2, 23; Welser/Jud, 14. ÖJT, 162; Augenhöfer, JBl 2001, 82, 89.

²⁴⁵¹ Micklitz, EuZW 1999, 485, 490.

²⁴⁵² Der Verkäuferrégress wurde unter anderem deshalb nicht durch eine unmittelbar und einheitlich bindende europäische Verordnung geregelt, weil man mit der Wahl einer Richtlinie eine harmonischere Entstehung eines einheitlichen Rechts und deshalb eine erhöhte Akzeptanz in den Mitgliedsstaaten erwartete; Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, 15.

²⁴⁵³ Dazu M.II. und mit Kritik an der mangelnden Berücksichtigung seitens des deutschen Gesetzgebers Gruber, NJW 2002, 1180, 1181 Fn. 10, mit Hinweis auf die nur Inlandsverträge berücksichtigende Begründung zum Regierungsentwurf bei BT-Drucksache 14/6040, 95.

²⁴⁵⁴ Vgl. Odersky, ZEuP 1994, 1, 2-4.

2. Beispiel des österreichischen Verkäuferregresses nach § 933 b ABGB

Exemplarisch wird hier zunächst die österreichische Umsetzung von Art. 4 RL betrachtet. Eine Untersuchung des § 933 b österreichisches ABGB²⁴⁵⁵ liegt vor allem deshalb nahe, weil er erstens Vorbild für die §§ 478, 479²⁴⁵⁶ war, das österreichische Recht zweitens auch ansonsten dem deutschen Recht recht verwandt ist, dieses drittens aber eine „kleine“ Lösung bei der Umsetzung der RL gewählt hat, die eine interessante Alternative darstellt, und viertens besonders deutlich wird, welche Wettbewerbesunterschiede schon in diesem begrenzten Gebiet durch die verschiedenen Umsetzungen der RL eintreten²⁴⁵⁷.

Zunächst sieht auch § 933 b ABGB einen Rückgriff sowohl für den Letztverkäufer als auch für seine Vordermänner in der Form eines Stufenregresses vor. Im Gegensatz zu den §§ 478, 479 greift der Verkäuferrückgriff nach § 933 b I 1 ABGB jedoch erst nach Ablauf der allgemeinen Gewährleistungsfristen des § 933 ABGB²⁴⁵⁸. Davor findet dafür das allgemeine Gewährleistungsrecht nach den §§ 922 ff. ABGB Anwendung, danach modifiziert § 933 b ABGB diese Rechte nur²⁴⁵⁹. Insbesondere gibt es daher keine § 478 II vergleichbare Regelung²⁴⁶⁰. Ferner ist die Höhe des Verkäuferrückgriffs gemäß

²⁴⁵⁵ In Österreich hat man Art. 4 RL durch § 933 b ABGB-GewRÄG umgesetzt:

„Besonderer Rückgriff“

§ 933b. (1) Hat ein Unternehmer einem Verbraucher Gewähr geleistet, so kann er von seinem Vormann, wenn auch dieser Unternehmer ist, auch nach Ablauf der Fristen des § 933 die Gewährleistung fordern. Dasselbe gilt für frühere Übergeber im Verhältnis zu ihren Vormännern, wenn sie selbst wegen der Gewährleistungsrechte des letzten Käufers ihrem Nachmann Gewähr geleistet haben. Der Anspruch ist mit der Höhe des eigenen Aufwandes beschränkt.

(2) Ansprüche nach Abs. 1 sind innerhalb von zwei Monaten ab Erfüllung der eigenen Gewährleistungspflicht gerichtlich geltend zu machen. Die Haftung eines Rückgriffspflichtigen verjährt jedenfalls in fünf Jahren nach Erbringung seiner Leistung. Die Frist wird durch eine Streitverkündung für die Dauer des Rechtsstreits gehemmt.“ Eingeführt durch das 48. Bundesgesetz: Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz – GewRÄG, mit dem das Gewährleistungsrecht im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch und im Konsumentenschutzgesetz sowie das Versicherungsvertragsgesetz geändert wurden (Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz – GewRÄG); östBGBI. 2001/48, 1019, 1020. [farbliche Hervorhebung durch den Gesetzgeber].

§ 933 b ABGB ist fast identisch mit dem Vorschlag von Jud, ÖJZ 2000, 661, 668.

²⁴⁵⁶ Pick, ZIP 2001, 1173, 1176.

²⁴⁵⁷ Zu letzterem Jud, ZfRV 2001, 201, 219.

²⁴⁵⁸ Die RL wurde in Österreich in „ihren Kernpunkten“ als dispositives Recht im ABGB umgesetzt und dabei nach § 1167 ABGB für Kauf- und Werkverträge als einheitliches Gewährleistungsrecht konzipiert. Nur bestimmte, besonders dem Verbraucherschutz dienende Vorschriften – wie etwa Art. 2 V RL bezüglich des Montagebereichs – wurden in das Konsumentenschutzgesetz, also in ein Sondergesetz übernommen; GewRÄG-E, 41, 44; Jud, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 743, 744; dieselbe, ZfRV 2001, 201, 204.

Im Gegensatz zur Bundesrepublik Deutschland hat man sich in der Republik Österreich im übrigen bei der Umsetzung der RL grundsätzlich für die so genannte „kleine“ Lösung entschieden; so außerdem z.B. Spanien und Griechenland; Westermann, JZ 2002, 241 Fn. 5.

²⁴⁵⁹ Dies ergibt sich schon daraus, dass das allgemeine Recht auch beim Regress ansonsten grundsätzlich beibehalten werden sollte; GewRÄG-E, 39; vgl. Jud, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 743, 744; dieselbe, ZfRV 2001, 201, 204. Ansonsten bleiben durch § 933 b ABGB andere Rechte des Letztverkäufers unberührt; näher GewRÄG-E, 40; Reischauer, JBl 2002, 137, 160.

²⁴⁶⁰ Vgl. Welser, in: Schlechtriem (Hrsg.), 83, 94; aA anscheinend Reischauer, JBl 2002, 137, 159, wonach § 933 b ABGB davon ausgehen soll, „dass auf Grund von Gewährleistung *Verbesserungskostenersatz* zu leisten ist“.

§ 933 b I 3 ABGB generell auf den eigenen Aufwand beschränkt²⁴⁶¹. Da in Österreich für den Regress zudem nicht (wie nach § 478 I) auf das Fristsetzungserfordernis verzichtet wird, bleibt hier selbst die in § 932 ABGB allgemein vorgesehene Hierarchie der Gewährleistungsrechte erhalten²⁴⁶². Als allgemeine Regel gilt die Beweiserleichterung des § 924 ABGB indes auch für den Verkäuferregress²⁴⁶³. Gleichwohl wird hier, anders als nach § 478 III, auf den Zeitpunkt der Übergabe an den Letztverkäufer und nicht an den Verbraucher abgestellt²⁴⁶⁴. Demzufolge trägt also der Letztverkäufer das Zwischenlagerungsrisiko. Von Anfang an sah man außerdem keinen Bedarf, die Beibehaltung der österreichischen §§ 377 ff. HGB in Frage zu stellen und eine Erleichterung, etwa nach dem Vorbild der Artt. 38 ff. CISG oder gar des deutschen § 378 HGB-RE, zu planen.²⁴⁶⁵

Eine weitere, sehr wichtige Benachteiligung gegenüber dem deutschen Rückgriff liegt darin, dass sich im Gegensatz zu § 478 IV an der Wirksamkeit eines Gewährleistungsverzichts in Österreich nichts geändert hat. Vielmehr geht man weiterhin von einer prinzipiellen Gestaltbarkeit im Einzelfall aus. Da § 9 I des österreichischen Konsumentenschutzgesetzes lediglich die Unabdingbarkeit im Rahmen der Verbraucherrechte betrifft, finden vertragliche Vereinbarungen ihre Grenzen somit nur in den allgemeinen Regeln und dort vor allem in der AGB-Inhaltskontrolle nach § 879 ABGB oder im Kartell- und Wettbewerbsrecht.²⁴⁶⁶

Wegen der Existenz immerhin dieser Schranken ist die damit mögliche, großzügigere Einschränkung des Regresses aber richtlinienkonform²⁴⁶⁷.

Auf der anderen Seiten geht § 933 b ABGB teilweise über die Rückgriffserleichterungen der §§ 478, 479 hinaus. Zunächst findet sich weder in der Grundnorm der Gewährleistung (§ 922 ABGB) noch in § 933 b ABGB eine Beschränkung auf „neu hergestellte Sachen“. Anders als in Deutschland hat man Art. 4 RL in Österreich daher in bezug auf den Regress bei „gebrauchten Sachen“ richtlinienkonform umgesetzt²⁴⁶⁸. Ferner findet § 933 b ABGB gemäß § 1167 ABGB generell auf Kauf- und Werkverträge Anwendung²⁴⁶⁹. Obgleich der Schadensersatz wegen verschuldeter Mängel nicht von § 933 b ABGB erfasst ist²⁴⁷⁰, unterliegen diese andererseits nicht der kurzen objektiven

²⁴⁶¹ GewRÄG-E, 39; vgl. Jud, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.), 743, 747; dieselbe, ZfRV 2001, 201, 210 und andererseits dieselbe, ebenda, 209 Fn. 97.

²⁴⁶² Jud, ZfRV 2001, 201, 209.

²⁴⁶³ GewRÄG-E, 36; Reischauer, JBl 2002, 137, 159 mit Verweis in Fn. 177 auf die Gegenauffassung von Welser/Jud, § 933 b, Rz. 17; zu beachten ist jedoch auch Jud, ZfRV 2001, 201, 208, die offenbar die Beweislastumkehr nur für den Zeitraum von sechs Monaten ab Übergabe an den Letztverkäufer gewährt sieht.

²⁴⁶⁴ Näher Reischauer, JBl 2002, 137, 159 Fn. 177.

²⁴⁶⁵ GewRÄG-E, 18, 40.

²⁴⁶⁶ GewRÄG-E, 13, 38, 40; Jud, ZfRV 2001, 201, 216.

²⁴⁶⁷ Näher Jud, ZfRV 2001, 201, 216 Fn. 153.

²⁴⁶⁸ Ferner hielt man etwa die Abgrenzung zwischen „neu hergestellten“, neuwertigen und gebrauchten Sachen für schwierig und eine Bevorzugung von „neu hergestellten“ Massenprodukte gegenüber teuren Antiquitäten für zweifelhaft; GewRÄG-E, 43; skeptisch Bydlinski, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 381, 399 und dort insbesondere Fn. 101.

²⁴⁶⁹ Nach § 1167 ABGB sind bei „Mängeln des Werkes ... die für entgeltliche Verträge überhaupt geltenden Bestimmungen (§§ 922 bis 933 b)“ anzuwenden.

²⁴⁷⁰ Dies wird mit der dortigen Relativität der Verjährung nach § 1489 ABGB begründet; ebenso wenig

Gewährleistungsfrist von zwei Jahren.

Auch in Österreich besteht eine potentielle „Rückgriffsfalle“ darin, dass der Regressschuldner stets Unternehmer sein muss.²⁴⁷¹ Wenigstens wird dabei aber etwa ein Rückgriff wegen Rechtsmängeln begünstigt, indem die Verjährung dort nach § 933 ABGB erst mit Kenntnis des Käufers vom Mangel beginnt. Anders als in Deutschland gilt also ein uneinheitliches Verjährungssystem für Sachmängel einerseits und Rechtsmängel andererseits.²⁴⁷² Ansonsten sieht der Regress nach § 933 b ABGB ebenfalls eine zweimonatige Ablauffrist iSd § 479 II 1 ab Erfüllung²⁴⁷³ der Gewährleistungsrechte vor. Bei § 933 b II ABGB handelt es sich im Vergleich zu § 479 II jedoch um eine besondere Verjährungsfrist und nicht um eine Ablaufhemmung²⁴⁷⁴. Denn der Rückgriff des § 933 b I 1 ABGB greift erst nach „Ablauf der Fristen des § 933“ ABGB. Ferner müssen die Regressrechte nicht „frühestens“ iSd § 479 II 1, sondern genau in der Zweimonatsfrist geltend gemacht werden. Sinn und Zweck dessen ist es, Rückgriffsprobleme zügig geklärt zu wissen. Beachtenswert ist im Rahmen dieser Frist außerdem, dass der Letztverkäufer in Österreich die Gewährleistungsansprüche nach § 933 b II 1 ABGB innerhalb dieser Frist gerichtlich geltend machen muss.²⁴⁷⁵ Wie § 479 II 2 sieht auch § 933 b II 2 ABGB eine fünfjährige Obergrenze vor. Wenn deren Ablauf nach § 933 b II 3 ABGB ausdrücklich für die Zeit eines Rechtsstreits dadurch gehemmt wird, dass der Letztverkäufer dem Vormann den Streit verkündet, wird man darin aber, anders als bei § 479 II 2, die einzige Ausnahme von der Obergrenze sehen können.

Man kann wohl festhalten, dass der Regress nach den §§ 478, 479 insbesondere wegen der beschränkten Dispositivität deutlich letztverkäuferfreundlicher ist als der nach § 933 b ABGB: Der deutsche Letztverkäufer und die weiteren Rückgriffsgläubiger der Lieferkette werden gegenüber den österreichischen im Regelfall privilegiert²⁴⁷⁶.

sind sonstige Garantieansprüche erfasst; GewRÄG-E, 13, 39, 40.

²⁴⁷¹ GewRÄG-E, 39.

²⁴⁷² Wird eine im Zeitpunkt der Ablieferung noch nicht feststellbare, bestimmte Eigenschaft zugesagt, beginnt die Frist in Österreich erst mit der „sicheren Erkennbarkeit des Mangels zu laufen“; GewRÄG-E, 35, unter Verweis auf OGH 10.10.1990 SZ 63/171.

²⁴⁷³ Kritisch zu dieser Regelung Bydlinski, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 381, 397 f., der für den Fristbeginn auf das Feststehen der Verbraucherrechte abstellen wollte, um so ein Hinauszögern der Erfüllung durch den Letztverkäufer zu vermeiden; vgl. zu diesem Problem im deutschen Recht schon F.III.1.c.bb.

²⁴⁷⁴ Welser, in: Peter Schlechtriem (Hrsg.), 83, 94 sowie Jud, ZfRV 2001, 201, 215 Fn. 145, erwarten aber effektiv gleiche Ergebnisse.

²⁴⁷⁵ GewRÄG-E, 34, 39.

²⁴⁷⁶ Jud, ZfRV 2001, 201, 219.

M. Intertemporales sowie Internationales Privatrecht und die §§ 478, 479

I. Drohende „Regressfallen“ im Lichte der Übergangsregeln des Art. 229 §§ 5 und 6 EGBGB

1. Die Frage nach der umfassenden Anwendung der §§ 478, 479 auf Verträge vor dem 1.1.2002

Der Verkäuferrückgriff nach den §§ 478, 479 wurde als Teil des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 11.10.2001 vom Bundestag verabschiedet und trat am 1.1.2002 in Kraft. Wirtschaft und Rechtspraxis mussten sich somit in weniger als drei Monaten auf die neue Gesetzeslage umstellen. Dabei kommt erschwerend hinzu, dass sich mangels spezieller Regelung gerade eine intertemporale Anknüpfung der §§ 478, 479 als problematisch darstellt.²⁴⁷⁷ Dies ist umso bedauerlicher als gerade die Übergangsvorschriften bedeutende Haftungsrisiken bergen²⁴⁷⁸.

Angesichts der von Art. 4 RL geforderten effektiven Regressmöglichkeit könnte man zunächst überlegen, ob ein Rückgriff ab dem 1.1.2002 nun nicht insgesamt (also auch bei verjährten Gewährleistungsansprüchen des alten Rechts) nach den §§ 478, 479 zu erfolgen hat²⁴⁷⁹. Zu diesem Schluss könnte man etwa dann kommen, wenn man den Letztverkäuferregress vor allem im Hinblick auf den Verbrauchsgüterkauf und nicht auf das Vertragsverhältnis zum Lieferanten betrachtet. Diese Ansicht könnte damit gerechtfertigt werden, dass man den Rückgriff systematisch als „Annex“ zum Verbrauchsgüterkauf auffasst. Demgemäß knüpfte der Letztverkäuferrückgriff nämlich gerade erst an der Letztverkäuferhaftung aus dem Verbrauchsgüterkaufvertrag an. Verstünde man ferner das „Schuldverhältnis“ iSd Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB entsprechend umfassend, könnte ein Regress sogar dann nach den §§ 478, 479 zu beurteilen sein, wenn der eigentliche Kaufvertrag mit dem Lieferanten vor dem 1.1.2002 geschlossen wurde. Diese Auslegung findet zusätzlichen Rückhalt dadurch, dass Art. 4 RL nach Art. 11 I 1 RL gerade verlangen könnte, dass dem Letztverkäufer ab dem 1.1.2002 eine effektive Rückgriffsmöglichkeit zusteht. Für den Regress der Kettenglieder wäre dann entsprechend zu verfahren, solange der Letztverkäufer dem Verbraucher aufgrund des neuen Gewährleistungsrechts haftet.²⁴⁸⁰

Dieser weiten Anwendbarkeit von § 478 ist allerdings entgegenzuhalten, dass man damit die Vertrauens- und Kalkulationserwartungen des Regressschuldners in unerträglicher Weise abwertete. Entsprechend wäre auch allgemein das auf Rechtssicherheit und Transparenz aufbauende, kaufrechtliche Gewährleistungsrecht tangiert.²⁴⁸¹ Zudem wäre der Letztverkäufer benachteiligt, der bereits ein Urteil erstritten hätte. Denn diesem könnte typischerweise die Rechtskraft des Urteils entgegengehalten werden. Zumindest in diesem Fall dürfte ein Verstoß gegen die nationale Gesetzgebungszuständigkeit in

²⁴⁷⁷ Heß, NJW 2002, 253, 258 f.; Bereska, ZGS 2002, 59, 62.

²⁴⁷⁸ Heussen, MDR 2002, 12, 15.

²⁴⁷⁹ Knoche, DB 2002, 1699; Palandt/Putzo, § 478 Rn. 5.

²⁴⁸⁰ Knoche, DB 2002, 1699, 1700 f., der daher zumindest bezüglich § 478 II eine entsprechende Auslegung aus historischen und systematischen Erwägungen zu Art. 4 RL für überzeugend hält und damit wohl doch über die von ihm zitierte „Verjährungslösung“ speziell für § 479 II von Pfeiffer, ZGS 2002, 17 f., hinausgeht.

²⁴⁸¹ Dies erkennt auch Knoche, DB 2002, 1699, 1700, an.

bezug auf das nationale Prozessrecht vorliegen. Außerdem bleibt nach den allgemeinen, in Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB nur noch einmal verankerten, Grundsätzen des Intertemporalen Kollisionsrechts, das alte Kaufrecht prinzipiell insgesamt für Altverträge anwendbar. Da ferner die europarechtlichen Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes verletzt wären, können diese Auswirkungen auch von der RL nicht intendiert sein.²⁴⁸²

2. Maßgeblichkeit der allgemeinen Übergangsregeln

Zur Klärung des intertemporalen Anwendungsbereichs der §§ 478, 479 ist mangels vorrangiger Vorgaben also auf die allgemeinen Übergangsregelungen des Art. 229 EGBGB zurückzugreifen²⁴⁸³. Nach Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB findet auf Verträge, die nach dem 1.1.2002 geschlossen wurden, grundsätzlich neues Recht Anwendung, auf die davor geschlossenen Verträge altes Recht. Die Regelung des Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB bezieht sich prinzipiell auf und erfasst das *Schuldverhältnis* insgesamt. Demgemäß kommt es für den Verkäuferrückgriff aus intertemporaler Sicht grundsätzlich auf dessen Entstehung an und nicht etwa auf den Zeitpunkt etwaiger nach dem 1.1.2002 begangener Pflichtverletzungen.²⁴⁸⁴ Demzufolge wäre wenigstens § 478 I nicht auf „Altverträge“ anzuwenden. Denn zumindest nach dem Wortlaut des § 478 I kommt es auf das Bestehen der Letztverkäuferrechte aus § 437 an. Anderes könnte sich hingegen für § 478 II ergeben. Nach dem Wortlaut des § 478 II könnte dieser Anspruch ab dem 1.1.2002 nämlich unabhängig vom zwischen dem Letztverkäufer und seinem Lieferanten maßgeblichen Recht gelten. Als gesetzlicher Anspruch soll § 478 II nach einer Ansicht bei einer nach dem 1.1.2002 erfolgten Inanspruchnahme durch den Verbraucher gemäß § 439 I, II daher stets gegeben sein. Nach dieser Auffassung wäre somit auch eine entsprechende Differenzierung im Rahmen des § 478 III vorzunehmen – je nach dem ob die Beweislastleichterung für § 478 I oder II gelten soll.²⁴⁸⁵ Unabhängig davon, dass diese Auslegung dem eben dargelegten Grundsatz des Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB widerspricht, müssen gerade bei dem besonders regressfreundlichen § 478 II Vertrauenserwägungen zu Gunsten des „ahnungslosen Lieferanten“ gelten, der sich auf ein abgeschlossenes Gewährleistungsrecht verlassen hat²⁴⁸⁶. Zudem kann der Gesetzgeber kaum einen derart zwischen § 478 I einerseits und § 478 II andererseits gespaltenen Rückgriff gewollt haben.

3. Denkbare „Ausdehnung“ der Verjährungsfristen

Allerdings ist bei Verträgen, die vor dem 1.1.2002 geschlossen wurden, jedoch erst danach erfüllt werden müssen, fraglich, ob die Mängelansprüche nach altem oder neuem Recht verjähren. Auf die am 1.1.2002 bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche

²⁴⁸² Budzikiewicz, AnwBl 2002, 394, 397 f., zur Ablaufhemmung des § 479 II, die diese Erwägungen indes nicht auf die neuen Hemmungstatbestände ausdehnen möchte, da auch bisher mit einer Hemmung durch Rechtsverfolgung zu rechnen war und somit Vertrauensgesichtspunkte dort nicht greifen können; dieselbe, ebenda, 394, 399; ablehnend auch Magnus, RIW 2002, 577, 584.

²⁴⁸³ Bereska, ZGS 2002, 59, 62.

²⁴⁸⁴ Heß, NJW 2002, 253, 255, 259; aA Budzikiewicz, AnwBl 2002, 394, 395.

²⁴⁸⁵ Bereska, ZGS 2002, 59, 62.

²⁴⁸⁶ Diese Aspekte erkennen selbst diejenigen Stimmen an, die §§ 478, 479 insgesamt auf bereits verjährtes Recht anwenden wollen; vgl. Knoche, DB 2002, 1699, 1700.

findet nämlich gemäß Art. 229 § 6 I 1 EGBGB grundsätzlich das neue Verjährungsrecht Anwendung.²⁴⁸⁷ Nach der Sonderregel des Art. 229 § 6 III EGBGB gilt aber wiederum die bisherige Frist, wenn diese kürzer als die neue ist.

Dadurch entstünde folgende Situation: Für einen nach dem 1.1.2002 geschlossenen Verbrauchsgüterkaufvertrag greift damit insgesamt neues Recht. Auf einen vorangehenden und vor dem 1.1.2002 zwischen dem Letztverkäufer und seinem Lieferanten abgeschlossenen Kaufvertrag ist dann aber ebenso umfassend altes Recht anzuwenden, wenn die Gewährleistungsansprüche zu diesem Zeitpunkt schon bestanden. Grundsätzlich folgt dies zunächst aus Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB. Hinsichtlich der Verjährung ergibt sich dies gemäß Art. 229 § 6 III EGBGB daraus, dass die Frist des § 477 aF kürzer ist als die des neuen § 438 I Nr. 3.²⁴⁸⁸ Folgt man allgemein dieser engen Auslegung, kommt der Verbraucher regelmäßig in den Genuss des zwingenden neuen Verbraucherrechts samt der zweijährigen Frist des § 438 I Nr. 3, während sich der Verkäuferregress nach altem Recht beurteilt. Im Rahmen des Art. 229 § 6 EGBGB offenbart sich also zumindest insoweit die mangelnde Berücksichtigung des Verkäuferrückgriffs im intertemporalen Recht, als danach die klassische „Regressfalle“ in Form der „Verjährungsfalle“ erhalten bleibt.²⁴⁸⁹ Zu dieser kann es ferner in anderer Form selbst dann kommen, wenn der Letztverkäufer seine Ansprüche gegen den Lieferanten noch innerhalb der nach Art. 229 § 6 III EGBGB anzuwendenden kurzen Frist des bisherigen § 477 geltend machen kann. Häufig bleibt dann nämlich dem in Rückgriff genommenen Lieferanten seinerseits keine Zeit mehr, in der auch gegen ihn laufenden kurzen Frist des bisherigen § 477 bzw. § 638 selbst Regress zu nehmen. Dies gilt sogar dann, wenn ein Rahmenvertrag vorliegt. Denn dieser unterliegt zwar als Dauerschuldverhältnis nach Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB bis zum 31.1.2002 dem alten Schuldrecht. Der Abruf der Kaufsache als Einzel-Abruf basiert jedoch auf einem Einzelvertrag, der gemäß Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB dem neuen Recht unterstellt wird. Um wenigstens letzteres zu vermeiden, könnte man im Rahmen der kollisionsrechtlichen Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB ein „Dauerschuldverhältnis“ schon dann annehmen, wenn nur eine „gewisse Dauerhaftigkeit“ besteht. Danach wären praktisch alle Vertriebsabsprachen und Langzeitlieferverträge inklusive der Einzellieferungen als Dauerschuldverhältnis zu werten, für das erst ab dem 1.1.2003 das neue Recht griffe.²⁴⁹⁰

Entscheidend für eine umfassende Anwendung des bisherigen § 477 auf Altverträge spricht aber die gerade in den kaufrechtlichen Verjährungsfristen liegende, besondere Interessenabwägung. Denn insbesondere hier sind die schon mehrfach erwähnten Vertrauens- und Kalkulationsgesichtspunkte zu Gunsten des jeweiligen Verkäufers überwiegende Argumente. Dieser hätte anderenfalls zum Zeitpunkt des

²⁴⁸⁷ Soweit Mängelansprüche erst ab Gefahrübergang bzw. Lieferung der Sache und damit nach dem 1.1.2002 entstehen, dürfte Art. 229 § 6 I 1 EGBGB analog anzuwenden sein; Mansel/Budzikiewicz § 10 Rn. 3; Mansel, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 14 Rn. 16.

²⁴⁸⁸ Vgl. das Beispiel von Heß, NJW 2002, 253, 259.

Für nach dem 1.1.2002 entstandene Ansprüche aus Altverhältnissen (wegen eines erst dann erfolgten Gefahrüberganges) käme ein Fristenvergleich analog Art. 229 § 6 III, IV in Betracht, jedenfalls für die kaufrechtlichen Ansprüche; vgl. Gsell, NJW 2002, 1297, 1302 f.

²⁴⁸⁹ Heß, NJW 2002, 253, 259, 260.

²⁴⁹⁰ Ausführlich Kirsch, NJW 2002, 2520-2523.

Vertragsschlusses keine Möglichkeit gehabt, entsprechende Haftungsrisiken in seine Kalkulation einzubeziehen.²⁴⁹¹ Der Letztverkäufer hatte seit 1999 nicht nur die Möglichkeit, die ihm drohenden Gesetzesentwürfe zu studieren. Ihm war es vielmehr auch möglich, zumindest für die Übergangszeit dementsprechende Vereinbarungen mit seinem Lieferanten zu treffen. Zwar gilt diese Erwägung prinzipiell auch für den Lieferanten. Doch spricht für ein Aktivwerden des Letztverkäufers nicht nur die bisherige Rechtslage, sondern vor allem der allgemeine intertemporale Grundsatz, dass auf Altverträge altes Recht anzuwenden ist.

4. Denkbare „Ausdehnung“ der Ablaufhemmung

Wenn auf Altverträge schon nicht die neuen, längeren Verjährungsfristen anzuwenden sind, könnte ein effektiver Verkäuferregress aber zumindest eine weitgehende Anwendbarkeit des § 479 II fordern. Dazu könnte es wie folgt kommen: Zwar muss für die Ablaufhemmung zumindest nach dem Wortlaut des § 479 II ein Recht nach § 437 oder § 478 II bereits bestehen²⁴⁹² und dieses entstünde bei einem Kauf vom Lieferanten vor dem 1.1.2002 gemäß Art. 229 § 5 I EGBGB nach altem Recht²⁴⁹³.

Demgemäß wäre hier eine Anwendung des § 479 II ausgeschlossen, wenn nicht die Sonderregel des Art. 229 § 6 EGBGB für Verjährungsfragen etwas anderes geböte.

Da Art. 229 § 6 III EGBGB nach einer Auffassung aber nur für die Verjährungsfristen, nicht jedoch für die –modalitäten gilt, könnte für die Ablaufhemmung des § 479 II sodann Art. 229 § 6 I 1 EGBGB und damit grundsätzlich neues Recht greifen.²⁴⁹⁴ Näher dürfte hierzu dann indes eine Anwendung des Art. 229 § 6 I 2 EGBGB liegen²⁴⁹⁵. Jedenfalls griffe § 479 II somit prinzipiell auch auf zum 1.1.2002 noch nicht verjährte Rückgriffsansprüche.

Über das Institut der „intertemporalen Substitution“ auf „funktionsäquivalente Gewährleistungsansprüche“ könnten davon auch „entsprechende“ Gewährleistungsansprüche des alten Rechts erfasst werden.²⁴⁹⁶

Für diese weite Anwendbarkeit des § 479 II spricht grundsätzlich dessen Sinn und Zweck. Erstens ist zwingendes neues Recht schon nach allgemeinen Grundsätzen des intertemporalen Rechts auf noch nicht abgeschlossene „Altsachverhalte“ anzuwenden. Zweitens könnte man damit dem Willen des Gesetzgebers gerecht werden, gerade mittels § 479 II einen effektiven Verkäuferregress durchsetzen zu wollen.²⁴⁹⁷ Drittens kann man für eine solche Anwendung anführen, dass § 479 II als Ablaufhemmung keine

²⁴⁹¹ Gsell, NJW 2002, 1297, 1303 m.w.N.; so wohl auch Budzikiewicz, AnwBl 2002, 394, 397 f., zur Ablaufhemmung des § 479 II sowie selbst Knoche, DB 2002, 1699, 1700.

²⁴⁹² Pfeiffer, ZGS 2002, 17; vgl. aber Bereska, ZGS 2002, 59, 62, der hier zwischen § 478 I und II differenziert.

²⁴⁹³ Heß, NJW 2002, 253, 255, 259; aA Budzikiewicz, AnwBl 2002, 394, 395, wenn die Pflichtverletzung nach dem 1.1.2002 erfolgt.

²⁴⁹⁴ Pfeiffer, ZGS 2002, 17, unter Parallelbehandlung mit der Situation anlässlich der deutschen Wiedervereinigung; zu letzterer BGZ 142, 172 = NJW 1999, 3332, 3334.

²⁴⁹⁵ Nach Art. 229 § 6 I 2 EGBGB gilt für Fristbeginn, Hemmung und Unterbrechung bzw. Neubeginn die „Stichtagsregel“ mit Geltung des neuen Rechts ab dem 1.1.2002; Mansel, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 14 Rn. 23; Heß, NJW 2002, 253, 259.

²⁴⁹⁶ Heß, NJW 2002, 253, 259 f.

²⁴⁹⁷ Heß, NJW 2002, 253, 259 f.; Pfeiffer, ZGS 2002, 17, 18; Schwab/Witt, 56; Bereska, ZGS 2002, 59, 62, der dies immerhin für denkbar hält.

Verjährungsverlängerung im eigentlichen Sinne darstellt²⁴⁹⁸.

Nach einer Ansicht gebietet Art. 4 RL sogar, dass der darauf basierende Verkäuferrückgriff ab dem 1.1.2002 uneingeschränkt zu gewährleisten ist. Danach soll § 479 II selbst auf bereits verjährte Ansprüche anzuwenden sein. Gegebenenfalls wäre dazu ein Verfahren nach Art. 234 EG einzuleiten oder eine analoge Anwendung des Art. 229 § 6 I 1 EGBGB vorzunehmen.²⁴⁹⁹

Zumindest die letztgenannte Auffassung ist abzulehnen, da man durch die danach mögliche, rückwirkende Beseitigung des Verjährungseintritts die berechtigten Vertrauens- und Kalkulationserwartungen des Rückgriffsschuldners in unerträglicher Weise abwertete²⁵⁰⁰. Hinsichtlich der weiteren Anwendbarkeit des § 479 II wäre es im übrigen befremdlich, wenn zwar einerseits die Frist des bisherigen § 477 auch nach dem 1.1.2002 gelten könnte, auf diese laufende Frist aber andererseits die neue Ablaufhemmung des § 479 II gemäß Art. 229 § 6 I 2 EGBGB anzuwenden wäre.

Nach der Gegenansicht ist daher auch hinsichtlich des § 479 II ein Vergleich des Fristendes nach teleologischer Extension von Art. 229 § 6 III, IV EGBGB vorzunehmen. Als Ablaufhemmung verlängert § 479 II die laufende Verjährungsfrist nämlich „dynamisch“ und setzt sie nicht etwa, wie die Hemmung iSd §§ 203 ff., nur aus. Nach dieser Meinung muss also nicht nur die Anwendung des § 438 I Nr. 3, sondern auch die der Ablaufhemmung auf die kürzere bisherige Verjährungsfrist des § 477 aF ausscheiden.²⁵⁰¹ Gegen eine Anwendbarkeit des § 479 auf „Altansprüche“ spricht ferner, dass die Kollisionsregel des Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB hinsichtlich der Regelung der Entstehung, Durchführung sowie Beendigung des Schuldverhältnisses prinzipiell erschöpfend ist und entsprechend gegebenenfalls altes Recht auch auf Vertragsverletzungen ab dem 1.1.2002 zur Anwendung kommen lässt.²⁵⁰²

Eine Anwendung des § 479 II auf Altfälle widerspricht außerdem der allgemeinen Wertung des Art. 229 § 6 III EGBGB, wonach als Schuldner im Rahmen des Verjährungsrechts grundsätzlich der Lieferant geschützt werden soll²⁵⁰³. Zwar wollte der Gesetzgeber dadurch wohl kaum einen Regressabbruch fördern. Der Einwand²⁵⁰⁴ der mangelnden Rücksichtnahme des Gesetzgebers auf die im Rahmen des Verkäuferrückgriffs verwobenen Fristen, kann diese Vorgaben aber wohl nicht entkräften. Denn der Lieferant hätte anderenfalls zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Möglichkeit gehabt, entsprechende Haftungsrisiken in seine Kalkulation einzubeziehen.²⁵⁰⁵ Gerade unter dem letztgenannten Gesichtspunkt wäre es misslich, dass die Verjährungsfrist wegen der Obergrenze des § 479 II 2 effektiv sogar um bis zu

²⁴⁹⁸ Magnus, RIW 2002, 577, 584, der letztlich aber eine Anwendung des § 479 II ablehnt.

²⁴⁹⁹ Pfeiffer, ZGS 2002, 17, 18.

²⁵⁰⁰ Budzikiewicz, AnwBl 2002, 394, 397.

²⁵⁰¹ Ausführlich Budzikiewicz, AnwBl 2002, 394, 397-399; ablehnend auch Magnus, RIW 2002, 577, 584.

²⁵⁰² Dies erkennt selbst Knoche, DB 2002, 1699, der sich im Ergebnis allerdings für eine allgemeine Anwendung der §§ 478, 479 auf altes Recht ausspricht; derselbe, ebenda, 1699, 1700 f.

²⁵⁰³ Vgl. BT-Drucksache 14/6040, 273.

²⁵⁰⁴ Heß, NJW 2002, 253, 260.

²⁵⁰⁵ Vgl. Gsell, NJW 2002, 1297, 1303; Budzikiewicz, AnwBl 2002, 394, 397 sowie selbst Knoche, DB 2002, 1699, 1700.

viereinhalb Jahre länger sein könnte als nach der hier vertretenen Auslegung²⁵⁰⁶. Diese Überlegungen werden dadurch unterstützt, dass der Gesetzgeber speziell bei § 479 II eine angemessene Risikoabwägung zwischen den Interessen des Letztverkäufers und des Lieferanten vornehmen wollte²⁵⁰⁷. Insbesondere dieser Aspekt muss auch einer allgemeineren „intertemporalen Substitution“²⁵⁰⁸ auf „funktionsäquivalente Gewährleistungsansprüche“ des alten Rechts entgegenstehen. Entsprechendes gilt für die Ablaufhemmung des § 438 III 2, die grundsätzlich wie § 479 II zu behandeln ist²⁵⁰⁹.

5. Intertemporale Rechtswahl

Im Rahmen des Intertemporalen Kollisionsrechts kommt für den Kaufvertrag zwischen den Kettengliedern eine Intertemporale Rechtswahl in Betracht. Für die Verträge der Lieferkette gilt die Schranke des Art. 7 II RL gerade nicht direkt. Grundsätzlich kann ein Vertrag mithin dem neuen oder dem alten Recht unterstellt werden. Die Wahl des neuen Schuldrechts für Verträge vor dem 31.12.2001 ist als letztverkäuferfreundliche Regelung regelmäßig unproblematisch möglich. Erhebliche Bedenken bestehen jedoch, wenn nach dem 1.1.2002 das alte Schuldrecht gewählt wird, und Ausnahmen kommen allenfalls bei spezifischen Umbruchsituationen der Schuldrechtsreform in Betracht²⁵¹⁰. Denn zunächst wird hier nach der Wertung des § 478 IV 3 eine Umgehung der §§ 478, 479 nicht möglich sein²⁵¹¹.

II. Kollision der §§ 478, 479 mit internationalem Recht

Besondere Probleme werfen die §§ 478, 479 bei grenzüberschreitenden Lieferverträgen auf. Denn egal, ob EU-Mitglieds- oder Drittstaaten betroffen sind, ist das anwendbare Recht entweder nach dem besonderen internationalen Einheits- oder nach dem internationalen Kollisionsrecht zu bestimmen²⁵¹².

1. Das UN-Kaufrecht

a) Die Anwendung der CISG beim europäischen Verkäuferregress

aa) Allgemeines

Da die Verträge der Lieferkette Kaufverträge unter Unternehmern sind, beurteilt sich der europäische Verkäuferregress vor allem nach dem dem eigentlichen internationalen Privatrecht (IPR) vorgehenden²⁵¹³ Einheitsrecht des UN-Kaufrechts (bzw. CISG). Dies folgt daraus, dass die meisten europäischen Staaten jedenfalls Vertragsstaaten der CISG

²⁵⁰⁶ Magnus, RIW 2002, 577, 584.

²⁵⁰⁷ BT-Drucksache 14/6040, 250.

²⁵⁰⁸ Heß, NJW 2002, 253, 259.

²⁵⁰⁹ Dazu Budzikiewicz, AnwBl 2002, 394, 399.

²⁵¹⁰ Vgl. zu dieser allgemeinen Überlegung Mansel/Budzikiewicz § 6 Rn. 43 f.

²⁵¹¹ In diesem Sinne etwa Heß, NJW 2002, 253, 255.

²⁵¹² Staudinger, ZGS 2002, 63. Unabhängig vom konkret anwendbaren Recht treten hier zusätzliche Probleme durch spezielle Streitstände im internationalen Verkehr auf. Zweifelhaft ist nämlich beispielsweise, ob für die Untersuchungs- und Rügeproblematik auf das Vertragsstatut des Handelskaufs abzustellen oder eine Sonderanknüpfung an das Recht des umstrittenen Untersuchungsorts vorzunehmen ist; vgl. Baumbach/Hopt, § 377 HGB Rn. 31.

²⁵¹³ Schlechtriem/Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht(-Ferrari), vor Artt. 1-6 CISG Rn. 34 f.

sind, so dass im Ergebnis regelmäßig Art. 1 I lit. a CISG greift. Danach ist dieses Übereinkommen auf Kaufverträge über Waren zwischen Parteien anzuwenden, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, wenn diese Vertragsstaaten sind²⁵¹⁴. Die Anwendungsausnahme des Art. 2 lit. a CISG kann im Rahmen der Lieferkette kaum Bedeutung erlangen, wonach die CISG nicht anzuwenden ist, wenn es um einen Warenkauf für den persönlichen Gebrauch geht, und der Verkäufer dies vor oder bei Vertragsschluss wusste oder wissen musste²⁵¹⁵.

Da sich die RL an die CISG anlehnt, stehen dem Letztverkäufer bei deren Anwendbarkeit im Regelfall ähnliche Rechte zu wie nach der RL²⁵¹⁶.

Einen Sonderfall im Rahmen der CISG bildet allerdings die Konstellation, in der zwar das UN-Kaufrecht Anwendung findet, andererseits aber Fragen der Verjährung relevant sind. Denn für diese sieht die CISG keine Regelung vor (auch Art. 39 II CISG enthält nur eine Ausschlussfrist für die Mängelrüge - keine Verjährungsfrist²⁵¹⁷), und Deutschland ist zudem kein Vertragsstaat diesbezüglich einschlägiger Abkommen. Verjährungsfragen bestimmen sich also nach den Grundsätzen des IPR²⁵¹⁸. Damit kann § 479 wegen des Verweises auf § 437 unter Umständen auch für Ansprüche aus der CISG greifen²⁵¹⁹.

bb) Zwischenschalten einer ausländischen Niederlassung aus Sicht der CISG

Einen weiteren Sonderfall beim UN-Kaufrecht stellt der Versuch dar, deutsches Recht durch das Zwischenschalten einer ausländischen Niederlassung eines deutschen Unternehmens zu umgehen und die CISG nach Art. 1 I lit. a CISG zur Anwendung kommen lassen zu wollen. Hier ist Art. 10 lit. a iVm Art. 1 I CISG zu beachten, wonach bei mehreren Niederlassungen auch in bezug auf die Anwendbarkeit der CISG diejenige maßgeblich ist, die „...die engste Beziehung zu dem Vertrag und zu seiner Erfüllung hat“. Finden die Vertragsverhandlungen und die den Vertrag betreuenden Maßnahmen in Deutschland statt, ist somit die deutsche trotz der zwischengeschalteten ausländischen Niederlassung maßgeblich. Art. 1 I lit. a CISG bestimmt weiter, dass das UN-Kaufrecht auf Kaufverträge über Waren nur zwischen Parteien anzuwenden ist, die ihre Niederlassung in *verschiedenen* Staaten haben.²⁵²⁰ Damit muss der beschriebene

²⁵¹⁴ Ausführlich zum sachlichen, persönlich-räumlichen und zeitlichen Anwendungsbereich der CISG etwa Schlechtriem/Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht(-Ferrari), Art. 1 CISG Rn. 1 f., 12 ff., 40 ff.

²⁵¹⁵ Da diese Ausnahme im Rahmen der jeweils gesondert anzuknüpfenden Verträge der Lieferkette grundsätzlich nicht relevant wird, sind hier etwaige Kollisionen der CISG mit dem umgesetzten Recht der RL unerheblich; zum Meinungsstand ausführlich Janssen, VuR 1999, 324 ff. und dort speziell S. 327, wo er entscheidend auf einen von den Mitgliedstaaten (nicht) erklärten Vorbehalt nach Art. 94 CISG abstellt: liegt ein solcher nicht vor, soll die CISG vorgehen; vgl. ferner Magnus, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 79, 83-86; Pfeiffer, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK, Kauf-RL Art. 1 Rn. 29 sowie Schurr, ZfRV 1999, 222, 225; Jud, ÖJZ 2000, 661, 662; von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 725 und dort speziell Fn. 81.

²⁵¹⁶ Ein ausführlicher Vergleich findet sich etwa bei Magnus, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 79 ff.; vgl. ferner z.B. Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 233 f. Art. 4 Rn. 50 f.

²⁵¹⁷ Magnus, RIW 2002, 577, 578, 583; aA anscheinend von Sachsen Gessaphe, RIW 2001, 721, 734.

²⁵¹⁸ Dazu L.II.2.

²⁵¹⁹ Allerdings kann der Letztverkäuferrückgriff dann wiederum an der Rügeobliegenheit nach Art. 39 I CISG scheitern; Magnus, RIW 2002, 577, 583.

²⁵²⁰ Näher zu diesen Fragen Koch, WM 2002, 2217, 2226.

Umgehungsversuch scheitern.

b) Die Rechtswahl nach Art. 6 CISG

Zu beachten ist, dass die CISG gemäß Art. 6 CISG durch Rechtswahl ausgeschlossen oder abgeändert werden kann. Allerdings ist zweifelhaft, ob dies tatsächlich nur zu den damit von der jeweiligen Partei oder den Parteien erhofften Vorteilen führt. Denn neben höheren Informationskosten verursacht man dadurch häufig auch eine stärkere Rechtsunsicherheit²⁵²¹. Hinzu kommt, dass es gerade mittels der (notfalls angepassten) CISG möglich ist, „eine einheitliche Plattform bei Vertragsketten über mehrere Stufen zu schaffen“, die angesichts des Art. 6 CISG auch „flexibel“ auf die verschiedenen Rückgriffskonstellationen Rücksicht nehmen kann.²⁵²²

2. Internationales Kollisionsrecht

a) Rechtswahlmöglichkeiten und die Rechtswahlschranke des Art. 27 III EGBGB

Greift die CISG nicht oder wird sie nach Art. 6 CISG ausgeschlossen, bestimmt sich das anwendbare Recht vornehmlich gemäß Art. 27 I EGBGB²⁵²³, also nach der ausdrücklichen bzw. konkludenten Rechtswahl der Vertragsparteien.

Entscheidende Bedeutung erlangt hier allerdings die Rechtswahlschranke des Art. 27 III EGBGB. Sofern „der sonstige Sachverhalt im Zeitpunkt der Rechtswahl nur mit einem Staat verbunden ist“ (objektiver Inlandssachverhalt²⁵²⁴), kann danach „die Wahl des Rechts eines anderen Staates...die Bestimmungen nicht berühren, von denen nach dem Recht jenes Staates durch Vertrag nicht abgewichen werden kann (zwingende Bestimmungen).“ Für die §§ 478, 479 bedeutet dies wegen dieser praktisch zwingend machenden § 478 IV 1, 3, dass diese in den überwiegenden Fällen greifen.²⁵²⁵

Die meisten Umgehungsversuche der §§ 478, 479, insbesondere die Konstellation, in dem sowohl der Letztverkäufer als auch der Lieferant im Inland ansässig sind, werden schon hierüber erfasst und vermieden werden können.

Da das IPR erst das in der Sache anzuwendende Recht bestimmt²⁵²⁶, gehen dessen Regeln der Anwendung der §§ 478, 479 vor und schließen diese gegebenenfalls aus. Deshalb können Umgehungsversuche der §§ 478, 479 auf dem Gebiet der Rechtswahl nur über Art. 27 III EGBGB und nicht etwa über das Umgehungsverbot des (nationalen) § 478 IV 3 verhindert werden.

Ein Eingreifen des Art. 29 a EGBGB²⁵²⁷ bzw. des Art. 29 EGBGB scheitert jedenfalls

²⁵²¹ Dies gilt insbesondere bei der Wahl der lex mercatoria; Mankowski, RIW 2003, 2, 15.

²⁵²² Mankowski, RIW 2003, 2, 3, 10 f., 14 f., der ebenda, 10 f., andererseits darauf hinweist, dass nach Art. 27 I EGBGB die Wahl der CISG nicht kollisionsrechtlich, sondern nur materiell-rechtlich möglich ist und damit nach zwingendem nationalen Recht zu beurteilen ist. Gleiches gilt für die Wahl der UNIDROIT- bzw. der Lando-Principles.

²⁵²³ Hält man die Transformationsvorlage des Römischen EWG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ) – vom 19. Juni 1980, ABIEG 1980 C 282/1; BGBl. 1986 II, 810 – für die vorrangige Argumentationsgrundlage, muss man sich im Folgenden an deren entsprechenden Art. 3 f. halten.

²⁵²⁴ Mankowski vom 10.06.2003 in Hamburg.

²⁵²⁵ Graf von Westphalen, ZGS 2002, 389; Mankowski vom 10.06.2003 in Hamburg.

²⁵²⁶ Palandt/Heldrich, Einl. v. Art. 3 EGBGB Rn. 1.

²⁵²⁷ So aber Koch, WM 2002, 2217, 2226.

daran, dass es bei den §§ 478, 479 primär um den Schutz des Letztverkäufers und allenfalls mittelbar (durch die Schaffung eines solventeren Letztverkäufers) um den des Verbrauchers geht²⁵²⁸.

Mangels besonderer öffentlicher Interessen, in Form von Vorschriften wirtschafts- oder sozialpolitischen Gehalts²⁵²⁹, ist § 478 IV 3 zudem nicht als „durchschlagende“ Eingriffsnorm iSd Art. 34 EGBGB zu verstehen. Zwar können davon Verbraucherschutzvorschriften erfasst sein²⁵³⁰. Auch hier greift jedoch zumindest der Gedanke, dass es bei den §§ 478, 479 in erster Linie um den Schutz des Letztverkäufers geht. Ein Rückgriff auf den *ordre public* des Art. 6 EGBGB ist angesichts des Art. 27 III EGBGB ebenfalls unangebracht²⁵³¹.

b) Die objektive Anknüpfung nach Art. 28 I, II EGBGB

aa) Grundsätzliches

Bestimmt sich der Verkäuferregress weder nach Einheitsrecht noch nach einer Rechtswahl, greift Art. 28 I, II EGBGB. Nach Art. 28 I 1 EGBGB unterliegt der Vertrag dann grundsätzlich dem Recht des Staates, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist. Gemäß Art. 28 II 1 EGBGB wird vermutet, dass dies der Staat ist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt, oder wenn es sich um eine Gesellschaft oder eine juristische Person handelt, ihre Hauptverwaltung hat.

Die vertragscharakteristische Leistung ist bei einem Kaufvertrag typischerweise in der Lieferung der Sache zu sehen²⁵³².

Art. 28 II 2 EGBGB vermutet aber sodann weiter, dass bei einem Vertrag, der in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Partei geschlossen worden ist, abweichend von Art. 28 II 1 EGBGB der Staat maßgeblich ist, in dem sich deren Hauptniederlassung befindet oder in dem, wenn die Leistung nach dem Vertrag von einer anderen als der Hauptniederlassung zu erbringen ist, sich die andere Niederlassung befindet.

Prinzipiell gilt bei einem ausländischen Lieferanten also das autonome nationale Recht des Staates, in dem sich dessen ausliefernde Niederlassung befindet.

Dieser Grundsätze führen etwa im Geschäftsverkehr mit Österreich dazu, dass sich der österreichische Lieferant im Regelfall gemäß § 929 ABGB auf einen Regressausschluss berufen kann, während der deutsche an die §§ 478, 479 bzw. an das weitreichende Haftungsbeschränkungsverbot des § 478 IV 1 gebunden ist²⁵³³.

²⁵²⁸ Vgl. dazu Palandt/Heldrich, Art. 29 EGBGB Rn. 3, Art. 29 a EGBGB Rn. 5.

²⁵²⁹ Palandt/Heldrich, Art. 33 EGBGB Rn. 1.

²⁵³⁰ Palandt/Heldrich, Art. 33 EGBGB Rn. 1, 3 a.

²⁵³¹ Hinzu kommt, dass der Regress nach der RL, speziell nach Erwägungsgrund 9 RL, grundsätzlich dispositiv sein kann; ausführlich Staudinger, ZGS 2002, 63, 64.

²⁵³² Palandt/Heldrich, Art. 28 EGBGB Rn. 3.

²⁵³³ § 478 IV 1 ist auch nicht etwa als Exporthemmnis unanwendbar. Denn der hier gegenüber Art. 29 a EGBGB vorrangige und allenfalls einschlägige Art. 29 EGBGB verbietet nur gezielte Ausfuhrbeschränkungen und greift nicht gegenüber zwingendem Gewährleistungsrecht wie § 478 IV 1; Pfeiffer, in: Dauner-Lieb, AnwK, Kauf-RL Art. 4 Rn. 11, mit Verweis auf EuGH, v. 24.1.1991, Rs. C-339/89, Slg. 1991, I-107 Rn. 35 – Alsthom Atlantique/Sulzer; Staudinger, ZGS 2002, 63, 64.

bb) Zwischenschalten einer ausländischen Niederlassung oder eines ausländischen Verkäufers und Art. 28 II 2, V EGBGB

Angesichts der durch Art. 28 II 2 EGBGB vorgegebenen Ausgangslage liegt zunächst die Frage nahe, ob der Absatz über eine ausländische Niederlassung eines deutschen Unternehmens an den in Deutschland ansässigen Letztverkäufer eine kollisionsrechtlich erhebliche Umgehung darstellt²⁵³⁴. Wie erwähnt, gehen hier die Vorgaben des IPR den materiell-rechtlichen deutschen Normen vor. Sanktionen über § 478 IV 3 kommen daher zur Durchsetzung des vom deutschen Gesetzgeber hoch angesetzten Letztverkäuferschutzes²⁵³⁵ nicht in Betracht²⁵³⁶.

Man könnte sich allerdings zum einen überlegen, ob in diesen Konstellationen die Lieferung der Kaufsache noch die charakteristische Leistung ist. Zum anderen ist zu bedenken, dass Art. 28 II 2 EGBGB nur eine Vermutung aufstellt. Von entscheidender Bedeutung ist jedoch Art. 28 V EGBGB. Danach gelten die Vermutungen des Art. 28 II EGBGB nicht, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Vertrag engere Verbindungen mit einem anderen Staat aufweist.

Ist die ausländische Niederlassung also insbesondere nur zur Auslieferung der Ware eingesetzt worden, während die Vertragsverhandlungen in Deutschland geführt wurden und der Vertrag auch in Deutschland betreut wird²⁵³⁷, muss Art. 28 V EGBGB greifen. Dies führt dann zur Anwendung der §§ 478, 479²⁵³⁸.

Entsprechendes muss gelten, wenn ein deutsches Unternehmen nicht eine ausländische Niederlassung, sondern einen ausländischen, personenverschiedenen Verkäufer zwischenschaltet.

Angesichts der aufgezeigten Probleme hat der Gesetzgeber die durch die §§ 478, 479 entstehenden Kollisionen und Wettbewerbsunterschiede im internationalen Kontext möglicherweise nicht hinreichend bedacht²⁵³⁹. Diese könnten vor allem deshalb aktuell werden, weil das autonome deutsche Recht nun besonders regressfreundlich ist, und der Lieferant somit ein Interesse an anderen Rechtsordnungen hat²⁵⁴⁰.

Die aufgezeigten Grenzen lassen Umgehungsversuchen aber wenig Raum.

²⁵³⁴ Gruber, NJW 2002, 1180, 1181; Matthes, NJW 2002, 2505, 2508.

²⁵³⁵ Dazu nur BT-Drucksache 14/6040, 247.

²⁵³⁶ Gruber, NJW 2002, 1180, 1181 Fn. 13.

²⁵³⁷ Mankowski vom 10.06.2003 in Hamburg; vgl. auch KompaktKom-BGB/Tonner § 478 Rn. 31.

²⁵³⁸ Hinsichtlich der Anwendbarkeit der CISG ergibt sich der Sache nach das Gleiche aus Art. 10 lit. a iVm Art. 1 I CISG. Danach ist bei mehreren Niederlassungen auch in bezug auf die Anwendbarkeit der CISG diejenige maßgeblich, die „...die engste Beziehung zu dem Vertrag und zu seiner Erfüllung hat“; vgl. Koch, WM 2002, 2217, 2226 sowie soeben M.II.1.a.

²⁵³⁹ Gruber, NJW 2002, 1180, 1181 Fn. 10, mit Hinweis auf BT-Drucksache 14/6040, 95, wo nur Inlandsverträge erwähnt sind.

²⁵⁴⁰ Gruber, NJW 2002, 1180, 1181.

N. Fazit

Zusammenfassend bewahrheitet sich die eingangs angestellte Vermutung, dass die §§ 478, 479 eine der „wesentlichen Neuerungen“ der Schuldrechtsreform von 2002 sind²⁵⁴¹. Sie stellen sich nicht lediglich als „eher harmlose“²⁵⁴² Umsetzung des Art. 4 RL dar²⁵⁴³.

Dies liegt vor allem daran, dass der Letztverkäufer und die weiteren Glieder der Lieferkette nun wie vom Gesetzgeber gewünscht²⁵⁴⁴, in den überwiegenden Regressfällen anlässlich eines Verbrauchsgüterkaufs effektiv und dem Verantwortungsgrundsatz genügend Rückgriff nehmen können.

Insbesondere wurden die bisher häufig zumindest potentiell drohenden Verjährungs-, Haftungsfreizeichnungs-, Beweislast- und Aufwendungsersatz-, „fallen“ weitgehend reduziert. Im wesentlichen sind die §§ 478, 479 daher richtlinienkonform. Zugleich haben sie, wie erwartet, bedeutende wirtschaftliche Auswirkungen²⁵⁴⁵.

Dabei ist die Beschränkung auf das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs über eine bewegliche Sache wegen der dort besonders schneidigen und zwingenden Haftung sachgerecht.

Umstritten, dem Verantwortungsgrundsatz aber am konsequentesten dienend, ist die Erfassung des Zulieferers als tauglichen Rückgriffsschuldner. Wichtig ist hier, dass dieser gerade nicht für das Gesamtprodukt, sondern nur für seinen Verursachungsbeitrag haftet. Richtlinienwidrig und somit besonders hervorzuheben bleibt der regelungsbedürftige Ausschluss gebrauchter Sachen vom Rückgriff nach den §§ 478, 479²⁵⁴⁶.

§ 478 I und II sehen eine notwendige und harmonische Rückgriffsgabelung vor. § 478 I knüpft konsequent an das allgemeine Kaufrecht an und gewährt nur eine rückgriffsspezifische Fristerleichterung.

Eine Rechtszersplitterung konnte damit ausbleiben.

Der Verzicht auf das sonst bestehende Fristsetzungserfordernis für die Nacherfüllung ist beim Regress sinnvoll, da es den Rückgriffsgläubigern nicht um diese, sondern um die schnelle Weitergabe der Haftungsbelastungen aus dem Verbrauchsgüterkauf geht. Aus diesem Grund ist sie auch umfassend für alle vom Verbraucher ausgeübten Gewährleistungsrechte zur Verfügung zu stellen.²⁵⁴⁷

Der Aufwendungsersatzanspruch des § 478 II ist erforderlich, aber auch ausreichend, um den Letztverkäufer von den sonst kaum ersetzbaren Nacherfüllungsaufwendungen zu befreien²⁵⁴⁸. Da beim Anspruchsumfang nur die Kosten erfasst werden, die durch den Haftungsfall indiziert sind, wird der Letztverkäufer nicht unangemessen privilegiert.

Die Ungleichbehandlung mit dem Regressumfang nach § 478 I iVm den §§ 437 ff. ist folgerichtig, da der Letztverkäufer prinzipiell wie der Verbraucher behandelt werden soll.

²⁵⁴¹ Knoche, DB 2002, 1699.

²⁵⁴² So zu den potentiellen Auswirkungen des Art. 4 RL: Staudenmayer, NJW 1999, 2393, 2396; Magnus, wiedergegeben von Schwartze, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), 335, 350.

²⁵⁴³ Schubel, JZ 2001, 1113, 1120, empfindet sie etwa als „systemsprengend“.

²⁵⁴⁴ BT-Drucksache 14/6040, 247.

²⁵⁴⁵ Wolfgang Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1393; Ziegler/Rieder, ZIP 2001, 1789, 1796; Schubel, ZIP 2002, 2061.

²⁵⁴⁶ C.IV.3.c.

²⁵⁴⁷ C.

²⁵⁴⁸ D.

Zudem wird ihm dadurch der Anreiz gegeben, sich um die für ihn wegen § 478 II lohnendere und verbraucherfreundlichere Nacherfüllung zu bemühen.

Beide Rückgriffsmöglichkeiten sind gemäß dem Verantwortungsgrundsatz des Art. 4 S. 1 RL nur bei einer tatsächlichen Gewährleistungspflicht des Letztverkäufers eröffnet.

Um den Rückgriffsgläubiger nicht in einer „Beweislastfalle“ gefangen zu lassen, wurde die Beweislastumkehr des § 476 durch § 478 III auf dessen Regress ausgedehnt. Ob dies angesichts der bisherigen Grundsätze und der verbleibenden Lücken (speziell in bezug auf gebrauchte Sachen) unbedingt notwendig war, ist zweifelhaft.²⁵⁴⁹

Einen wesentlicher Regressbaustein bildet die Verjährungsregelung des § 479 I. Durch sie wurde nicht nur ein umfassender Fristengleichlauf (zur Not durch Analogie) sichergestellt und die ehemals regelmäßig drohende „primäre Verjährungsfalle“ in Form einer Fristenschere geschlossen.

Vielmehr begegnet die Ablaufhemmung des § 479 II 1 auch der durch die fast stets vorliegenden Zwischenlagerungen bestehenden „sekundäre Verjährungsgefahr“. Die Obergrenze des § 479 II 2 bezieht die Kalkulationsinteressen der Regressschuldner mit ein.²⁵⁵⁰

Allerdings bleiben diesbezüglich vor allem zwei Fragen problematisch: Der Letztverkäufer kann die Ablaufhemmung durch die Erfüllung der Verbraucherrechte grundsätzlich beeinflussen, und die Fünfjahresfrist des § 479 II 2 ist möglicherweise zu lang. Hier hat gegebenenfalls eine Einschränkung zu erfolgen.²⁵⁵¹

§ 478 IV versucht mit der Vorgabe des „gleichwertigen Ausgleichs“, der von der RL mit Erwägungsgrund 9 RL indizierten Vertragsfreiheit gerecht zu werden, zugleich aber unangemessene „Haftungsfallen“ der Rückgriffsgläubiger zu vermeiden. Dabei ist durch die Anlehnung an den aus dem bisherigen AGB-Gesetz bekannten „Kompensationsgedanken“ eine unnötige Rechtsunsicherheit verhindert worden. Die Vertragsparteien haben die Möglichkeit, im Voraus mittels einer an den durchschnittlichen Gewährleistungsaufwendungen orientierten ex ante-Betrachtung praxisgerecht und flexibel auf ihre jeweilige Liefersituation einzugehen²⁵⁵². Das Erfordernis nach einem „gleichwertigen Ausgleich“ stellt sich demnach gar nicht als allzu hoch dar. Zwar mag dies bei den von § 478 IV 1 ebenfalls erfassten Individualvereinbarungen²⁵⁵³ gelegentlich zu Unstimmigkeiten führen. Da bei diesen jedoch eine individuelle Betrachtung vorzunehmen ist, kann auf etwaige Bedenken hinreichend eingegangen werden.

Ein gewisser Protektionismus zugunsten des vermeintlich schwächeren Handels kann indes nicht gezeugnet werden, stellt sich aber als „folgerichtige Durchführung der Konsequenzen des verstärkten Verbraucherschutzes in der Lieferkette“ dar²⁵⁵⁴. In diesem

²⁵⁴⁹ E.

²⁵⁵⁰ F.

²⁵⁵¹ Matusche-Beckmann, BB 2002, 2561, 2566; Schubel, ZIP 2002, 2061, 2070.

²⁵⁵² Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), 427, 455, sieht hier die eigentliche „Bewährungsprobe“ der §§ 478, 479 und Aufgabe der Vertragsparteien – der gesetzliche Regress der §§ 478, 479 soll danach die Ausnahme bleiben.

²⁵⁵³ G.II.1.a.

²⁵⁵⁴ Westermann, JZ 2001, 530, 540 f.

Lichte sind auch vertragliche Ausdehnungen der §§ 478, 479 grundsätzlich möglich²⁵⁵⁵.

§ 478 VI lässt die Untersuchungs- und Rügeobligationen unberührt. Es ist im Handelsverkehr auch nicht einzusehen, warum davon vom Grundsatz her abgewichen werden sollte. Effektive, unberechtigte Regresshindernisse werden dadurch nicht aufrechterhalten, weil dem kaufmännischen Rückgriffsgläubiger eine gewisse Warenkontrolle und Haftungsweiterleitung zuzumuten ist. Sollten im Einzelfall dennoch unangemessene Hürden iSd Art. 4 RL bestehen, wird man § 377 HGB entsprechend auslegen können.²⁵⁵⁶

Im Zuge der vom Gesetzgeber bezweckten Anknüpfung an die allgemeinen Gewährleistungsrechte und Ermöglichung von Vertragsabreden, ist die in den §§ 478 V, 479 III erfolgte Ausdehnung auf die Lieferkette zu begrüßen. Die Variante einer unmittelbaren Haftung des für den Mangel verantwortlichen Kettengliedes war denkbar, jedoch aus deutscher Sicht nicht vorzugswürdig.²⁵⁵⁷

Im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten hat die Bundesrepublik Deutschland bei der Umsetzung des Letztverkäuferrückgriffs nach Art. 4 RL insgesamt einen Mittelweg gewählt. Zum einen geht sie deutlich über andere europäische Regressregeln hinaus, wie der Vergleich mit dem relativ leicht abdingbaren österreichischen § 933 b ABGB zeigt. Zum anderen bleibt sie etwa hinter der italienischen Direkthaftungsmöglichkeit zurück.²⁵⁵⁸

Händler, Endproduktehersteller und Zulieferer werden dadurch in Europa unterschiedlich belastet.

Der erwartete Wettbewerb unter den europäischen Regressregelungen wird damit eintreten, kann durch das Internationale Privatrecht aber auf ein erträgliches Maß begrenzt werden. Trotzdem sind die gerade in bezug auf die Regressschuldner bestehenden Unterschiede im Hinblick auf die von der RL vorgesehene Harmonisierung zu bedauern.²⁵⁵⁹

Art. 12 II RL sieht hier Anpassungsmöglichkeiten vor²⁵⁶⁰. Je weiter das europäische Privatrecht zusammenwächst, desto mehr werden diese Differenzen abnehmen.

²⁵⁵⁵ H.

²⁵⁵⁶ J.

²⁵⁵⁷ L.I.

²⁵⁵⁸ L.II.2 und zu letzterer ausführlich Eccher/Schurr, ZEuP 2003, 65, 70.

²⁵⁵⁹ L.II.1.

²⁵⁶⁰ Näher dazu etwa Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), 198, 231 f. Art. 4 Rn. 48 sowie allgemeiner derselbe, ebenda, 232 f. Rn. 49; Brüggemeier, JZ 2000, 529, 533 und dort speziell Fn. 23.

O. SchrifttumI. Abkürzungen der verwendeten Zeitschriften

AcP	Archiv für die christliche Praxis		für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
AnwBl	Anwaltsblatt	MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
BB	Der Betriebs-Berater	NJ	Neue Justiz
BRAK-Mitt.	BRAK-Mitteilungen	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
DAR	Deutsches Autorecht	ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
DB	Der Betrieb	RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
DRiZ	Deutsche Richterzeitung	VuR	Verbraucher und Recht
DStR	Deutsches Steuerrecht	WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht	ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht	ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht	ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
GewArch	Gewerbearchiv, Zeitschrift für Gewerbe- und Wirtschaftsverwaltungsrecht	ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
JBl	Juristische Blätter	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
JURA	Juristische Ausbildung	ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
JuS	Juristische Schulung	ZSchwR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
JZ	Juristenzeitung	ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
KritV	Kritische Vierteljahresschrift		

II. Verzeichnis

Adolphsen, Jens	Die Schuldrechtsreform und der Wegfall des Viehgewährleistungsrechts, Agrarrecht 2001, 169-174.
Amtenbrink, Fabian/ Schneider, Claudia	Die europaweite Vereinheitlichung von Verbrauchsgüterkauf und –garantien, VuR 1996, 367-380. Europäische Vorgaben für ein neues Kaufrecht und deutsche Schuldrechtsreform, VuR 1999, 293-301.
Augenhofer, Susanne	Bedeutung von Werbeaussagen – sowohl des Verkäufers als auch des Herstellers – für die Begründung von Gewährleistungsrechten, JBl 2001, 82-90.
Ball, Wolfgang	Neues Gewährleistungsrecht beim Kauf, ZGS 2002, 49-54.
Basedow, Jürgen	Die Reform des deutschen Kaufrechts, Köln 1988.
Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J.	Handelsgesetzbuch, 30. Auflage, München 2000.
Bereska, Christian	Der neue Lieferantenregress nach §§ 478, 479 BGB – eine Arbeitshilfe, ZGS 2002, 59-62.

- Beurskens, Michael Grundriss Schuldrecht 2002, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002.
- Boerner, Dietmar Kaufrechtliche Sachmängelhaftung und Schuldrechtsreform, ZIP 2001, 2264-2273.
- Bridge, Michael Art. 4 Rückgriffsrechte, in: Grundmann, Stefan/Bianca, Cesare Massimo (Hrsg.), EU-Kaufrechtsrichtlinie, Köln 2002, 198-234. (Zitiert: Bridge, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.)).
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich Besonderes Schuldrecht, 27. Auflage, München 2002.
- Brüggemeier, Gert Zur Reform des deutschen Kaufrechts - Herausforderungen durch die EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, JZ 2000, 529-538.
- Das neue Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, WM 2002, 1376-1387.
- Brüggemeier, Gert/Reich, Norbert Europäisierung des BGB durch große Schuldrechtsreform?, BB 2001, 213-222.
- Buck, Petra Kaufrecht, in: Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Das Schuldrecht 2002, Systematische Darstellung der Schuldrechtsreform, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 2002, 105-182. (Zitiert: Buck, in: Westermann (Hrsg.)).
- Budzikiewicz, Christine Ablaufhemmung und intertemporales Kollisionsrecht, AnwBl 2002, 394-399.
- Büdenbender, Ulrich § 8 Der Kaufvertrag, in: Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, Heidelberg 2002, 222-260. (Zitiert: Büdenbender, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 8).
- Bundesministerium der Justiz Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Berlin, Stand: 4. August 2000; abrufbar unter <http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/schumod/diske/eschurmo.pdf>; zuletzt abgerufen am 26.06.2003. (Zitiert: DiskE).
- Informationspapier zum Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Berlin, Stand: 4. August 2000; abrufbar unter <http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/schumod/diske/arbeitsh.pdf>; zuletzt abgerufen am 26.06.2003. (Zitiert: BMJ, Informationspapier vom 4. August 2000).
- Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf der Grundlage des

Diskussionsentwurfes eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes der hierzu vorliegenden Stellungnahmen und der Ergebnisse der Beratungen der Arbeitsgemeinschaften zu den einzelnen Komplexen und der Kommission Leistungsstörungenrechts, Berlin, 6. März 2001; abrufbar unter <http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/schumod/diske/entwurf.pdf>; zuletzt abgerufen am 26.06.2003. (Zitiert: KF).

SMG-DE03-060301 neukorr-Weiterentwicklung [„Konsolidierte Fassung des Verjährungsrechts“], Berlin, 22. März 2001; abrufbar unter <http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/schumod/diske/entwurf.pdf>; zuletzt abgerufen am 26.06.2003. (Zitiert: KFVerj).

Bundesministerium für Justiz
[Republik Österreich]

Entwurf Bundesgesetz, mit dem Gewährleistungsrecht im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch und im Konsumentenschutzgesetz sowie das Versicherungsvertragsgesetz geändert werden (Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz - GewRÄG); abrufbar unter http://www.jura.uni-freiburg.de/Junge.Zivilrechtswissenschaftler/Freiburg2001/Schuldrechtsmodernisierung/Oesterreich_GewRAeGRV.pdf; zuletzt abgerufen am 26.06.2003. (Zitiert: GewRÄG-E).

Bundesrat-Rechtausschuss

zum EU-Richtlinienvorschlag zum Verbraucherkauf, ZIP 1996-aktuell, Nr. 259.

Bydlinski, Peter

Die geplante Modernisierung des Verjährungsrechts, in: Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 1. Auflage, Tübingen 2001, 381-403. (Zitiert: Bydlinski, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.)).

Canaris, Claus-Wilhelm

Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinski, Wien, New York 2001, 81-103. (Zitiert: Canaris, FS Franz Bydlinski (2001)).

Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland, Deutsche Fassung eines am 15.9.2001 an der Universität von Padua in italienischer Sprache (und in gekürzter Form) gehaltenen Vortrags, München 2001; abrufbar unter <http://www.jura.uni-muenchen.de/einrichtungen/ls/canaris/padua.pdf>; zuletzt abgerufen am 26.06.2003. (Zitiert: Canaris, Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland).

Schuldrechtsreform 2002, München 2002. (Zitiert: Canaris, Schuldrechtsreform 2002).

- Däubler-Gmelin Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform, NJW 2001, 2281-2289.
- Dauner-Lieb, Barbara Das neue Schuldrecht: Fälle und Lösungen, Bonn 2002. (Zitiert: Dauner-Lieb, Das neue Schuldrecht: Fälle und Lösungen).
- Dauner-Lieb, Barbara/Dötsch, Wolfgang Schuldrechtsreform: Haftungsgefahren für Zwischenhändler nach neuem Recht?, DB 2001, 2535-2540.
- Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard Anwaltkommentar Schuldrecht, Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mietrecht, Bonn 2002. (Zitiert: Bearbeiter, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), AnwK).
- Dilchert, Ulrich AGB für den Verkauf von Kraftfahrzeugen, ZGS 2002, 150-154.
- Dreher, Meinrad Der Verbraucher – Das Phantom in der opera des europäischen und deutschen Rechts?, JZ 1997, 167-178.
- Eberenz, Mathias Zwei Jahre Garantie, Hamburger Abendblatt vom 13./14. Oktober 2001, 21.
- Eccher, Bernhard/Schurr, Francesco A. Die Umsetzung der Richtlinie 99/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf in Italien, ZEuP 2003, 65-84.
- Ehmann, Horst/Rust, Ulrich Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, JZ 1999, 853-864.
- Ehmann, Horst/Sutschet, Holger Modernisiertes Schuldrecht, Lehrbuch der Grundzüge des neuen Rechts und seiner Besonderheiten, München 2002.
- Eidenmüller, Horst Zur Effizienz der Verjährungsregeln im geplanten Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, JZ 2001, 283-287.
- Ökonomik der Verjährungsregeln, in: Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 1. Auflage, Tübingen 2001, 405-415. (Zitiert: Eidenmüller, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.)).
- Elb, Werner G. Schuldrechtsmodernisierung : Ein Leitfaden für die Rechtspraxis, Köln 2002.
- Ernst, Stefan Gewährleistungsrecht – Ersatzansprüche des Verkäufers gegen den Hersteller auf Grund von Mangelfolgeschäden, MDR 2003, 4-10. (Zitiert: Stefan Ernst, MDR 2003).
- Ernst, Wolfgang/Gsell, Beate Kaufrechtsrichtlinie und BGB, ZIP 2000, 1410-1427.
- Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Kaufrechtsrichtlinie, ZIP 2000, 1462-1464.

Nochmals für die „kleine Lösung“, ZIP 2000, 1812-1816.

Kritisches zum Stand der Schuldrechtsmodernisierung, ZIP 2001, 1389-1403.

- Faber, Wolfgang Zur Richtlinie bezüglich Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter, JBl 1999, 413-433.
- Flessner, Axel § 14 Richtlinie und Reform - Die Einpassung der Kaufgewährleistungs-Richtlinie ins deutsche Recht -, in: Grundmann, Stefan/Medicus, Dieter/Rolland, Walter (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht: Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Köln, Berlin, Bonn, München 2000, 233-249. (Zitiert: Flessner, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.)).
- Flume, Werner Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung, ZIP 2000, 1427-1430.
- Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht, Schimmel, Roland/Buhlmann, Dirk (Hrsg.), Neuwied, Kriftel 2002. (Zitiert: Frankfurter Handbuch/Bearbeiter).
- Gass, Peter Die Schuldrechtsüberarbeitung nach der politischen Entscheidung zum Inhalt der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, in: Festschrift für Walter Rolland zum 70. Geburtstag, Köln 1999, 129-143. (Zitiert: Gass, FS Walter Rolland (1999)).
- Girgoleit, Hans Christoph Weiterfresserschäden und Mangelfolgeschäden nach der Schuldrechtsreform: Der mangelhafte Traktor, ZGS 2002, 78-80.
- Gruber, Urs Peter Das neue deutsche Zwischenhändler-Schutzrecht – eine Benachteiligung inländischer Hersteller und Großhändler?, NJW 2002, 1180-1182.
- Grundmann, Stefan Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts – insbesondere: der Kanon der nationalen Auslegungsmethoden als Grenze?, ZEuP 1996, 399-424.
- Europäisches Schuldvertragsrecht: das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte (nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung), Berlin und New York 1999.
- § 16 Generalreferat: Internationalisierung und Reform des deutschen Kaufrechts, in: Grundmann, Stefan/Medicus, Dieter/Rolland, Walter (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht: Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Köln, Berlin,

Bonn, München 2000, 281-321. (Zitiert: Grundmann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.)).

Einwirkung von EG-Richtlinien des Privat- und Wirtschaftsrechts auf nationales Recht – Deckungsgleichheit zumindest im Mindestniveau, JuS 2002, 768-773.

- Gsell, Beate Kaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierung, JZ 2001, 65-75.
- Schuldrechtsreform: Die Übergangsregelungen für die Verjährungsfristen, NJW 2002, 1297-1303.
- Gsell, Beate/Rüfner, Thomas Symposium Schuldrechtsmodernisierung 2001, NJW 2001, 424-426.
- Gursky, Karl-Heinz Schuldrecht Besonderer Teil, Band 2/2, 4. Auflage, Heidelberg 2002.
- Haas, Lothar Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes: Kauf- und Werkvertragsrecht, BB 2001, 1313-1321.
- Haas, Lothar/Medicus, Dieter/Rolland, Walter/Schäfer, Carsten/Wendtland, Holger Das neue Schuldrecht, München 2002. (Zitiert: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland(-Bearbeiter)).
- Hänlein, Andreas Die Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, DB 1999, 1641-1647.
- Harms, Carsten Änderungen im Kauf- und Werkvertragsrecht, BRAK-Mitt. 6/2001, 278-284.
- Hassemer, Michael Kaufverträge nach der Schuldrechtsreform – Vertragsgestaltung gegenüber Verbrauchern und im Handelsgeschäft, ZGS 2002, 95-102.
- Der Regress des Letztverkäufers, JURA 2002, 841-848.
- Henssler, Martin/Westphalen, Friedrich Graf von Praxis der Schuldrechtsreform, Recklinghausen 2001. (Zitiert: Henssler/Graf von Westphalen(-Bearbeiter)).
- Heß, Burkhard Das neue Schuldrecht - In-Kraft-Treten und Übergangsregelungen, NJW 2002, 253-260.
- Heussen, Benno Checkliste: Unternehmensmandate nach der Schuldrechtsreform, MDR 2002, 12-19.
- Hintzen, Sigrid Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (Bundesrats-Drucksache 338/01, Bundestags-Drucksache 14/6040), Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Berlin, 18. Juni 2001; abrufbar unter

abrufbar unter http://www.bdi-online.de/BDIONLINE_INEAASP/iFILE.dll/X7B41165603E84EA08FFD083E0BF42C8B/2F252102116711D5A9C0009027D62C80/DOC/bla.doc; zuletzt abgerufen am 26.06.2003. (Zitiert: Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 18. Juni 2001).

Vorschläge zur Änderung des Regierungsentwurfs für ein Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (Bundesrats-Drucksache 338/01, Bundestags-Drucksache 14/6040 einschließlich Gegenäußerung der Bundesregierung), Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Berlin, 7. September 2001; abrufbar unter http://www.bdi-online.de/BDIONLINE_INEAASP/iFILE.dll/X53E859A54D6148D3B383C42FFD0FE74C/2F252102116711D5A9C0009027D62C80/PDF/stellungnahme.pdf; zuletzt abgerufen am 26.06.2003. (Zitiert: Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 7. September 2001).

Höffe, Sibylle

Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG und ihre Auswirkungen auf den Schadensersatz beim Kauf, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien 2002.

Hoeren, Thomas

Gestaltungsvorschläge für Musterverträge und Einkaufsbedingungen nach In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes – Teil 1, ZGS 2002, 10-17.

Gestaltungsvorschläge für Musterverträge und Einkaufsbedingungen nach In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes – Teil 2, ZGS 2002, 68-72.

Hoeren, Thomas/Martinek, Michael

Systematischer Kommentar zum Kaufrecht, Recklinghausen 2002. (Zitiert: Hoeren/Martinek(-Bearbeiter)).

Hoffmann, Jan

Verbrauchsgüterkaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, 347-350.

Hondius, Ewoud

Niederländisches Verbraucherrecht - vom Sonderrecht zum integrierten Zivilrecht, VuR 1996, 295-301.

Kaufen ohne Risiko: Der europäische Richtlinienentwurf zum Verbraucherkaufl und zur Verbrauchergarantie, ZEuP 1997, 130-140.

Hondius, Ewoud/
Jeloschek, Christoph

§ 12 Die Kaufrichtlinie und das niederländische Recht: Für den Westen kaum etwas Neues, in: Grundmann, Stefan/Medicus, Dieter/Rolland, Walter (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 2000, 197-217. (Zitiert: Hondius/Jeloschek, in:

Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.)).

- Honsell, Heinrich
Einige Bemerkungen zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, 18-21.

Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB, JZ 2001, 278-283.
- Howells, Geraint
§ 10 Implementation of EC Consumer Sales Directive in the United Kingdom, in: Grundmann, Stefan/Medicus, Dieter /Rolland, Walter (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 2000, 161-179. (Zitiert: Howells, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.)).
- Huber, Peter/Faust, Florian
Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, München 2002. (Zitiert: Huber/Faust(-Bearbeiter), Kapitel.)
- Hübner, Ulrich
Der Verbrauchsgüterkauf: ein weiterer Schritt in Richtung Europäisierung des Privatrechts, EuZW 1999, 481.
- Jansen, Nils
Diskussionsbericht zu den Referaten Zimmer, Schlechtriem und Roth, in: Ernst, Wolfgang/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform: zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, Tübingen 2001, 257-261. (Zitiert: Jansen, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.)).
- Janssen, André
Kollision des einheitlichen UN-Kaufrechts mit dem Verbraucherschutzrecht am Beispiel der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und –garantien, VuR 1999, 324-327.
- Jauernig, Othmar
Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage, München 2003. (Zitiert: Jauernig/Bearbeiter).
- Jorden, Simone/Lehmann, Michael
Verbrauchsgüterkauf und Schuldrechtsmodernisierung, JZ 2001, 952-965.
- Jud, Brigitta
Der Richtlinienentwurf der EU über den Verbrauchsgüterkauf und das österreichische Recht, ÖJZ 1997, 441-450.

Zum Händlerregress im Gewährleistungsrecht, ÖJZ 2000, 661-668.

Regressrecht des Letztverkäufers, ZfRV 2001, 201-219.

Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie in Österreich, in: Ernst, Wolfgang/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform: zum Diskussionsentwurf eines

Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, Tübingen 2001, 743-747. (Zitiert: Jud, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.)).

- Kainer, Friedemann Die Verbrauchsgütergewährleistungsrichtlinie und ihre kaufrechtliche Umsetzung in das deutsche Recht, AnwBl 2001, 380-388.
- Kessler, Christian Der Kauf gebrauchter Waren nach dem Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZRP 2001, 70-72.
- Kircher, Wolfgang Zum Vorschlag für eine Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und –garantien, ZRP 1997, 290-294.
- Kirchner, Christian/Richter, Klaus Vorschlag für ein Gesetz zur Änderung des Kaufrechts und des Fernabsatzgesetzes, Berlin, Juni 2001; abrufbar unter <http://www.jura.uni-passau.de/fakultaet/lehrstuehle/Altmeppen/1024x768/Entwurf%20Kirchner.pdf>; zuletzt abgerufen am 26.06.2003. (Zitiert: Kirchner/Richter).
- Kirsch, Andreas Schuldrechtsreform und Unternehmen – Umstellungen bei Langzeitverträgen, NJW 2002, 2520-2523.
- Klindt, Thomas Produktsicherheitsgesetz, München 2001.
- Knoche, Joachim P. Verbrauchsgüterkauf: Rückgriff des Letztverkäufers gegenüber seinem Lieferanten nach § 478 BGB n.F. bei vor dem 1.1.2002 abgeschlossenen Lieferverträgen, DB 2002, 1699-1701.
- Knütel, Rolf Zur Schuldrechtsreform, NJW 2001, 2519-2521.
- Koch, Robert Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Gestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, WM 2002, 2217-2228.
- Kocher, Eva Das neue deutsche Schuldrecht - »modern« und vorläufig?, Kritische Justiz 2002, 133-156.
- Köhler, Helmut/Fritzsche, Jörg Fälle zum neuen Schuldrecht, München 2002.
- Kohte, Wolfhard/Micklitz, Hans-W./Rott, Peter/Tonner, Klaus/Willingmann, Armin Das neue Schuldrecht, Kompaktkommentar, Neuwied, München 2003. (Zitiert: KompaktKom-BGB/Bearbeiter).
- Koller, Ingo/Roth, Herbert/Zimmermann, Reinhard Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002, München 2002.
- Krebs, Peter Die große Schuldrechtsreform, DB 2000, Beilage Nr. 14 zu Heft 48, 1-28.
- Kretschmer, Friedrich/ Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Vorschläge des

- Hintzen, Sigrid BDI zur Umsetzung der EU-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie
ABl. L 171/12 vom 7. Juli 1999, Berlin, 17. Januar 2000;
abrufbar unter http://www.bdi-online.de/BDIONLINE_INEAASP/iFILE.dll/X2E32317C9DD611D4B9400050DA2262B7/2F252102116711D5A9C0009027D62C80/PDF/2E32317C9DD611D4B9400050DA2262B7.pdf;
zuletzt abgerufen am 26.06.2003. (Zitiert: Kretschmer/Hintzen, BDI-Stellungnahme vom 17. Januar 2000).
- Lando, Ole § 5 International Trends: Requirements concerning the quality of movable goods and remedies for defects under the Principles of European Contract Law, in: Grundmann, Stefan/Medicus, Dieter/Rolland, Walter (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 2000, 61-78. (Zitiert: Lando, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.)).
- Laws, Jutta Strukturen des Kauf-, Werkvertrags- und Werklieferungsvertragsrechts nach der Schuldrechtsreform, MDR 2002, 320-327.

Neue Zivilrechtspraxis: Schnelleinstieg in die Schuldrechtsreform, Köln 2002. (Zitiert: Laws, Neue Zivilrechtspraxis).
- Leenen, Detlef Die Neuregelung der Verjährung, JZ 2001, 552-560.

Die Neugestaltung des Verjährungsrechts durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, DStR 2002, 34-43.
- Leenen, Detlef/Mansel, Heinz-Peter/Peters, Frank/Zimmermann, Reinhard Stellungnahme zu: „Neue Fassung des Verjährungsrechts auf der Grundlage des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, der hierzu vorliegenden Stellungnahmen und der Ergebnisse der Sitzung der Arbeitsgemeinschaft Verjährungsrecht am 15. und 16. Januar 2001 in Berlin“, Bonn, Berlin, Köln, Hamburg, Regensburg, 26.2.2001; abrufbar unter <http://www.ipr.uni-koeln.de/schreff/memorandum.pdf>; zuletzt abgerufen am 26.06.2003. (Zitiert: Leenen/Mansel/Peters/Zimmermann, Stellungnahme vom 26.2.2001).
- Lehmann, Michael Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeangaben beim Verbrauchsgüterkauf, JZ 2000, 280-293.
- Lehr, Wolfgang/Wendel, Heiko Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und -garantien, EWS 1999, 321-327.
- Linnertz, Jörn Modernisierung des Schuldrechts: Kaufrecht, AnwBl 2001, 400-402.

- Lörcher, Heike Ein neues Gewährleistungsrecht für Verbraucher – EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und –garantien, BRAK-Mitt. 2/1998, 77-78.
- Lorenz, Stephan/Riehm, Thomas Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002.
- Luther, Andersen Die Schuldrechtsreform: Leitfaden für die Praxis, Heidelberg 2001. (Zitiert: Luther(-Bearbeiter)).
- Magnus, Ulrich Der Regreßanspruch des Letztverkäufers nach der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, in: Private law in the international arena: Liber amicorum Kurt Siehr, Den Haag 2000, 429-443. (Zitiert: Magnus, FS Kurt Siehr (2000)).
- § 6 Der Stand der internationalen Überlegungen: Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und das UN-Kaufrecht, in: Grundmann, Stefan/Medicus, Dieter/Rolland, Walter (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 2000, 79-91. (Zitiert: Magnus, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.)).
- UN-Kaufrecht und neues Verjährungsrecht des BGB – Wechselwirkungen und Praxisfolgen, RIW 2002, 577-584.
- Mankowski, Peter Verbrauchervertrag und Vertrag zu Gunsten Dritter, Anmerkung zu LG Frankfurt/M. v. 1.11.2000 – 2/1 S 164/00, VuR 2002, 269-277.
- Ein Zulieferer ist kein Lieferant, DB 2002, 2419-2421.
- Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs, RIW 2003, 2-15.
- Kurzkommentar zu LG Ellwangen 13.12.2002 – 3 O 219/02 (NJW 2003, 517); EWiR § 439 BGB 1/03, 315-316. (Zitiert: Mankowski, zu LG Ellwangen EWiR § 439 BGB 1/03).
- Kurzkommentar zu AG Potsdam 12.09.2002 – 30 C 122/02 (ZGS 2003, 120); EWiR § 476 BGB 1/03, 465-466. (Zitiert: Mankowski, zu AG Potsdam EWiR § 476 BGB 1/03).
- Mansel, Heinz-Peter Die Neuregelung des Verjährungsrechts, NJW 2002, 89-99.
- § 1 Verjährung, in: Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, Heidelberg 2002, 10-63. (Zitiert: Mansel, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 1).
- § 14 Übergangsrecht, in: Dauner-Lieb, Barbara/Heidel,

- Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, Heidelberg 2002, 432-440. (Zitiert: Mansel, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 14).
- Mansel, Heinz-Peter/
Budzikiewicz, Christine Das neue Verjährungsrecht, Anwaltspraxis, Bonn 2002.
- Marx, Claudius Handlingkosten im Unternehmerrückgriff, BB 2002, 2566-2470.
- Marx, Claudius/Wenglorz,
Georg Schuldrechtsreform 2002: Das neue Vertragsrecht, Freiburg (Breisgau), Berlin, München 2001.
- Matthes, Jens Der Herstellerregress nach § 478 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen – ausgewählte Probleme, NJW 2002, 2505-2511.
- Matthiessen, Holger/
Lindner, Beatrix EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf - Anlaß für eine Reform des deutschen Schuldrechts, NJ 1999, 617-622.
- Matusche-Beckmann, Annemarie Unternehmerregress im neuen Kaufrecht: Rechtsprobleme in der Praxis, BB 2002, 2561-2566.
- Maultzsch, Felix Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002: Der Regress des Unternehmers beim Verbrauchsgüterkauf, JuS 2002, 1171-1175.
- Medicus, Dieter Ein neues Kaufrecht für Verbraucher?, ZIP 1996, 1925-1930.
- § 13 Verbraucherrecht und Verbrauchsgüterkauf in einem kodifikatorischen System - Bürgerrecht, Handelsrecht und Sonderprivatrecht, in:
Grundmann, Stefan/Medicus, Dieter/Rolland, Walter (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht: Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Köln, Berlin, Bonn, München 2000, 219-231. (Zitiert: Medicus, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.)).
- Dogmatische Verwerfungen im geltenden deutschen Schuldrecht, in: Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 1. Auflage, Tübingen 2001, 33-40. (Zitiert: Medicus, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.)).
- Schuldrecht II Besonderer Teil, 11. Auflage, München 2003. (Zitiert: Medicus, Schuldrecht II Besonderer Teil).
- Micklitz, Hans-W. Ein einheitliches Kaufrecht für Verbraucher in der EG?, EuZW 1997, 229-237.

- Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, EuZW 1999, 485-493.
- Möller, Cosima Diskussionsbericht zum Vortrag von Detlef Leenen, JZ 2001, 560-561.
- Möschel, Wernhard Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, AcP 186 (1986), 187-236.
- Müller, Gerd Zu den Folgen des Rügeversäumnisses i.S.d. § 377 HGB, ZIP 2002, 1178-1186.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), AGB-Gesetz, 4. Auflage, München 2001. (Zitiert: MünchKomm/Bearbeiter, Band 1).
- zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 4. Auflage, München 2003. (Zitiert: MünchKomm/Bearbeiter, Band 2 a).
- Nickel, Egbert Zur Problematik von Gewährleistungs- und Garantiekostenregelungen durch AGB im Verhältnis zwischen Hersteller und Händler, NJW 1981, 1490-1494.
- Nietzer, Wolf Michael/
Stein, Antonia Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf – Auswirkungen in Deutschland und Frankreich, ZVglRWiss 99 (2000), 41-50.
- Odersky, Walter Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur, ZEuP 1994, 1-4.
- Oechsler, Jürgen Schuldrecht Besonderer Teil Vertragsrecht, München 2003.
- Oefinger, Ursula Die große Schuldrechtsreform - Ein revolutionäres Vorhaben unter Zeitdruck-, Gesamtverband der Textilindustrie in der Bundesrepublik Deutschland - Gesamttextil - e.V., Eschborn, 4. Juni 2001; abrufbar unter <http://www.jura.uni-passau.de/fakultaet/lehrstuehle/Altmeppen/1024x768/Schuldrechtsreform/Positionspapier%20Textil.pdf>; zuletzt abgerufen am 26.06.2003. (Zitiert: Oefinger, Gesamttextil).
- Oetker, Hartmut/Maultzsch, Felix Vertragliche Schuldverhältnisse, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Hongkong, London, Mailand, Paris, Tokio, 2002.
- Österreichischer Juristentag Zur Reform des Gewährleistungsrechts, Referate und Diskussionsbeiträge, Verhandlungen des Vierzehnten Österreichischen Juristentages, Band II/2, Wien 2000. (Zitiert: Diskussionsteilnehmer, 14. ÖJT Bd. II/2).
- Ott, Sieghart/Lüer, Dieter W./
Heussen, Benno Schuldrechtsreform, Köln 2002. (Zitiert: Ott).
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage, München 2001. (Zitiert:

Palandt/Bearbeiter, 61. Auflage).

Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Auflage, München 2003. (Zitiert: Palandt/Bearbeiter).

Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Ergänzungsband zu Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage, München 2002. (Zitiert: Palandt-E/Bearbeiter).

Pfeiffer, Thomas

Übergangsprobleme beim Lieferantenregress nach § 479 Abs. 2 BGB, ZGS 2002, 17-18.

Systemdenken im neuen Leistungsstörungs- und Gewährleistungsrecht, ZGS 2002, 23-32.

Unkorrektheiten bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in das deutsche Recht, Teil 1: Sachmangelbegriff – Hierarchie statt Kumulation der Mangelkriterien, ZGS 2002, 94-95.

Unkorrektheiten bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in das deutsche Recht, Teil 2: Sachmangelbegriff – Ausklammerung der Zuviellieferung, ZGS 2002, 138-140.

Unkorrektheiten bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in das deutsche Recht, Teil 3: Unzumutbarkeit beider Arten der Nacherfüllung?, ZGS 2002, 217-219.

Pick, Eckhart

Zum Stand der Schuldrechtsmodernisierung, ZIP 2001, 1173-1181.

Rebhahn, Robert

Zur Reform des Schuldrechts in Deutschland, JBl 2002, 477-497.

Reich, Norbert

Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in das deutsche Recht, NJW 1999, 2397-2403.

Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus

Kaufrecht einschließlich Abzahlungsgeschäfte, AGB-Gesetz, Eigentumsvorbehalt, Factoring, finanzierte Kaufverträge, Haustürgeschäfte, Leasing, Pool-Vereinbarungen, Produzentenhaftung, Time-sharing, UN-Kaufrecht und Verbraucherkreditgesetz, 6. Auflage, Neuwied, Kriftel, Berlin 1997.

Reinking, Kurt

Auswirkungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf den Neu- und Gebrauchtwagenkauf, DAR 2001, 8-15.

Die Haftung des Autoverkäufers für Sach- und Rechtsmängel nach neuem Recht, DAR 2002, 15-24.

- Die Geltendmachung von Sachmängelrechten und ihre Auswirkung auf die Verjährung, ZGS 2002, 140-145.
- Reischauer, Rudolf
Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBl 2002, 137-169.
- Reppen, Tilman
Diskussionsbericht zum Vortrag von Harm Peter Westermann JZ 2001, 542-543.
- Rieger, Gregor
Die Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter vor dem Hintergrund des geltenden Rechts, VuR 1999, 287-293.
- Ring, Gerhard
§ 12 Der Verbraucherschutz, in: Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, Heidelberg 2002, 343-422. (Zitiert: Ring, in: Dauner-Lieb et al (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Ein Lehrbuch, § 12).
- Ringstmeier, Andreas/Homann, Stefan
Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Insolvenzverwaltung, ZIP 2002, 505-510.
- Röhrich, Volker/Westphalen Friedrich Graf von
Handelsgesetzbuch: Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften und besonderen Handelsverträgen (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht), 2. Auflage, Köln 2001. (Zitiert: Röhrich/Graf von Westphalen(-Bearbeiter)).
- Rohlfing-Dijoux, Stephanie
§ 9 Umsetzungsüberlegungen zur Kaufgewährleistungs-Richtlinie in Frankreich, in: Grundmann, Stefan/Medicus, Dieter/Rolland, Walter (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht: Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Köln, Berlin, Bonn, München 2000, 145-160. (Zitiert: Rohlfing-Dijoux, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.)).
- Rohe, Mathias
Netzverträge: Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen, Tübingen 1998.
- Roth, Wulf-Henning
Der nationale Transformationsakt: Vom Punktuellen zum Systematischen, in: Grundmann, Stefan/Medicus, Dieter/Rolland, Walter (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht: Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Köln, Berlin, Bonn, München 2000, 113-142. (Zitiert: W.-H. Roth, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.)).
- Die Schuldrechtsmodernisierung im Kontext des Europarechts, in: Ernst, Wolfgang/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform: zum

- Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, Tübingen 2001, 225-256. (Zitiert: W.-H. Roth, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.)).
- Europäischer Verbraucherschutz und BGB, JZ 2001, 475-490.
- Sachsen Gessaphe,
Karl August von Der Rückriff des Letztverkäufers – neues europäisches und deutsches Kaufrecht, RIW 2001, 721-735.
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 2000.
- Schäfer, Peter/Pfeiffer, Karen Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, ZIP 1999, 1829-1837.
- Scherer, Mathias ZVEI e.V., Anpassung von industriellen AGB an das neue Schuldrecht am Beispiel der Grünen Lieferbedingungen, ZGS 2002, 362-367.
- Schimmel, Roland/Buhlmann, Dirk Verjährungsklauseln in AGB nach der Schuldrechtsmodernisierung, ZGS 2002, 109-114.
- Fehlerquellen im Umgang mit dem neuen Schuldrecht, Neuwied, Krißel 2002. (Zitiert: Schimmel/Buhlmann).
- Schlechtriem, Peter Verbraucherkaufverträge - ein neuer Richtlinienentwurf, JZ 1997, 441-447.
- Die Anpassung des deutschen Rechts an die Klausel-Richtlinie und den Richtlinienvorschlag zum Verbraucherkaufrecht, ZSchwR, Band 118, 1999, I. Halbband, 335-359.
- Kaufrechtsangleichung in Europa - Licht und Schatten in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, in: Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz, München 2000, 675-697. (Zitiert: Schlechtriem, GS Alexander Lüderitz (2000)).
- Das geplante Gewährleistungsrecht im Licht der europäischen Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, in: Ernst, Wolfgang/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform: zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, Tübingen 2001, 205-224. (Zitiert: Schlechtriem, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.)).
- Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht: das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über

den internationalen Warenkauf; (CISG), 3. Auflage, München 2000. (Zitiert: Schlechtriem/Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht(-Bearbeiter)).

- Schmidt, Karsten
Der gesetzliche Händlerregreß bei Käuferketten (§§ 478, 479 BGB) – Gesetzesregel, akademische Diskussion und Problemlösungen der Praxis, in: Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, Akzente – Brennpunkte – Ausblick, Köln, Berlin, Bonn, München 2003, 427-455. (Zitiert: Karsten Schmidt, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.)).
- Schmidt-Kessel, Martin
Der Rückgriff des Letztverkäufers, ÖJZ 2000, 668-674.
- Schmidt-Räntsch, Jürgen
Zum Stand der Kaufrechtsrichtlinie, ZIP 1998, 849-853.

Gedanken zur Umsetzung der kommenden Kaufrechtsrichtlinie, ZEuP 1999, 294-302.

Der Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, 1639-1645.

Einführung in die Schuldrechtsmodernisierung, DRiZ 2001, 501-511.

Das neue Schuldrecht – Anwendung und Auswirkungen in der Praxis, Köln, Berlin, Bonn, München 2002. (Zitiert: Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht).
- Schmidt-Räntsch, Jürgen/Maifeld, Jan/Meier-Göring, Anne/Röcken, Matthias
Das neue Schuldrecht, Einführung – Texte – Materialien, Köln 2002.
- Schmidt-Salzer, Joachim/
Hollmann, Hermann H.
Kommentar EG-Richtlinie Produkthaftung, Band 1/2, Heidelberg 1986. (Zitiert: Schmidt-Salzer/Hollmann).
- Schneider, Uwe H.
Pflichten und Haftung der erstbeauftragten Kreditinstitute bei grenzüberschreitenden Überweisungen, WM 1999, 2189-2198.
- Schnyder, Anton K./Straub, Ralf Michael
Das EG-Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst - Erster Schritt zu einem einheitlichen EG-Kaufrecht?, ZEuP 1996, 8-74.
- Schubel, Christian
Schuldrechtsreform: Perspektivenwechsel im Bürgerlichen Recht und AGB-Kontrolle für den Handelskauf, JZ 2001, 1113-1120.

Mysterium Lieferkette, ZIP 2002, 2061-2071.
- Schulte-Nölke, Hans
Vertragsfreiheit und Informationszwang nach der Schuldrechtsreform, ZGS 2002, 72-78.

- Schulte-Nölke, Hans/
Behren, Michael Neues Kaufrecht: Wärmepumpe I-V, ZGS 2002, 33-40.
- Schulze, Reiner/ Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2002. (Zitiert: Hk-BGB/Bearbeiter).
- Schurr, Francesco A. Die neue Richtlinie 99/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung – Chancen und Gefahren für das deutsche Kaufrecht, ZfRV 1999, 222-229.
- Schwab, Martin Das neue Schuldrecht im Überblick, JuS 2002, 1-8.
- Schwab, Martin/Witt, Carl-Heinz Einführung in das neue Schuldrecht, München 2002.
- Schwartze, Andreas § 18 Diskussionsbericht, in: Grundmann, Stefan/Medicus, Dieter/Rolland, Walter (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht: Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Köln, Berlin, Bonn, München 2000, 335-353. (Zitiert: Schwartze, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.)).
- Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa - Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vor ihrer Umsetzung, ZEuP 2000, 544-574.
- Sommer, Björn Vertragsgestaltung bei Vertriebssystemen im internationalen Vergleich (Handelsvertreter, Kommissionsvertrieb, Franchising, Vertragshändler), Dissertation, Köln 2000.
- Staudenmayer, Dirk Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, NJW 1999, 2393-2403.
- § 3 EG-Richtlinie 1999/44/EG zur Vereinheitlichung des Kaufgewährleistungsrechts, in: Grundmann, Stefan/Medicus, Dieter/Rolland, Walter (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht: Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Köln, Berlin, Bonn, München 2000, 27-47. (Zitiert: Staudenmayer, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.)).
- Staudinger, Ansgar Der Rückgriff des Unternehmers in grenzüberschreitenden Sachverhalten, ZGS 2002, 63-64.
- Das Schicksal der Judikatur zu „weiterfressenden Mängeln“ nach der Schuldrechtsreform, ZGS 2002, 145-146.
- Steck, Dieter Das HGB nach der Schuldrechtsreform, NJW 2002, 3201-3204.
- Stock, Günther Neues Kaufvertrags- und Gewährleistungsrecht, GewArch 2002, 61-64.

- Taschner, Hans Claudius/
Frietsch, Edwin Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie,
Kommentar, 2. Auflage, München 1990.
- Teubner, Gunther Den Schleier des Vertrags zerreißen? Zur rechtlichen
Verantwortung ökonomisch »effizienter« Vertragsnetzwerke,
KritV 1993, 367-393.
- Thode, Reinhold Die gemeinschaftsrechtliche Haftung der EG-Mitgliedstaaten,
ZfBR 1998, 217-222.
- EG-Richtlinie zu bestimmten Aspekten des
Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für
Verbrauchsgüter, ZfBR 2000, 363-371.
- Tonner, Klaus Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und Europäisierung des
Zivilrechts, BB 1999, 1769-1774.
- Die kaufrechtlichen Vorschriften im Diskussionsentwurf eines
Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, VuR 2001, 87-95.
- Tonner, Klaus/Crellwitz, Kristin/
Echtermeyer, Sandra Kauf- und Werkvertragsrecht im Regierungsentwurf eines
Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: Micklitz,
Hans-W./Pfeiffer, Thomas/Tonner, Klaus/Willingmann, Armin
(Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, Baden-
Baden 2001, 293-372. (Zitiert:
Tonner/Crellwitz/Echtermeyer, in:
Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.)).
- Ulmer, Peter/Brandner, Hans
Erich/Hensen, Horst-Diether AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des
Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 9. Auflage,
Köln 2000.
- Wagner, Axel-Michael/
Neuenhahn, Stefan Die Anwendbarkeit der §§ 478 und 479 BGB auf die
„Beschaffungskette“ des Herstellers, ZGS 2002, 395-400.
- Die vertragliche Erstreckung der Regelungen der §§ 478, 479
BGB auf die „Beschaffungskette“ des Herstellers – 2. Teil –,
ZGS 2003, 64-68.
- Weber, Hans-Joachim/
Dospil, Joachim/Hanhörster,
Hedwig Mandatspraxis Neues Schuldrecht, Köln, Berlin, Bonn,
München 2002. (Zitiert: Weber).
- Weiler, Frank Haftung für Werbeangaben nach neuem Kaufrecht, WM 2002,
1784-1794.
- Welser, Rudolf Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und ihre Umsetzung in
Österreich und Deutschland, in: Peter Schlechtriem (Hrsg.),
Wandlungen des Schuldrechts, 1. Auflage, Baden-Baden 2002,
83-96.

- Welser, Rudolf/Jud, Brigitta Zur Reform des Gewährleistungsrechts, Die Europäische Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Bedeutung für ein neues Gewährleistungsrecht, Verhandlungen des Vierzehnten Österreichischen Juristentages, Band II/1, Wien 2000. (Zitiert: Welser/Jud, 14. ÖJT).
- Wenzel, Henning/Hütte, Felix/
Helbron, Marlena Schuldrecht Besonderer Teil I – Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Auflage, Grasberg bei Bremen 2003. (Zitiert: Wenzel/Hütte/Helbron(-Bearbeiter)).
- Westermann, Harm Peter § 15 Vorschlag für eine Einpassung der Kaufgewährleistungs-Richtlinie ins deutsche Recht, in: Grundmann, Stefan/Medicus, Dieter/Rolland, Walter (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht: Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Köln, Berlin, Bonn, München 2000, 251-280. (Zitiert: Westermann, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.)).
- Kaufrecht im Wandel, in: Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 1. Auflage, Tübingen 2001, 109-129. (Zitiert: Westermann, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.)).
- Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs JZ 2001, 530-542.
- Das neue Kaufrecht, NJW 2002, 241-253.
- Westphalen, Friedrich Graf von Garantie- und Gewährleistungsvergütungen im Verhältnis zwischen Hersteller - Handel - Endkunde, NJW 1980, 2227-2234.
- Produkthaftungshandbuch, Band 2, Das deutsche Produkthaftungsgesetz; Internationales Privat- und Prozessrecht; Länderberichte zum Produkthaftungsrecht, 2. Auflage, München 1999. (Zitiert: Graf von Westphalen/Bearbeiter, Produkthaftungshandbuch).
- Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie im Blick auf den Regreß zwischen Händler und Hersteller, DB 1999, 2553-2557.
- Vertragsrecht, Stand: Juli 2000, in: Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Band 1, München 2002. (Zitiert: Graf von Westphalen, Vertragsrecht, Themenbereich).
- Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Teil Vertragsrecht, Stand: Januar 2002, in: Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Band 1, München 2002. (Zitiert: Graf von Westphalen, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Teil Vertragsrecht, Themenbereich).

AGB-Recht ins BGB - Eine erste Bestandsaufnahme, NJW 2002, 12-25.

Allgemeine Einkaufsbedingungen nach neuem Recht, 3. Auflage, München 2002. (Zitiert: Graf von Westphalen, Allgemeine Einkaufsbedingungen nach neuem Recht).

Allgemeine Verkaufsbedingungen nach neuem Recht, 4. Auflage, München 2002. (Zitiert: Graf von Westphalen, Allgemeine Verkaufsbedingungen nach neuem Recht).

Besprechung des Aufsatzes von Matthes, Der Herstellerregress nach § 478 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen – ausgewählte Probleme, NJW 2002, 2505 ff., ZGS 2002, 389.

Besprechung des Aufsatzes von Mankowski, Ein Zulieferer ist kein Lieferant, DB 2002, 2419, ZGS 2003, 8.

Willingmann, Armin

Reform des Verjährungsrechts – Die Neufassung der §§ 194 ff BGB im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung, in: Micklitz, Hans-W./Pfeiffer, Thomas/Tonner, Klaus/Willingmann, Armin (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, Baden-Baden 2001, 1-44. (Zitiert: Willingmann, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.)).

Wolf, Manfred/Horn, Norbert/
Lindacher, Walter F.

AGB-Gesetz, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kommentar, 4. Auflage, München 1999.

Wolf, Sabine

Reform des Kaufrechts durch EG-Richtlinie - ein Vorteil für die Wirtschaft?, RIW 1997, 899-904.

Zentralverband Elektrotechnik-
und Elektronikindustrie
(ZVEI) e.V.

Allgemeine Lieferbedingungen für Erzeugnisse und Leistungen der Elektroindustrie zur Verwendung im Geschäftsverkehr gegenüber Unternehmern, Stand Januar 2002, ZGS 2002, 359-362.

Zerres, Thomas

Das neue Sachmängelrecht beim Kauf, VuR 2002, 3-15.

Ziegler, Benno/Rieder, Markus S.

Vertragsgestaltung und Vertragsanpassung nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZIP 2001, 1789-1799.

Zimmer, Daniel

Das geplante Kaufrecht, in: Ernst, Wolfgang/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform: zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, Tübingen 2001, 191-204. (Zitiert: Zimmer, in: Wolfgang Ernst/Zimmermann (Hrsg.)).

Zimmermann, Reinhard

„... ut sit finis litium“, JZ 2000, 853-866.

Zimmermann, Reinhard/
Leenen, Detlef/Mansel,
Heinz-Peter/Ernst, Wolfgang

Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem
Regierungsentwurf eines
Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, 684-699.

Lebenslauf

Ich wurde am 28. Juni 1976 in Mannheim geboren.

Nach dem Besuch der Grundschule von 1982-1986 habe ich am Albert-Schweitzer Gymnasium in Hamburg 1996 meine Schulzeit mit dem Abitur abgeschlossen.

Im Wintersemester 1996/1997 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg und beendete dieses am 26. Juni 2001 mit der Ersten Juristen Staatsprüfung.

Im Februar 2002 nahm ich den juristischen Vorbereitungsdienst im Landgerichtsbezirk Kiel auf.