

Festschrift für Erik Jayme

Band I

herausgegeben von

Heinz-Peter Mansel
Thomas Pfeiffer
Herbert Kronke
Christian Kohler
Rainer Hausmann



Sellier. European Law Publishers

Unternehmerregreß im Verbrauchsgüterkauf und Internationales Privatrecht – Zum internationalen Anwendungsbereich der §§ 478, 479 BGB –

Stephan Lorenz

1. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie als Modell für das Allgemeine Kaufrecht

Die Einführung eines besonderen Verbrauchsgüterkaufrechts im deutschen Recht in den §§ 474 ff BGB zum 1.1.2002 geht zurück auf die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, im Folgenden: KaufRL).¹ Der deutsche Gesetzgeber hat die Umsetzung der Richtlinie zum Anlaß einer immer noch stark umstrittenen sog. „großen Lösung“ genommen.² Der drohende Ablauf der Umsetzungsfrist der KaufRL zum 1.1.2002 mit dem Damoklesschwert der Staatshaftung wegen Nichtumsetzung der Richtlinie nach den Grundsätzen der „*Francovich*“-Rechtsprechung des EuGH³ diente dabei als entscheidender „Motor“ der Reform.⁴

Das stark vom UN-Kaufrecht (CISG) inspirierte Gewährleistungsrecht der Richtlinie wurde, weil es etwa durch den Anspruch auf Nacherfüllung oder die gegenüber dem bisherigen internen Recht (§ 477 BGB a.F.) deutlich längere Verjährung viele Regelungen enthielt, die über das Verhältnis Unternehmer/Verbraucher hinaus seit langem erhobenen rechtspolitischen Forderungen entsprachen, als Vorbild auch für das allgemeine Kaufrecht der §§ 433 ff BGB sowie der damit verknüpften Regelungen des allgemeinen Schuldrechts über Verzögerung und Unmöglichkeit der Leistung genommen. Dadurch sowie durch die Tendenz des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, die Rechtsbehelfe des Käufers im Falle der Lieferung einer mangelhaften Sache letztlich im allgemeinen Schuldrecht zu verankern,⁵ sind nicht nur die §§ 433 ff BGB, sondern gerade auch zentrale Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrechts als Transformationsnormen der KaufRL zu qualifizieren.⁶ Es sind dies im allgemeinen Schuldrecht die Unmöglichkeits- und Rücktrittsregelungen der §§ 275, 323, 326 BGB, im Kaufrecht der Anspruch auf sachmangelfreie Leistung

¹ Abl. EG Nr. L 171/12 v. 7.7.1999.

² Zur Entstehungsgeschichte der Schuldrechtsreform des Jahres 2002 s. nur *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002 Rn. 1 ff.

³ EuGH, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, NJW 1992, 165 ff.

⁴ In anderen Mitgliedstaaten sah man dies gelassener. So wurde die KaufRL in Dänemark, Griechenland, England, Italien, Irland, Niederlande, Spanien und Portugal mit z.T. erheblicher Verspätung umgesetzt, weshalb die Kommission bereits ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet hatte, s. *EuZW* 2003, 130. In Frankreich, Belgien und Luxemburg ist die Umsetzung derzeit (1.8.2003) noch nicht erfolgt.

⁵ Zu dieser Einheitskonzeption s. nur die Begründung des Regierungsentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz BT-Drucks. 14/6040 S. 208 ff, 219 f.

⁶ S. etwa *MünchKomm-Ernst*, BGB, 4. Aufl. 2003, Vor § 275 Rn. 22.

(§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB), der Fehlerbegriff (§ 434 BGB), der Nacherfüllungsanspruch (§ 439 BGB), die Regelung über die Garantien (§ 443), die Verjährungsregelung des § 438 BGB sowie die nahezu vollständige Verweisung von Werklieferungsverträgen in das Kaufrecht (§ 651 BGB n.F.). Durch die Integration dieser Regelungen in das allgemeine Leistungsstörungen- und Kaufrecht kommt der Gesetzgeber für die Regelung des Verbrauchsgüterkaufs in den §§ 474 ff BGB daher mit vergleichsweise wenigen Regelungen aus. Diese betreffen neben der Definition des sachlichen Anwendungsbereichs insbesondere die Gefahrtragung beim Versandungskauf (§ 474 Abs. 2 BGB), die stark eingegrenzte Möglichkeit vertraglicher Haftungsbeschränkungen (§ 475 BGB), die Beweislastumkehr in bezug auf den Zeitpunkt des Mangels (§ 476 BGB) sowie Sonderbestimmungen für Garantien (§ 477 BGB). Nur mittelbar den Verbrauchsgüterkauf betrifft die Regelung über den Regreß des gewerblichen Letztverkäufers bei seinem Lieferanten im Falle eines Mangels (§ 478 BGB).

Die vom Gesetzgeber eingesetzte Umsetzungstechnik führt dazu, daß im sachlichen Anwendungsbereich der KaufRL auch jene „allgemeinen“ Regelungen unter dem Gebot richtlinienkonformer Auslegung stehen. Aber auch außerhalb des Anwendungsbereichs der KaufRL führt deren überschießende Umsetzung zu einem (mittelbaren) Einfluß der KaufRL auf die Auslegung dieser Normen: Da der nationale Gesetzgeber bei der überschießenden Umsetzung von Richtlinien im Zweifel keine „gespaltene Auslegung“ des nationalen Rechts danach beabsichtigt, ob der konkrete Fall nur von einer Transformationsnorm, nicht aber von der Richtlinie selbst erfaßt wird,⁷ wirkt sich das Gebot im Rahmen einer allein auf dem innerstaatlichen Recht beruhenden teleologischen und historischen Auslegung auch über diesen Bereich hinaus aus. Man kann insoweit von einem (allein im autonomen innerstaatlichen Recht wurzelnden) Gebot zu „quasi-richtlinienkonformer Auslegung“⁸ oder von einer „Ausstrahlungswirkung der Richtlinie auf das richtlinienfreie Recht“⁹ sprechen, das zumindest das gesamte Kaufrecht ergreift. Nach zwar nicht unbestrittener, aber vom Europäischen Gerichtshof erst jüngst wieder bestätigter Ansicht führt dies dazu, daß nationale Gerichte bei Anwendung solcher überschießender Transformationsnormen auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie nach Art. 234 Abs. 1 EGV zumindest vorlageberechtigt sind.¹⁰ Angesichts der Tatsache, daß zentrale Normen des Gewährleistungsrechts, insbesondere der Sachmangelbegriff (§ 434 BGB) und der Nacherfüllungsanspruch (§ 439 BGB) sowie die in § 437 BGB aufgezählten Regelungen des Allgemeinen Schuldrechts, aus welchen sich letztlich die Mängel-

⁷ S. hierzu zuletzt BGH NJW 2002, 1881, 1884 („Heininger“) m.w.N.

⁸ So die Terminologie von *Hommelhoff*, Die Rolle der nationalen Gerichte bei der Europäisierung des Privatrechts, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. II S. 889, 915 f.

⁹ So *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Festschrift für *F. Bydliński*, 2002, S. 47, 74.

¹⁰ S. etwa EuGH v. 18.10.1990 Rs. C-197/89 Slg. 1990, I-3763 (*Dzodzi*); v. 8.11.1990, Rs. C-231/89, Slg. 1990, I-4003 (*Gmurzynska-Bscher*); v. 28.3.1995, Rs. C-346/93, Slg. 1995, I-614 = IPRax 1996, 190 (*Kleinwort Benson*) sowie zuletzt EuGH v. 7.1.2003, Rs. C-306/99 (*Banque internationale pour l'Afrique occidentale SA*) EWS 2003, 355 ff. Offengelassen wird vom EuGH weiterhin die (von der überwiegenden Meinung in der Literatur verneinte) Frage der Vorlagepflicht aus Art. 234 Abs. 3 EGV, s. dazu *Habersack/Mayer*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, JZ 1999, 913, 918 sowie *Bärenz*, Keine gemeinschaftsrechtliche Vorlagepflicht des BFH gem. Art. 234 EGV im Bilanzsteuerrecht, DStR 2001, 692, 694 ff m.w.N.

rechte des Käufers ergeben, Transformationsnormen der KaufRL sind, führt dies zu dem vom Gesetzgeber wohl nicht vorausgesehenen Effekt, daß in nahezu jedem Gewährleistungsstreit eine Vorlage an den EuGH in Betracht kommt.¹¹ Das neue Kaufrecht wird damit auch von dessen Rechtsprechung mitgeprägt werden.

II. Besonderheiten des Verbrauchsgüterkaufrechts

I. Anwendungsbereich

Der Begriff des „Verbrauchsgüterkaufrechts“ für die in §§ 474 – 477 BGB enthaltenen Sonderregelungen ist freilich irreführend. Es geht – ebenso wie in der Richtlinie – sachlich nicht um den Kauf bzw. Verkauf bestimmter „Verbrauchsgüter“, sondern um den Kauf von beweglichen Sachen bzw. Werklieferungsverträge über bewegliche Sachen, die zwischen einem Unternehmer als Verkäufer/Hersteller und einem Verbraucher als Käufer/Besteller geschlossen worden, also um sog. „B2C-Geschäfte“.¹²

2. Schutzvorschriften im Verhältnis Unternehmer/Verbraucher

Die das allgemeine Kauf- und Leistungsstörungsrecht ergänzenden Vorschriften der §§ 474 – 477 BGB begünstigen sämtlich den Verbraucher. Charakteristisch ist neben der – praktisch weniger bedeutsamen – Nichtanwendung bestimmter, den Verkäufer begünstigender Regelungen über die Haftungsbegrenzung bei öffentlichen Versteigerungen (§ 445 BGB) sowie den Gefahrübergang (§ 447 BGB) und einer praktisch sehr bedeutsamen Beweiserleichterung für die Frage des Zeitpunkts des Mangels (§ 476 BGB) insbesondere die äußerst weitgehende Beschränkung der Privatautonomie: Nach § 475 Abs. 1, 3 BGB können die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers gegenüber einem Unternehmer mit Ausnahme von Schadensersatzansprüchen vorweg, d.h. durch eine vor Mitteilung des Mangels an den Verkäufer getroffene Vereinbarung, weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden. Darüber hinaus gestattet § 475 Abs. 2 BGB in bezug auf die Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers lediglich beim Verkauf gebrauchter Sachen eine vertragliche Verkürzung der Gewährleistungsfrist in Bezug auf die vom Vertretenmüssen unabhängigen Rechte des Käufers bis zu einer Minimalfrist von einem Jahr.

3. Sonderregelungen im Verhältnis zwischen Unternehmern: Der Unternehmerregreß

a) „B2B“-Recht

Nicht mehr um Verbraucherschutzrecht, sondern im Gegenteil um „Unternehmerrecht“ (exakter: um einen Ausschnitt aus dem Recht des Handelskaufs) geht es in den Regelungen der §§ 478, 479 BGB über den sog. Unternehmerregreß. Diese betreffen Gewährleistungsansprüche des Unternehmers/Verkäufers, der von einem Verbraucher/Käufer wegen Sachmängeln in Anspruch genommen wurde, gegen den (von § 478 Abs. 1 BGB als „Lieferant“ legaldefinierten) Unternehmer, von welchem der Unternehmer/Verkäufer die

¹¹ Hommelhoff (Fn. 8) S. 889, 916 ff m.w.N.

¹² Der Begriff „B2C“ (oder „B to C“) steht als Abkürzung für den sich insbesondere im Bereich der elektronischen Geschäftsbeziehungen einbürgernden Amerikanismus „Business to Consumer“, also das Verhältnis Unternehmer/Verbraucher, „B2B“ für „Business to Business“ etc.

Sache seinerseits gekauft hat. Diese Regelungen sollen zugunsten des Unternehmers/Verkäufers eine Kompensation dafür dar bieten, daß seine Haftung für Sachmängel gegenüber dem Verbraucher nach § 475 weitestgehend zwingend ausgestaltet ist. Aus diesem sachlichen Zusammenhang sowie aus der tatbestandlichen Anknüpfung an (befriedigte) Gewährleistungsansprüche aus einem Verbrauchsgüterkauf ergibt sich die Sinnhaftigkeit einer Kodifikation im Zusammenhang mit den §§ 474 ff BGB.

b) *Europarechtlicher Hintergrund der Regreßregelung*

Die §§ 478 f BGB dienen der Umsetzung von Art. 4 KaufRL. Dessen Vorgaben lassen dem nationalen Gesetzgeber aber einen weiten Ausgestaltungsspielraum. Art. 4 S. 1 KaufRL bestimmt lediglich, daß der Letztverkäufer, der „dem Verbraucher aufgrund einer Vertragswidrigkeit infolge eines Handelns oder Unterlassens des Herstellers, eines früheren Verkäufers innerhalb derselben Vertragskette oder einer anderen Zwischenperson“ haftet, „den oder die Haftenden innerhalb der Vertragskette in Regress nehmen“ kann. Art. 4 S. 2 KaufRL überläßt es dann aber dem innerstaatlichen Recht, „den oder die Haftenden, den oder die der Letztverkäufer in Regress nehmen kann, sowie das entsprechende Vorgehen und die Modalitäten“ zu bestimmen. Die Richtlinie sieht damit lediglich vor, daß der Verkäufer den Hersteller, einen früheren Verkäufer innerhalb derselben Vertragskette oder eine andere Zwischenperson unter Voraussetzungen, die das innerstaatliche Recht selbst bestimmt, grundsätzlich verschuldensunabhängig in Regreß nehmen können muß.¹³ Damit geht Art. 4 KaufRL über eine bloße Zielvorgabe wohl nicht hinaus.¹⁴ Insbesondere schreibt die Richtlinie nicht vor, daß ein Rückgriff in jedem einzelnen Fall der Haftung des Letztverkäufers gegenüber dem Endverbraucher gewährleistet sein muß¹⁵ (sog. „seitengleicher Regreß“¹⁶) bzw. Regreßfällen unbedingt zu vermeiden wären.¹⁷ Ebensowenig sieht die Richtlinie zwingend einen direkten Anspruch des Verbrauchers oder eines anderen Gliedes der Absatzkette gegen den mit dem Verkäufer nicht identischen Hersteller oder Vorverkäufer vor, wie ihn etwa das französische Recht seit langem kennt.¹⁸ Auch läßt die Richtlinie die Vertragsfreiheit völlig unberührt, erfordert also auch keineswegs den zwingenden Charakter entsprechender Regelungen.¹⁹

¹³ S. Begründungserwägung Nr. 9; zu weitergehenden Regelungen in den Vorarbeiten zur Richtlinie s. etwa v. Sachsen Gessaphe, Der Rückgriff des Letztverkäufers – neues europäisches und deutsches Kaufrecht, RIW 2001, 721, 726 m.w.N.

¹⁴ So zutr. Grundmann, Internationalisierung und Reform des deutschen Kaufrechts, in: Grundmann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht (2000) S. 281, 309.

¹⁵ W.H. Roth, Die Schuldrechtsmodernisierung im Kontext des Europarechts, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (2001) S. 225, 250.

¹⁶ S. dazu v. Sachsen Gessaphe RIW 2001, 721, 728.

¹⁷ v. Sachsen Gessaphe RIW 2001, 721, 726 f.

¹⁸ S. dazu nur Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1986 Rn. 2 G 652 ff.; auch das spanische Recht hat nunmehr in Umsetzung von Art. 4 KaufRL einen subsidiären Anspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller/Lieferanten eingeführt, s. Art. 10 des Gesetzes Nr. 23/2003 vom 10.7.2003 über die Garantien beim Verbrauchsgüterkauf.

¹⁹ So ausdrücklich Begründungserwägung Nr. 9.

c) Funktionsweise und ratio legis der §§ 478, 479 BGB

§ 478 regelt in Abs. 1 und 2 zwei unterschiedliche Arten des Regresses, deren strukturelle Gemeinsamkeit in dem Bestreben besteht, Regreßfallen weitestgehend zu vermeiden.

aa) Unselbständiger Regreß

Anders als ursprünglich geplant erfolgt dies in Abs. 1 im Ausgangspunkt nicht durch die Schaffung eines eigenständigen Rechtsbehelfs des Unternehmers gegen seinen Lieferanten, sondern durch die Modifikation bestimmter Regelungen des Gewährleistungsrechts: Unter näher beschriebenen Voraussetzungen bedarf es für die Geltendmachung der in § 437 BGB genannten Rechte des Unternehmers gegenüber dem Lieferanten einer sonst (nach § 323 Abs. 1 oder § 281 Abs. 1 BGB) erforderlichen Fristsetzung für Rücktritt, Minderung und Schadensersatz statt der Leistung nicht. Es handelt sich damit um einen unselbständigen Regreß: Dem Rückgriff des Letztverkäufers dienen in erster Linie seine allgemeinen kaufrechtlichen Rechte und Ansprüche i.S.v. § 437 Nr. 1-3 BGB, deren Vorliegen § 478 Abs. 1 BGB voraussetzt. Das Gesetz trägt dann aber dem Interesse des Unternehmers Rechnung, die vom Verbraucher aufgrund Nacherfüllung, Rücktritt oder „großem“ Schadensersatz statt der Leistung zurückgenommene Sache möglichst problemlos an den Lieferanten „durchreichen“ zu können und sich nicht auf die umständliche und zeitraubende Prozedur einer Nacherfüllung (§ 439 BGB) einlassen zu müssen,²⁰ die ihn sowohl im Falle der Mängelbeseitigung als auch im Falle der Neulieferung überdies dazu zwänge, die Sache erneut zu verkaufen.²¹

bb) Selbständiger Regreß

Einen eigenständigen Rechtsbehelf enthält hingegen § 478 Abs. 2 BGB. Diese Regelung gibt dem Unternehmer, der vom Verbraucher im Wege der Nachbesserung in Anspruch genommen wurde, gegen seinen Lieferanten einen Anspruch auf Ersatz derjenigen Nachbesserungsaufwendungen, die der Unternehmer nach § 439 Abs. 2 BGB im Verhältnis zum Verbraucher zu tragen hatte. Es handelt sich hierbei um eine eigene Anspruchsgrundlage, die weder im allgemeinen Leistungsstörungenrecht noch im Bereich der § 434 ff BGB vorgesehen ist,²² d.h. um einen selbständigen Regreßanspruch. Anders als die Regelungen des unselbständigen Regresses sichert Abs. 2 dem Unternehmer in jedem Falle auch den Gewinn aus dem Weiterverkauf, während der unselbständige Regreß dies nur im Wege eines (verschuldensabhängigen und nach § 478 Abs. 4 S. 2 BGB abdingbaren) Schadensersatzanspruches zu leisten vermag.

cc) Sonderregelung der Verjährung

Die Privilegierung des Unternehmers gegenüber dem Lieferanten wird flankiert von der Verjährungsregelung des § 479 BGB. Da die Verjährung des selbständigen Regreßanspruchs des Unternehmers/Letzverkäufers tatbestandlich nicht von § 438 BGB erfaßt

²⁰ Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/6040 S. 247.

²¹ Dieses Interesse betont zutr. *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXXI.

²² Zum Anspruch eines Käufers auf Ersatz ersparter Aufwendungen bei Selbstvornahme der Nacherfüllung s. S. *Lorenz*, Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht, NJW 2003, 1417 ff.

wird, enthält zunächst § 479 Abs. 1 BGB eine eigenständige Verjährungsregel für den selbständigen Regreßanspruch aus § 478 Abs. 2 BGB. Da aber dem vom Verbraucher in Anspruch genommenen Unternehmer Regreßfallen, die § 478 BGB in Bezug auf die Anspruchsbegründung vermeiden will, auch durch die Verjährung seiner (selbständigen oder unselbständigen) Regreßansprüche drohen, sieht § 479 Abs. 2 BGB eine vom Gesetz als „Ablaufhemmung“ bezeichnete Sonderregelung der Verjährung vor.²³ Diese soll in einem zeitlichen begrenzten Rahmen gewährleisten, daß ein Unternehmer, der den Gewährleistungsansprüchen seines Käufers ausgesetzt ist, an dem Rückgriff in der Absatzkette nicht auf Grund der Verjährung seiner eigenen Ansprüche gehindert ist. Im Interesse der Rechtssicherheit für den Lieferanten wird durch Abs. 2 S. 2 eine Obergrenze von 5 Jahren ab Ablieferung der Sache vom Lieferanten an den Unternehmer gesetzt.

dd) „Weitergabe“ des Anspruchs in der Lieferantenkette.

§ 478 Abs. 5 BGB „verlängert“ schließlich im Zusammenspiel mit § 479 Abs. 3 BGB beide Regreßarten innerhalb der Vertragskette: Der Lieferant kann seinerseits gegenüber seinem Lieferanten in privilegierter Weise Regreß nehmen und profitiert dabei zur Vermeidung von Regreßfallen wiederum von der Mängelvermutung des § 476 BGB sowie von der Sonderregelung der Verjährung.

ee) *Einschränkung der Privatautonomie, wirtschaftlich zwingender Charakter*

Weit über die Vorgaben von Art. 4 KaufRL hinaus, welcher die Privatautonomie im Verhältnis des Unternehmers zum Lieferanten vollständig unberührt läßt, enthält § 478 Abs. 4 BGB eine bedeutende Einschränkung der Dispositivität der allgemeinen Mängelrechte des Unternehmers sowie der Regreßregelungen der §§ 478, 479 BGB. Europarechtlich ist dies zwar nicht durch das nur für Verbraucherrechte geltende Mindeststandardprinzip des Art. 8 KaufRL, wohl aber als dem *effet utile* des Art. 4 VerbrGK-RI dienend durch das den Mitgliedstaaten durch Art. 249 EGV eingeräumte Umsetzungsermessen gedeckt.²⁴ In Parallelität zu § 475 BGB können nach Abs. 4 S. 1 die vom Vertretenmüssen unabhängigen Mängelrechte des Unternehmers/Käufers gegenüber dem Lieferanten/Verkäufer, d.h. das Recht auf Nacherfüllung, Rücktritt und Minderung sowie deren Privilegierung durch Abs. 1 und der selbständige Regreßanspruch des Abs. 2 sowie die Verjährungsregel des § 479 BGB vor Mitteilung eines Mangels an den Lieferanten nicht durch Rechtsgeschäft eingeschränkt werden, wenn dem Unternehmer als Rückgriffsgläubiger kein gleichwertiger Ausgleich eingeräumt wird. Schadensersatzansprüche stehen hingegen nach Abs. 4 S. 2 – wie auch in § 475 Abs. 3 – vorbehaltlich einer AGB-Kontrolle nach § 307 BGB²⁵ vollumfänglich zur Disposition der Parteien. Durch das Erfordernis eines gleichwertigen Ausgleichs haben die in Abs. 4 genannten Regelungen damit in ihren wirtschaftlichen Ergeb-

²³ Zu deren rechtsdogmatischem Charakter als *lex specialis* zu § 438 BGB s. MünchKomm-S. Lorenz, BGB, 4. Aufl. 2004, § 479 BGB Rn. 11.

²⁴ Tonner, in: Kohte, Micklitz u.a. (Hrsg.), Das neue Schuldrecht – Kompaktcommentar (2002) § 478 BGB Rn. 23; offenbar auch Micklitz EuZW 1999, 485, 487; genau gegenteiliger Ansicht (Verstoß gegen das Gebot effizienter Richtlinienumsetzung) v. Sachsen Gessaphe RIW 2001, 721, 733.

²⁵ Daß – anders als in § 475 Abs. 3 BGB – die §§ 308, 309 BGB in Abs. 4 nicht vorbehalten sind, beruht auf § 310 Abs. 1 S. 1 BGB. Mittelbar sind die dort vorgesehenen Klauselverbote über § 310 Abs. 1 S. 2 jedoch auch im Verhältnis Lieferant/Unternehmer relevant.

nissen zwingenden Charakter.²⁶ Dies bedeutet jedenfalls eine stärkere Einschränkung als die bloße Leitbildfunktion des dispositiven Rechts im Rahmen von § 307 Abs. 1 BGB.²⁷ Der Gesetzgeber sieht die rechtspolitische Rechtfertigung dieser – bisher beispiellosen und zu recht kritisierten – Regelung im Schutzbedürfnis des „meist schwächeren Händlers“.²⁸ In hohem Maße fraglich ist dabei allerdings der eigentliche Kernpunkt der Problematik, welche vertraglich eingeräumten Rechte des Unternehmers einen „gleichwertigen Ausgleich“ darstellen können. Die Gesetzesmaterialien hierzu sind außerordentlich dürftig, was angesichts des unabwiesbaren Bedürfnisses der Praxis, einfachere als die gesetzlichen Abwicklungsformen zu entwickeln und nur hilfs- und ausnahmsweise auf die komplizierten gesetzlichen Regelungen zurückzugreifen,²⁹ zu bedauern ist.³⁰ Wenig hilfreich ist die in den Materialien anzutreffende Aussage, „keine ins Einzelne gehenden Vorgaben“ machen zu wollen, „um der Vielgestaltigkeit der Vertragsbeziehungen Rechnung zu tragen“.³¹ Als „denkbares“ Beispiel werden dort lediglich pauschale Abrechnungssysteme genannt, „in denen zwar Einzelansprüche des Händlers aus § 478 Abs. 2 BGB ausgeschlossen werden, die aber insgesamt auch den berechtigten Interessen des Handels Rechnung tragen“.³² Gleiches gilt für die Aussage, daß § 478 Abs. 4 BGB als „Ergänzung und Erweiterung von § 307 BGB“ zu verstehen sei und bestimme, „daß entsprechende Klauseln nicht nur nach den für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Grundsätzen auf ihre Angemessenheit zu überprüfen sind“.³³ Einzige Erkenntnis, die der Gesetzestext in Abgrenzung zu § 307 Abs. 1 BGB liefert ist wohl, daß die bloße „Angemessenheit“ des vereinbarten Ausgleichs nicht ausreichen dürfte, sondern dieser Ausgleich *gleichwertig* sein muß.³⁴ Damit besteht Vertragsfreiheit zwischen Unternehmer und Lieferant offenbar nur hinsichtlich des *modus*

²⁶ Vor diesem Hintergrund ist die Aussage der Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/6040 S. 249, wonach die Rückgriffsrechte des Unternehmers/Letzverkäufers „grundsätzlich dispositiv“ sind, eine sachlich nicht nachvollziehbare Beschönigung.

²⁷ *Tommer* (Fn. 24) § 478 Rn. 24; die Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/6040 S. 249 spricht im Zusammenhang mit der Regelung von einer Ergänzung und Erweiterung von § 307 BGB.

²⁸ Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/6040 S. 249; zur Kritik vgl. etwa *Ernst/Gsell* ZIP 2001, 1389, 1401; v. *Sachsen Gessaphe* RIW 2001, 721, 733; *ders.*, Neues Kaufrecht und Lieferbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr, in: *Festschrift für H.J. Sonnenberger* (2004) S. 96, 112 („Fremdkörper im Recht des Handelskaufes“); kritisch auch *Bamberger/Roth/Faust*, BGB, 2003, § 478 BGB Rn. 26; *Handkommentar zum BGB/Saenger*, 2. Aufl. 2003, §§ 478, 479 BGB Rn. 8 spricht von einem „beispiellosen Eingriff in die Vertragsfreiheit“.

²⁹ So die zutr. Einschätzung von *K. Schmidt*, Der gesetzliche Händlerregreß bei Käuferketten (§§ 478, 479 BGB) – Gesetzesregel, akademische Diskussion und Problemlösungen der Praxis, in: *Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt* (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2002, S. 427, 432.

³⁰ S. dazu auch die treffende Aussage bei v. *Sachsen Gessaphe*, FS *Sonnenberger* (Fn. 28) S. 112, wonach „das Austarieren des Spannungsfeldes zwischen halbzwingender Natur der Rückgriffsregelung und privatautonomen Ausweichmechanismen die eigentliche Herausforderung der Kautelarpraxis auf diesem Gebiet“ darstellt.

³¹ Die Regelung wird daher vollkommen zu recht gerade aus Rechtssicherheitsgesichtspunkten kritisiert, s. etwa *Ernst/Gsell*, Kritisches zum Stand der Schuldrechtsmodernisierung, ZIP 2001, 1389, 1401 f; *Buck*, Kaufrecht, in: *Westermann* (Hrsg.), Das Schuldrecht 2002, S. 105, 177.

³² Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/6040 S. 249.

³³ Begründung des Regierungsentwurfs aaO.

³⁴ *Haas*, in: *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendland*, Das neue Schuldrecht, 2002, Kap. 5 Rn. 491.

des Ausgleichs, denn (wirtschaftlich) „gleichwertig“ kann ein Ausgleich wohl nur sein, wenn er es ermöglicht, daß der Unternehmer von seinen aus der Mangelhaftigkeit der Sache resultierenden Verpflichtungen gegenüber seinem Abnehmer, d.h. dem Verbraucher, in einer Weise freigestellt wird, die ihm im Falle der Nacherfüllung auch den Gewinn aus der Weiterveräußerung der Sache sichert. Wie die Parteien dieses Ziel erreichen, bleibt aber ihrer Dispositionsfreiheit überlassen.³⁵ Die entscheidende, hier nicht zu klärende Frage für die Kautelarpraxis ist dabei, ob die vom Gesetzgeber offenbar für zulässig erachteten und seit langem praktizierten³⁶ pauschalen Systeme so beschaffen sein müssen, daß im individuellen Gewährleistungsfall Gleichwertigkeit besteht oder ob eine „kalkulatorische Gleichwertigkeit ex ante“ ausreichend ist.³⁷

III. Internationaler Anwendungsbereich

1. Verbrauchsgüterkauf

Die Anwendung der §§ 474 ff setzt, da es sich um aus dem Vertragsverhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher resultierende Ansprüche handelt, die Anwendbarkeit deutschen autonomen Kaufrechts³⁸ als Vertragsstatut des zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher geschlossenen Kauf- bzw. Werklieferungsvertrag nach den Art. 27 ff EGBGB voraus.

a) Objektive Anknüpfung

In Abwesenheit einer Rechtswahl unterliegen Kauf- und Werklieferungsverträge nach Art. 28 Abs. 1, 2 EGBGB grundsätzlich dem Recht des Ortes, an welchem der Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt bzw. seine Niederlassung hat. Unter den besonderen situativen Voraussetzungen des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 – 3 EGBGB unterliegen nach Art. 29 Abs. 2 EGBGB Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern aber dem Recht des Staates, in welchem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Das ist dann der Fall, wenn dem Vertragsschluß ein ausdrückliches Angebot bzw. eine Werbung im Inland vorausgegangen ist und der Verbraucher hier auch die zum Abschluß des Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat (Nr. 1), der Vertragspartner des Verbrauchers dessen Bestellung (selbst oder durch einen Vertreter) im Inland entgegengenommen hat (Nr. 2) oder aber der Verbraucher seine Bestellung auf einer vom Verkäufer zu diesem Zweck veranlaßten grenzüberschreitenden „Kaffeefahrt“ abgegeben hat (Nr. 3). Das ist angesichts der Tatsache, daß auch Angebote auf *Web-Seiten*, die im Inland abgeru-

³⁵ So auch *Tonner* (Fn. 24) § 478 BGB Rn. 25.

³⁶ S. hierzu sowie zu ersten Regelungsversuchen der Praxis nach Inkrafttreten der Neuregelung *K. Schmidt* (Fn. 29) S. 427, 443 ff.

³⁷ So die treffende Analyse bei *K. Schmidt* (Fn. 29) S. 427, 443, der sich tendenziell für letzteres ausspricht; für eine rein einzelfallbezogene ex post-Betrachtungsweise hingegen v. *Westphalen* in: *Henssler/Westphalen* (Hrsg.), *Praxis der Schuldrechtsreform*, 2002, § 478 BGB Rn. 27.

³⁸ Keine Anwendung finden die Regelungen im sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts (CISG), das freilich bei Verbraucherverträgen i.d.R. ohnehin nicht anwendbar ist (Art. 2 lit.a CISG); zu den Abgrenzungsfragen zwischen der KaufRL und dem CISG s. *Pfeiffer*, in: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring* (Hrsg.), *Anwaltkommentar Schuldrecht*, 2001, Art. 1 KaufRL Rn. 29.

fen werden können, grundsätzlich unter Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB fallen,³⁹ von großer praktischer Bedeutung. Liegen die besonderen situativen Voraussetzungen des Art. 29 Abs. 1 EGBGB nicht vor, so kommt eine Sonderanknüpfung nach Art. 34 EGBGB wegen des abschließenden Charakters dieser Regelung grundsätzlich nicht in Betracht.⁴⁰

b) *Sonderanknüpfung im Falle einer Rechtswahl*

aa) *Beziehungslose Rechtswahl (Art. 27 Abs. 3 EGBGB)*

Ist aufgrund einer auch im Bereich der Verbrauchsgüterkaufverträge zulässigen Rechtswahl das Recht eines anderen Staates anwendbar (Art. 27 EGBGB), ohne daß ein irgendwie gearteter Auslandsbezug besteht, so ist nach Art. 27 Abs. 3 EGBGB zwingendes Recht des Staates, zu welchem allein der Bezug besteht, dennoch anwendbar. Für innerdeutsche Sachverhalte bedeutet dies, daß ein deutscher Unternehmer bei einem reinen Inlandsfall ohne jeden Auslandsbezug gegenüber einem deutschen Verbraucher trotz Wirksamkeit der Rechtswahl im übrigen schon nach Art. 27 Abs. 3 EGBGB den Regelungen den nach § 475 BGB zwingenden Regelungen des deutschen Gewährleistungsrechts nicht entgeht.

bb) *Sonderanknüpfung für Verbraucherverträge*

Selbst wenn aber ein hinreichender Auslandsbezug vorliegt, kommt unter den Voraussetzungen des Art. 29 Abs. 1 EGBGB (einfach) zwingendes Recht des Aufenthaltsstaates des Verbrauchers zur Anwendung. Damit kommt ein Verbraucher mit gewöhnlichem Aufenthalt im Inland unter den soeben unter a) skizzierten Voraussetzungen in den Genuß der verschuldensunabhängigen Rechtsbehelfe des deutschen Gewährleistungsrechts einschließlich der Sonderregelungen der §§ 474 ff BGB.

cc) *Sonderanknüpfung nach Art. 29a EGBGB*

Führt die Rechtswahl zum Recht eines Nicht-EU-Staates oder Nicht-EWR-Staates, ohne daß die Voraussetzungen einer – stets vorrangig zu prüfenden – Sonderanknüpfung nach Art. 29 EGBGB gegeben sind, finden die Regelungen, die ein Mitgliedstaat der EU in Umsetzung der KaufRL erlassen hat, gem. Art. 29a Abs. 1, 4 Nr. 4 EGBGB als sog. „Eingriffsnormen“ dennoch Anwendung,⁴¹ sofern ein „enger Zusammenhang“⁴² mit dem Gebiet eines solchen Staates besteht. Diese Sonderanknüpfung gilt damit nicht nur für die §§ 474 ff BGB, sondern für alle Regelungen der §§ 433 ff BGB, welche die KaufRL umsetzen. Dies sind insbesondere der Erfüllungsanspruch des Käufers in Bezug auf die Mängelfreiheit

³⁹ S. nur Palandt-Heldrich, BGB, 63. Aufl. 2004, Art. 29 EGBGB Rn. 5 m.w.N.

⁴⁰ Zu dieser mittlerweile abgeschlossenen Diskussion der „Gran Canaria-Fälle“, die in Bezug auf die europäische Dimension des Verbraucherschutzrechts entscheidend vom *Jubilar* (Haustürgeschäfte deutscher Urlauber in Spanien: Horizontale Wirkungen der EG-Richtlinien und internationales Vertragsrecht, IPRax 1990, 220 ff) geprägt wurde, s. BGHZ 135, 124 ff.

⁴¹ Zu den Einzelheiten vgl. etwa *Bamberger/Roth/Spickhoff* (Fn. 28) Art. 29 a EGBGB Rn. 1 ff; *Palandt/Heldrich* (Fn. 39) Art. 29a EGBGB; *Wagner*, Zusammenführung verbraucherschützender Kollisionsnormen auf Grund EG-Richtlinien in einem neuen Art. 29a EGBGB, IPRax 2000, 249 ff.

⁴² Zu diesem Begriff s. etwa *Rusche*, Der "enge Zusammenhang" i. S. des Art. 29a EGBGB, IPRax 2001, 420 ff

(§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB), der Begriff des Sachmangels in § 434 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BGB, die in § 437 Nr. 1 und 2 BGB vorgesehenen Rechtsbehelfe des Käufers (Nacherfüllung, Rücktritt und Minderung) einschließlich der Ausgestaltung des Nacherfüllungsanspruchs (§ 439 BGB), deren Ausschluß im Falle der Kenntnis bzw. grobfahrlässiger Unkenntnis des Mangels oder deren Rückführung auf einen vom Verbraucher gelieferten Stoff (§ 651 S. 2 BGB), die Regelungen über die Verjährung (§ 438 BGB) sowie über die Garantien (§ 443 BGB) und die Grenzen eines Haftungsausschlusses (§ 444 BGB).⁴³

2) Unternehmerregreß

a) Liefervertragsstatut

Regreßansprüche des Unternehmers gegen den Lieferanten sind als vertragliche Ansprüche aus deren Vertragsverhältnis zu qualifizieren. Vorbehaltlich der Anwendbarkeit von Einheitsrecht unterliegen sie daher dem Vertragsstatut des Liefervertrages (Art. 32 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB).⁴⁴ Die Anwendung der §§ 478 f BGB im Verhältnis Lieferant/Unternehmer setzt daher voraus, daß jedenfalls das Rechtsverhältnis zwischen dem Lieferanten und dem Unternehmer (Vertragsstatut der Lieferbeziehung) nach Art. 27 ff EGBGB, d.h. aufgrund einer Rechtswahl bzw. aufgrund objektiver Anknüpfung (autonomen) deutschem Kaufrecht unterliegt.⁴⁵

aa) Inlandsgeschäfte

In Abwesenheit einer Rechtswahl setzt die Anwendung deutschen Rechts voraus, daß der jeweilige Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt bzw. seine Hauptniederlassung im Inland hat (Art. 28 Abs. 1, 2 EGBGB)⁴⁶ und das UN-Kaufrecht (CISG), das keine entsprechenden Regreßregeln kennt, nicht anwendbar ist.⁴⁷ Damit unterliegen inländische Lieferanten bei reinen Inlandsgeschäften den §§ 478 f BGB, weil mangels Niederlassung in verschiedenen Staaten das CISG nicht anwendbar ist (s. Art. 1 CISG) und Art. 28 Abs. 1, 2 EGBGB zur Anwendung autonomen deutschen Kaufrechts führt.

Die Tatsache, daß der deutsche Gesetzgeber die Regreßregelungen weitestgehend zwingend ausgestaltet hat und es noch kaum einzuschätzen ist, was als ein „gleichwertiger Ausgleich“ i.S.v. § 478 Abs. 4 BGB angesehen werden kann, läßt es absehbar erscheinen, daß es Versuche geben wird, die strenge Regelung des deutschen Rechts kollisionsrechtlich zu

⁴³ Palandt/Heldrich (Fn. 39) Art. 29a EGBGB Rn. 5.

⁴⁴ Das dürfte – in Anlehnung an die Anknüpfung des Vertrags zugunsten Dritter – auch für einen Direktanspruch des Verbrauchers gegen den Lieferanten gelten, wie ihn etwa das französische und das spanische Recht vorsehen, s.o. bei Fn. 18. Zur Rechtsnatur der *action directe* des französischen Rechts als aus dem Rechtsverhältnis zwischen Lieferant und Unternehmer/Weiterverkäufer resultierender vertraglicher Anspruch s. Cass. Civ. 1^{ère}, 9.10.1979, Bull. civ. I, n° 241.

⁴⁵ Zur Frage des Zusammenspiels der §§ 478, 479 BGB mit dem Verbrauchervertrag und den internationalprivatrechtlichen Konsequenzen hieraus s.u. III. 2. b).

⁴⁶ Die Sonderanknüpfungen der Art. 29, 29a EGBGB sind auf den Unternehmerregreß nicht anwendbar, s. dazu Staudinger, Der Rückgriff des Unternehmers in grenzüberschreitenden Sachverhalten, ZGS 2002, 63.

⁴⁷ Gruber, Das neue deutsche Zwischenhändler-Schutzrecht – eine Benachteiligung inländischer Hersteller und Großhändler?, NJW 2002, 1180, 1181

umgehen. Dazu bieten sich rechtliche und tatsächliche Manipulationsmöglichkeiten an. Wenig erfolgversprechend dürfte bei einem reinen Inlandsgeschäft eine Rechtswahl zugunsten einer fremden Rechtsordnung sein, die weniger strenge Regreßregeln enthält bzw. der Privatautonomie der Parteien weiteren Spielraum läßt als die insoweit mehr als unglückliche Regelung des deutschen Rechts: Art. 27 Abs. 3 EGBGB sorgt in seinem solchen Fall auch im Verhältnis „B2B“ dafür, daß (einfach) zwingendes Recht des objektiven Vertragsstatuts anwendbar bleibt, ohne daß es hierbei auf dessen Charakter als Eingriffsnorm i.S.v. Art. 34 EGBGB ankäme.⁴⁸ Auch eine Rechtswahl zugunsten des CISG würde in dieser Konstellation nicht weiterhelfen: Sie ist bei einem reinen Inlandsgeschäft nur auf materiellrechtlicher Ebene⁴⁹ möglich und daher schon aus diesem Grund unmittelbar an § 478 Abs. 4 S. 1 zu messen.⁵⁰ Ein Rückgriff etwa auf das Umgehungsverbot des § 478 Abs. 4 S. 3 BGB ist insoweit unnötig.

bb) Grenzüberschreitende Geschäfte

(1) Deutscher Verkäufer/Lieferant, ausländischer Unternehmer/Käufer

Bei grenzüberschreitenden Geschäften unterliegen Kauf- und Werklieferungsverträge zwischen inländischen Lieferanten und ausländischen Unternehmern als Käufer hingegen grundsätzlich unabhängig von der Frage, ob der Käufer seine Niederlassung in einem Vertragsstaat des CISG hat, den Regelungen des CISG (Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG). Damit sind deutsche Lieferanten, die an ausländische Unternehmen verkaufen, vor den Regreßregelungen der §§ 478 f BGB geschützt, solange sie nicht die Möglichkeit eines „opting-out“ nach Art. 6 CISG wahrnehmen.

(2) Ausländischer Verkäufer/Lieferant, deutscher Unternehmer/Käufer

Umgekehrt sind ausländische Lieferanten, die an deutsche Unternehmer liefern, in Abwesenheit einer Rechtswahl ebenfalls nicht von den §§ 478 f BGB betroffen, solange sie sich nicht in einer Rechtswahl deutschem materiellem Recht unter Ausschluß des CISG unterwerfen. Selbst wenn nämlich der Vertrag zwischen dem Unternehmer und dem Lieferanten unter den situativen Voraussetzungen des Art. 29 Abs. 1 EGBGB zustande gekommen ist, kommt mangels Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs dieser Regelung, die nur im Verhältnis „B2C“ gilt, eine objektive Anknüpfung des Liefervertrags nach Art. 29 Abs. 2 EGBGB nicht in Betracht. Auch Art. 29a EGBGB führte, wenn man ihn denn auch im Verhältnis „B2B“ anwenden wollte,⁵¹ zu keinem anderen Ergebnis, da die Regelung nur im Falle einer Rechtswahl eingreift. Auch über Art. 34 EGBGB wird sich eine Anwendbarkeit der §§ 478 f BGB schwerlich herleiten lassen: Angesichts der Tatsache, daß die KaufRL die Rückgriffsregelung nur rudimentär vorschreibt und überdies par-

⁴⁸ S. nur *Bamberger/Roth/Spickhoff* (Fn. 28) Art. 27 EGBGB Rn. 33; *Palandt/Heldrich* (Fn. 39) Art. 27 EGBGB.

⁴⁹ Zur sog. „materiellrechtlichen“ Verweisung s. etwa *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 8. Aufl. 2000, § 18 I c (S. 571 f); speziell im Zusammenhang mit dem CISG *Mankowski*, Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs, RIW 2003, 2, 10 f.

⁵⁰ *Gruber* NJW 2002, 1180, 1181 Fn. 7; *Mankowski* RIW 2003, 2, 11.

⁵¹ Dazu unten bei Fn. 58.

teidispositiv beläßt, läßt sich auch nach den vom EuGH in der Entscheidung zur Handelsvertreterrichtlinie aufgestellten Grundsätzen⁵² aus der europäischen Dimension der §§ 478 f BGB in Drittstaatenfällen auch bei starkem Bezug zum Binnenmarkt kein Eingriffscharakter herleiten.⁵³ Auch eine Qualifikation als Eingriffsnorm i.S.v. Art. 34 EGBGB aufgrund einer autonomen Betrachtungsweise der §§ 478 f BGB dürfte wohl ausgeschlossen sein. Jedenfalls geben die Gesetzgebungsmaterialien hierzu keinerlei Hinweis.⁵⁴ Auch der *ordre public*-Vorbehalt des Art. 6 EGBGB führt zu keinem abweichenden Ergebnis, denn – abgesehen von dem Erfordernis des hinreichenden Inlandsbezugs – kann in der Tatsache, daß eine ausländische Rechtsordnung keinen bzw. einen im Vergleich zum deutschen Recht erschwerten bzw. parteidispositiven Rückgriff vorsieht, sicherlich kein Verstoß gegen fundamentale Rechtsgrundsätze des deutschen Rechts gesehen werden.⁵⁵

(3) Tatsächliche Vermeidungsstrategien

Die Tatsache, daß ausländische Lieferanten nicht den strengen deutschen Regreßregelungen unterliegen, wirft die Frage nach *tatsächlichen* Manipulationsmöglichkeiten für inländische Lieferanten bei reinen Inlandsgeschäften auf. Für einen inländischen Lieferanten erscheint es bei bzw. anstelle von Inlandsgeschäften reizvoll, durch die Veränderung von Anknüpfungsmomenten ein Auslandsgeschäft zu konstruieren. Schließt ein multinationales Unternehmen als Lieferant bei einem Inlandsgeschäft zur Umgehung deutschen Rechts Verträge durch eine ausländische Niederlassung, um damit ohne Vornahme einer Rechtswahl kraft objektiver Anknüpfung zur Anwendung des CISG oder fremden materiellen Rechts im Verhältnis zum Unternehmer zu gelangen, so führt dies jedoch weder zur Anwendbarkeit des CISG noch zu derjenigen des Rechts des Ortes der Zweigniederlassung. Die Nichtanwendbarkeit des CISG ergibt sich in diesen Fällen aus dessen Art. 1 Abs. 1 i.V.m. der Definition des Begriffs der „Niederlassung“ im Falle von Zweigniederlassungen in Art. 10 lit. a CISG oder aber aus Art. 1 Abs. 2 CISG. Die Anwendbarkeit deutschen Rechts kraft objektiver Anknüpfung folgt in dieser Konstellation aus der Ausweichklausel des Art. 28 Abs. 5 EGBGB.⁵⁶

Wird diese tatsächliche Konstruktion freilich mit einer Rechtswahl zugunsten ausländischen Rechts flankiert, ist dies ohne die Einschränkung des Art. 27 Abs. 3 EGBGB möglich, da die Lieferung durch eine ausländische Niederlassung einen – wenn auch geringen, so doch ausreichenden – Auslandsbezug des Sachverhalts darstellt.⁵⁷ Auch eine Sonderanknüpfung nach Art. 29 EGBGB kommt nicht in Betracht, weil der persönliche Anwendungsbereich der Regelung bei Verträgen zwischen Unternehmern nicht eröffnet und – schon angesichts des Ausnahmecharakters der Vorschrift – eine analoge Anwendung im Verhältnis „B2B“ ausgeschlossen ist. In hohem Maße fraglich ist, ob bei der Rechtswahl zugunsten des Rechts eines Nicht-EU bzw. Nicht-EWR-Staates unter den weiteren Voraussetzungen des Art. 29a EGBGB eine Sonderanknüpfung der §§ 478 f BGB in Betracht

⁵² EuGH Rs. C-381/98 (Ingmar GB Ltd./Eaton Leonhard Technologies Inc.), IPRax 2001, 225 ff mit Anm. Jayme aaO S. 190 f.

⁵³ So zu recht Staudinger ZGS 2002, 63, der überdies auf den insoweit abschließenden Charakter der kollisionsrechtlichen Regelung in Art. 7 Abs. 2 KaufRL hinweist.

⁵⁴ So auch Staudinger ZGS 2002, 63, 64.

⁵⁵ So auch Staudinger ZGS 2002, 63, 64.

⁵⁶ S. dazu insbes. das Fallbeispiel bei v. Hoffmann, IPR, 7. Aufl. 2002, § 10 Rn. 59 a.E.

⁵⁷ Bamberger/Roth/Spickhoff (Fn. 28) Art. 27 EGBGB Rn. 33.

kommt. Da die (verunglückte) Kollisionsnorm des Art. 29a EGBGB nicht an Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern, sondern lediglich an „Bestimmungen zur Umsetzung von Verbraucherschutzrichtlinien“ anknüpft, ist dies jedenfalls nach dem Gesetzeswortlaut nicht ausgeschlossen, wenngleich historisch wie teleologisch die besseren Gründe gegen die Anwendbarkeit von Art. 29a EGBGB im Verhältnis „B2B“ sprechen.⁵⁸ Selbst wenn man dem aber folgen wollte, käme eine Sonderanknüpfung nur bei der Wahl einer Nicht-EU- bzw. Nicht-EWR-Rechtsordnung in Betracht, auf die ein Unternehmer angesichts der Uneinheitlichkeit des europäischen Standards in der Frage des Unternehmerregresses und seiner Disponibilität u.U. gar nicht angewiesen ist. Ein Rückgriff auf das materiellrechtliche Umgehungsverbot des § 478 Abs. 3 S. 2 BGB ist insoweit ausgeschlossen, weil dieses keinerlei kollisionsrechtlichen Charakter hat.⁵⁹

Das soeben Dargelegte gilt *a fortiori*, wenn der Vertragsschluß durch ein inländisches Unternehmen verweigert und auf die Möglichkeit des Vertragsschlusses mit einem im Ausland ansässigen, rechtlich selbständigen Tochterunternehmen verwiesen wird. In diesem Fall kommen bereits kraft objektiver Anknüpfung das CISG oder aber ausländisches Recht, nicht aber die §§ 478 f BGB zur Anwendung. Gleiches gilt bei der Einschaltung eines im Ausland ansässigen Zwischenhändlers.⁶⁰ Auch die (ungeschriebenen) Grundsätze der kollisionsrechtlichen *fraus legis* führen hier zu keinem anderen Ergebnis. Insbesondere kann eine Verhaltensweise, mit welcher der Gesetzgeber rechnen mußte und der er nicht entgegengewirkt hat, nicht beliebig als Manipulation bewertet werden. Der Gesetzgeber hat in den Art. 27 Abs. 3, 28 Abs. 5, 29 und 29a sowie in Art. 34 EGBGB spezielle Schutzmechanismen entwickelt, die grundsätzlich als abschließend betrachtet werden müssen. Werden aufgrund dieser Anknüpfungen sowie aufgrund bestimmter Regelungen des nationalen Rechts, die weit über EG-Standards hinausgehen, Inlandsgeschäfte vermieden, so ist dies die Konsequenz überzogenen gesetzgeberischen Handelns, die das IPR nicht bekämpfen kann.⁶¹ In der allgemeinen Umgehungsdogmatik gesprochen liegt dann gerade kein Umgehungsgeschäft, sondern eine (stets zulässige) Geschäftsvermeidung vor.⁶²

b) Verbrauchervertragsstatut

Nicht zwingend erforderlich ist hingegen, daß der Vertrag zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher ebenfalls deutschem Recht unterliegt. Hierbei handelt es sich vielmehr um ein Problem der sog. Substitution.⁶³ Mit diesem Begriff wird bekanntlich das

⁵⁸ Staudinger ZGS 2002, 63; ders., Form und Sprache, in: Schulze/Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (2001) S. 295, 311; Freitag/Leible, Ergänzung des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes durch Art. 29a EGBGB, EWS 2000, 342, 344.

⁵⁹ Dies übersieht v. Westphalen (Fn. 37) § 478 Rn. 33; zutreffend hingegen Matthes, Der Herstellerregress nach § 478 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen – ausgewählte Probleme, NJW 2002, 2505, 2508.

⁶⁰ A.A. v. Westphalen (Fn. 37) § 478 Rn. 33; tendenziell wohl auch Gruber NJW 2002, 1180, 1181 Fn. 13.

⁶¹ Zutr. v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Bd. I: Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 133.

⁶² S. dazu grundlegend Teichmann, Die Gesetzesumgehung (1962).

⁶³ Zum erstmals grundlegend von Wengler RabelsZ 8 (1934), 159 ff analysierten und begrifflich von Lewald, Recueil des Cours 69 (1939) III § 2 S. 130 f geprägten Institut der Substitution s. nur

Problem der Subsumierbarkeit von Auslandstatsachen unter den Tatbestand einer anwendbaren Sachnorm bezeichnet. Es geht also (ohne Einschaltung einer weiteren kollisionsrechtlichen Anknüpfung) darum, ob die fremde Rechtserscheinung den Anforderungen der anzuwendenden Sachnorm genügt, d.h. deren Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt. Substitution ist damit eine Frage der Auslegung der anzuwendenden Sachnorm. Auch die §§ 478, 479 BGB sind in diesem Sinne auslegungsfähig: Sowohl Abs. 1 als auch Abs. 2 knüpfen das Eingreifen der Regreßregeln daran, daß der Unternehmer die verkaufte neu hergestellte Sache als Folge ihrer Mangelhaftigkeit zurücknehmen mußte oder der Verbraucher den Kaufpreis gemindert hat (Abs. 1) bzw. der Unternehmer im Verhältnis zum Verbraucher nach § 439 Abs. 2 BGB Nacherfüllungsaufwendungen zu tragen hatte (Abs. 2). Diese Rechtsbegriffe sind, wie sich insbesondere aus der Erwähnung von § 439 Abs. 2 BGB in § 478 Abs. 2 BGB ergibt – ganz zweifellos auf das deutsche Gewährleistungsrecht abgestimmt und können nicht ohne weiteres durch strengere Haftungsregelungen einer anderen Rechtsordnung substituiert werden. Unterliegt aber der Gewährleistungsanspruch des Verbrauchers gegen den Unternehmer einer anderen Rechtsordnung als der Liefervertrag, so kann auch eine Inanspruchnahme des Unternehmers nach einer fremden Rechtsordnung den Tatbestand des § 478 BGB erfüllen, wenn und soweit im konkreten Fall der nach ausländischem Recht bestehende Anspruch demjenigen des deutschen Rechts funktionsäquivalent ist. Das ist der Fall, wenn (und ggf. soweit) auch bei hypothetischer Anwendung deutschen Rechts im Verhältnis Unternehmer/Verbraucher der Unternehmer die Sache aufgrund ihrer Mangelhaftigkeit hätte zurücknehmen müssen, der Verbraucher hätte mindern können bzw. der Unternehmer Nachbesserungsaufwendungen zu tragen gehabt hätte.⁶⁴ Kauft also etwa ein in Frankreich ansässiger Unternehmer eine bewegliche Sache bei einem deutschen Lieferanten und unterliegt der Kaufvertrag kraft Rechtswahl nach Art. 27 EGBGB unter Ausschluß des CISG (s. Art. 6 CISG) deutschem materiellem Recht des BGB, so unterliegen Ansprüche des Unternehmers gegen den Lieferanten wegen Sachmängeln deutschem materiellem Recht. Verkauft der Unternehmer nunmehr in Frankreich die Sache an einen Verbraucher weiter, unterliegen die Ansprüche des Verbrauchers (Endabnehmers) gegen den Unternehmer hingegen französischem Recht. Die Erfüllung einer Rücknahme- oder Nachbesserungsverpflichtung nach französischem Recht⁶⁵ erfüllt aber den Tatbestand von § 478 Abs. 1 und 2, wenn eine solche auch in Anwendung deutschen Rechts gegeben wäre. Der Aufwendungsersatzanspruch nach Abs. 2 ist dann aber der Höhe nach auf Aufwendungen beschränkt, die auch nach deutschem Recht zu tragen gewesen wären.⁶⁶

Bamberger/Roth/Lorenz (Fn. 28) Einl. Vor Art. 3 EGBGB Rn. 91 m.w.N.; umfassend monographisch *Hug*, Die Substitution im Internationalen Privatrecht (1983) sowie zuletzt *van Venrooy*, Internationalprivatrechtliche Substitution (1999).

⁶⁴ S. dazu auch (wenngleich im intertemporalen Zusammenhang) *Heß*, Das neue Schuldrecht – Inkraft-Treten und Übergangsregelungen, NJW 2002, 253, 259 f.

⁶⁵ Zum Gewährleistungsrecht in Frankreich s. nur *Ferid/Sonnenberger* (Fn. 18) Rn. 2 G 604 ff. Mangels Umsetzung der KaufRL in Frankreich besteht derzeit im französischen Recht (noch) kein Nacherfüllungsanspruch.

⁶⁶ Im Ergebnis wie hier, jedoch ohne kollisionsrechtliche Begründung, wohl auch *Matthes* NJW 2002, 2505, 2510.

IV. Ergebnis

Die Regelungen der §§ 478, 479 BGB über den Unternehmerregreß im Verbrauchsgüterkauf knüpfen an die „verschärfte“, weil parteiindisponible Haftung des Unternehmers/Letzverkäufers gegenüber dem Verbraucher an. Von dem unzutreffenden Leitbild eines „meist schwächeren Händlers“ ausgehend hat der deutsche Gesetzgeber in dieser Form einmalig und ohne entsprechende europarechtliche Verpflichtung zwingendes Recht im Verhältnis von Unternehmern untereinander geschaffen und dabei überdies große Rechtsunsicherheit bezüglich der Frage des „gleichwertigen Ausgleichs“ verursacht. Aus der (rechtspolitisch ohnehin schon nicht unproblematischen) typisierenden Unterscheidung der Privatrechtsordnung zwischen (typisch) geschäftserfahrenen und damit „stärkeren“ Unternehmern und (typisch) geschäftsunerfahrenen und damit „schwächeren“ Verbrauchern ist eine Dreiteilung in „große“ Unternehmer, „kleine“ Unternehmer und Verbraucher geworden. Dies ist Ausdruck einer bedenklichen Tendenz, die auf der ideologiebeladenen Übertragung verbraucherschützender Typisierungen in das Unternehmensrecht beruht und leider auch schon in der Rechtsprechung der Instanzgerichte gewissen Anklang gefunden hat.⁶⁷

Deutsche Unternehmer sind, wenn sie an ausländische Unternehmer liefern, innerhalb des Anwendungsbereichs des CISG vor diesen Regelungen geschützt. Zu einem „*opting out*“ nach Art. 6 CISG ist ihnen jedenfalls unter diesem Aspekt⁶⁸ nicht zu raten. Bei reinen Inlandsgeschäften kann eine Rechtswahl zugunsten ausländischen Rechts nach Art. 27 Abs. 3 EGBGB die §§ 478, 479 BGB nicht ausschalten, gleiches gilt für eine – in diesem Fall nur materiellrechtlich mögliche – Rechtswahl zugunsten des CISG. Über ausländische Niederlassungen abgeschlossene Lieferverträge unterliegen in diesen Konstellationen kraft objektiver Anknüpfung nach Art. 28 Abs. 1, 5 EGBGB ebenfalls deutschem materiellem Recht, jedoch kann hier eine Rechtswahl zugunsten ausländischen Rechts zur Unanwendbarkeit der §§ 478 f BGB führen.

Ausländische Lieferanten unterliegen hingegen, wenn sie an deutsche Unternehmer liefern, unabhängig von der jeweiligen Vertragsanbahnung kraft objektiver Anknüpfung nicht den Regreßregelungen des deutschen Rechts. Es wird nicht verwundern, wenn dieser Wettbewerbsnachteil im Inland ansässiger Lieferanten⁶⁹ internationalprivatrechtlich zu Ausweichstrategien führt, indem Lieferverträge über ausländische Niederlassungen und Zwischenhändler geschlossen und mittels einer Rechtswahlklausel ausländischem Recht unterstellt werden. Die vom Gesetzgeber in § 478 f BGB auf der Ebene des materiellen

⁶⁷ S. beispielhaft die besonders bedenkliche Entscheidung OLG Köln NJW 1994, 2553 ff, welche die (vermeintlichen) Grundsätze der „Imparitätsrechtsprechung“ des BVerfG im sog. Bürgschaftsbeschluß (BVerfGE 89, 214 ff) in den gewerblichen Bereich erstreckt (strukturelle Unterlegenheit junger Unternehmer gegenüber „kapitalstarker Holdinggesellschaft“)

⁶⁸ Zu den sonstigen Gründen, die gegen den häufig praktizierten Ausschluß des CISG sprechen, insbesondere zu seiner Flexibilität gerade auch in Vertragsketten s. zuletzt das eindrucksvolle Plädoyer von Mankowski RIW 2003, 2, 8 ff.

⁶⁹ Diesen betont Gruber NJW 2002, 1180, 1181.

Rechts neu „erfundene“ und überdies praxisferne typische Schutzbedürftigkeit des „kleineren“ Händlers hat – anders als diejenige des Verbrauchers (Art. 29 EGBGB) – kein kollisionsrechtliches Pendant, dieses effektiv zu verhindern. Ein solches kann auch nicht in das nur materiellrechtliche und damit kollisionsrechtlich überwindbare Umgehungsverbot des § 478 Abs. 4 S. 3 BGB hineingelesen werden.