

## Friedrich Bernreuther

Rechtsanwalt, München\*

### Sachmangelhaftung durch Werbung

Die Verknüpfungen zwischen Wettbewerbsrecht und Zivilrecht sind mannigfaltig. Einen Anlass mehr, sich dieser Verhältnisbestimmung zu widmen, bietet das neu gefasste Schuldrecht<sup>1)</sup>. Im nachfolgenden wird der Sachmangelbegriff, bedingt durch Werbung, dargelegt. Kurz umrissen werden die Gewährleistungsrechte. Umfangreichere Ausführungen finden sich zum Rückgriffsanspruch, ausgelöst durch den Gewährleistungsanspruch des Verbrauchers. Nachdem vertragliche Beziehungen anlässlich eines Sachkaufs im wesentlichen durch AGB geregelt werden, die gesetzlichen Regelungen in einem zweiten Schritt Bezugspunkt sind bei der Frage, ob die verwendeten AGB einer Inhaltskontrolle standhalten oder nicht, werden – um einem ersten Bedürfnis gerecht zu werden – unternehmensbezogen verwendete Klauseln zu den Fragen der Gewährleistung einerseits und des Rückgriffs andererseits vorgeschlagen.

## 1. Sachmangel durch Werbung

### 1.1 Der Gesetzeswortlaut

„Zu der Beschaffenheit nach Satz 2 Nr. 2 (sc: Eine Sache ist – auch – frei von Mängeln, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet oder wenn sie eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen gleicher Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann) gehören auch Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers (...) oder seines Gehilfen, insbesondere in der Werbung ... erwarten kann, es sei denn, dass der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste, dass sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war oder dass sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.“

Während in § 434 Abs. 1 S. 1 und S. 2 Ziff. 1 der subjektive Fehlerbegriff<sup>2)</sup> geregelt ist (Nichtverkörperung der Eigenschaft entgegen der Vereinbarung; Nichteinigung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung), begründen vor allem objektive Merkmale den Fehler einer Sache gem. § 434 Abs. 1 S. 2 Ziff. 2 nebst der erweiterten Konkretisierung gem. § 434 Abs. 1 S. 3.

Objektive Beschaffenheitsangaben i. S. d. § 434 Abs. 1 S. 2 Ziff. 2, die für die Frage der Sachmangelfreiheit von Bedeutung sein können, ergeben sich also möglicherweise aus öffentlichen Äußerungen (insbes.: Werbung) vorausgesetzt, der Käufer kann die in der Werbung enthaltenen Eigenschaften als verkörperte erwarten (§ 434 Abs. 1 S. 2). Werbeaussagen sind mithin unabhängig davon zu berücksichtigen, „ob sie nach den Regeln des einzelstaatlichen Vertragsrechts als vertraglich vereinbarte angesehen werden können“<sup>3)</sup>.

Die Nichteinhaltung der in der öffentlichen Äußerung (insbes.: Werbung) enthaltenen Sacheigenschaften führt

ferner erst dann zu einem Sachmangel, wenn kein Ausschlussgrund auf Seiten des Verkäufers (Unkenntnis und Nichtkennenmüssen der öffentlichen Äußerung; keine gleichwertige Berichtigung der Werbung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses; Relevanz der Werbung für die Kaufentscheidung) vorliegt.

Damit wird deutlich: der Sachmangelbegriff hängt nunmehr nicht nur von der Eigenschaft der Sache, sondern zusätzlich von Voraussetzungen ab, die im Adressatenkreis der Werbung und in der Person des Verkäufers begründet sind.

Die Nichteinhaltung bzw. Nichtverkörperung von beworbenen Eigenschaften hat nur Bedeutung im Fall des Kaufs einer Sache. Sie ist unmaßgeblich im Fall der Miete, des Leasing oder sonstiger Vertragsarten<sup>4)</sup>.

### 1.2 Die Auslegung von § 434 Abs. 1 im allgemeinen

Was die Auslegung von § 434 Abs. 1 anbelangt, so wird der Weg zum Erkennen der richtigen Lösung nur zum Teil durch das nach wie vor – auch anwendbare Savignysche Methodenschema<sup>5)</sup> vorgezeichnet.

Erster Ausgangspunkt aller Überlegungen ist die Berücksichtigung der Tatsache, dass § 434 Abs. 1 und Abs. 2; ferner z. B. § 437 („Rechte des Käufers bei Mängeln“), Ergebnis der Umsetzung von Art. 2 Abs. 1 bis 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG<sup>6)</sup> sind.

Damit das umzusetzende Gesetz auch innerhalb der Europäischen Gemeinschaft einheitlich angewandt wird, ist es einheitlich, d. h. entsprechend der Richtlinie auszulegen. Die einheitliche Anwendung und die wirksame Auslegung des Gemeinschaftsrechts sichert der EuGH gem. Art. 234 Abs. 1 EGV. Dies bedeutet auch, dass bei Auslegungsschwierigkeiten ein Instanzgericht gem. Art. 234 Abs. 2 EGV an den EuGH vorlegen kann<sup>7)</sup>, das letztinstanzliche Gericht ist zur Vorlage gem. Art. 234 Abs. 1 EGV verpflichtet. Kommt das letztinstanzliche Gericht seiner Vorlagepflicht nicht nach, liegt ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (Entzug des gesetzli-

4) *Ernst/Gsell*, ZIP 2000, 1410, 1425.

5) In dem gedanklichen Fortschreiten zur richtigen Rechtsfindung hin unter Entfaltung eines unmittelbaren oder stillen, im letzten Fall auf die Einbeziehung von Rechtsprechung und Literatur abzielenden Dialogs, bedeutet die Bezugnahme auf den Wortlaut, die Systematik, den Willen des Gesetzgebers und den Willen des Gesetzes (diese vierte Möglichkeit wird am heftigsten von Müller angegriffen, Nachweise in meinem Beitrag WRP 2001, 513, 521 Fn. 71) „keine logische Subsumtion unterbegrifflich gefasste Obersätze“. Gleichwohl ist das Savignysche Methodenschema unentbehrliches juristisches Handwerkszeug (Nachweise in meinem Beitrag WRP 1995, 452, 460).

6) NJW 1999, 24217.

7) Die überflüssigste Vorlageentscheidung war nach überwiegender Auffassung diejenige, welche zu der Entscheidung des EuGH WRP 1995, 677 = GRUR 1995, 804 = NJW 1995, 3243 „Mars“ führte. Die Vorlage war nicht nur wegen Fehlens eines Verstoßes gegen § 3 UWG unter Anwendung deutscher Maßstäbe zum Irreführungsverbot überflüssig. Auch der vom Unterlassungsgläubiger behauptete, zu einer alternativen Verletzung von § 1 UWG führende Kartellverstoß, übernommen als Verstoßvariante durch das vorliegende Gericht, war nicht gegeben. So bestand auf breiter Front die Möglichkeit, deutsche Rechtspositionen allgemein als unhaltbar abzuqualifizieren – obschon diese Rechtspositionen zumindest der BGH nicht eingenommen hätte, vgl. hierzu auch meine Ausführungen in WRP 1999, 792, 793 f. Ziff. 2.

\* Rechtsanwälte Braun, Bergmaier, Preiß.

1) BGBl I 2001 S. 3138; §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

2) So die amtliche Begründung BT 14/6040 S. 212 vom 14. 05. 2001 zu § 434 Abs. 1 S. 1; vgl. *Westermann*, NJW 2002, 241, 243.

3) *Lehmann*, JZ 2000, 280, 283 zu Art. 2 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG, welche der hier gegenständlichen Änderung des BGB zu Grunde liegt.

chen Richters) vor, ein Sachverhalt, der vom Bundesverfassungsgericht bisweilen mit nicht undeutlichen Worten gerügt wird<sup>8)</sup>. Im Eilverfahren besteht keine Vorlagepflicht, weil die Parteien das Hauptverfahren einleiten können<sup>9)</sup>.

Jede Auslegung von § 434 Abs. 1 hat mithin das Auslegungsziel einer richtlinienkonformen Auslegung<sup>10)</sup> zu berücksichtigen. Die vorbekannten Auslegungsziele, bekannt als subjektive<sup>11)</sup> und objektive<sup>12)</sup> Theorie, werden damit nicht verdrängt oder ersetzt. Vielmehr existiert in Gestalt der richtlinienkonformen Auslegung eine neben den vorhandenen Theorien – vorrangige Geltung beanspruchende – dritte Theorie in Form eines zum Teil systematischen und gleichzeitig auf die Verwirklichung gemeinschaftsrechtlicher Belange bezogenen Ziels. Damit bekommen möglicherweise diejenigen zumindest teilweise Recht, die bereits vor geraumer Zeit vorgetragen haben, jede Auslegungsregel lasse sich zugleich als Auslegungsziel verstehen mit der Folge des Vorhandenseins von 16 Auslegungsmöglichkeiten<sup>13)</sup>. Diese Anzahl müsste allerdings noch zu gering sein eingedenk der Nichtberücksichtigung der richtlinienkonformen Auslegung und der verfassungskonformen Auslegung als Auslegungsmittel einerseits sowie als Auslegungsziel andererseits. Nebenbei sei bemerkt, dass die verfassungskonforme Auslegung als ratio mit der richtlinienkonformen Auslegung die Sicherung der Durchsetzung einer höherrangigen Regelung teilt. Die Höherrangigkeit der Richtlinie ist allerdings nicht derart, dass bei de-

ren Nichtbeachtung die nationale Norm nichtig wäre, vielmehr ist der nationale Gesetzgeber nach wie vor gehalten, zum Zweck der Umsetzung der Richtlinie tätig zu werden. Die Sicherung des Legitimationszusammenhangs teilt die richtlinienkonforme Auslegung also nicht mit der verfassungskonformen Auslegung.

Es bestehen allerdings Bedenken meinerseits gegen die praktische Durchführbarkeit, jede Auslegungsregel zugleich als Auslegungsziel zu begreifen und anzuwenden. Augenfällig ist auch, dass von den Vertretern dieser Auffassung entsprechende Fallbeispiele nicht vorgebracht werden. Hierzu an anderer Stelle mehr.

Aus dem Gesagten erhellt, dass auch künftig die Auslegung nach dem Wortlaut, dem Regelungszusammenhang, den Beweggründen des Gesetzgebers und dem heutigen Sinn und Zweck erfolgt. Dies steht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH, der sich ausdrücklich zu diesen Auslegungsmitteln bekennt, tatsächlich allerdings die Auslegung nach Wortlaut und telos bevorzugt<sup>14)</sup>.

Die Vernachlässigung der systematischen Auslegung<sup>15)</sup> ist vor dem Hintergrund der Französischen Rechtstradition<sup>16)</sup> und des französischen Denkens<sup>17)</sup> (die Beratungssprache beim EuGH ist Französisch; die Beratungssprache beim HABM ist übrigens Englisch) eher konsequent – und erstaunt zugleich, beweist doch das Postulat einer richtlinienkonformen Auslegung gewisse systematisierende Züge. Systematik tatsächlich aber nur in Teilbereichen anzuerkennen bedeutet zugleich, Widersprüchlichkeit teilweise zuzulassen. Dem entspricht es, dass der EGV keinen Gleichbehandlungsgrundsatz, sondern lediglich ein Diskriminierungsverbot (Art. 2 EGV) kennt. Dies bedeutet: etwas Selbstwiderspruch ist möglich, solange hieraus keine Diskriminierung folgt. Wer sich allerdings selbst widerspricht, kann nicht erwarten, dass keiner widerspricht. Widerspruch im Grundsatz ist aber für den Geltungsanspruch des Rechts problematisch.

Die Frage, auf welche Weise dasjenige Verständnis von einem Gesetz zu entfalten ist, welches – auf der Grundlage gerade dieses Gesetzes – zu der zutreffenden Bewertung der in Frage stehenden Handlung führt, ist – neben dem Bewertungsvorgang – eine Sache der Er-

8) BVerfG NJW 2001, 1267.

9) *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht 22. Auflage 2001, Einleitung UWG, Rz. 640 unter Bezugnahme auf EuGH NJW 1977, 1585 „Terrapin/Terranova“.

10) EuGH Slg 1990, I-4135 Tz. 8-Marleasing; EuGH NJW 1994, 2471 Faccini Dori; EuGH NJW 2000, 2571, 2573 Oceano Grupo Editorial u. a. m.

11) Die Auslegungsregeln wörtliche, systematische, historische und objektive teleologische Auslegung sind ausgehend vom Willen des Gesetzgebers zu konkretisieren.

12) Die Auslegungsregeln wörtliche, systematische, historische und objektive teleologische Auslegung sind ausgehend vom heutigen Sinn und Zweck her zu konkretisieren.

13) Nach *Fikentscher Methoden des Rechts*, Band 4, 1977, 370 ist „die Einordnung der historischen Auslegung in den Auslegungskanon als ein Kriterium unter mehreren ... falsch“. Die deshalb, weil man „Grammatik, System und Logik sowie die Zwecke sowohl historisch-subjektiv wie auch systematisch-objektiv betrachten (kann). Ebenso *Schlink*, Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft in: *Der Staat*, 19 (1980), S.101: „Die Frage (sc: der Relevanz der Genese einer Norm) hat dann nicht nur den Konflikt zwischen der gesetzgeberischen und der gegenwärtigen Vorstellung zum Zweck der Norm zum Gegenstand, sondern auch Konflikte zwischen dem gestrigen und dem heutigen Wortgebrauch und zwischen dem damaligen und jetzigen systematischen Zusammenhang“. Gleichermaßen *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 8. Auflage 1983, 97: „Auf allen diesen Stufen tritt uns die Alternative: Gesetzgeber oder Gesetz entgegen“. Konsequenz führt dies weiter zu der erstaunlichen Feststellung, dass man „selbst die ‚Entstehungsgeschichte‘, so paradox wie es klingt, nicht nur streng historisch erforschen kann, sondern auch objektivieren zu ‚deuten‘ versuchen kann ...“. *Dreier*, *Recht-Moral-Ideologie* 1981, 114, 134 erkennt vier Zielvarianten; ebenso *Zeller*, *Auslegung von Gesetz und Vertrag* 1989, 141 f. *Flessner*, *Juristische Methode und europäisches Privatrecht*, JZ 2002, 14 ff. ist der Auffassung, dass bei Beibehaltung der in Deutschland herrschenden Methodenlehre „Schizophrenie“ droht. Das Gesetz als einheitlichen Ausgangsgegenstand methodischer Bemühungen zu wählen, bedeute, der europäischen Situation nicht gewachsen zu sein, weil das europäische Privatrecht ein lockeres, unfertiges, teils koordiniertes Gebilde darstellt, welches sich gegen eine monistisch angelegte Methodenlehre sperrt. Demgegenüber sei ein kooperatives Denken in gemeineuropäischen Prinzipien angesagt, um aus nationalen Rechtsätzen europäische Lösungen zu entwickeln. Hierzu gilt: wenn jemand Methodenfragen in vergleichender Sichtweise gestellt und beantwortet hat, dann *Fikentscher*. Dieser Autor wird allerdings von *Flessner* ebenso wenig erwähnt wie *Dreier*, der früh auf die komparative Auslegung hingewiesen hat. Was das Überholsein eines Festhaltens am Postulat der Widerspruchsfreiheit anbelangt, so ist Widerspruchsfreiheit eine Sache des Denkens. Darüberhinaus gilt: wer Handlungen einfordert und sich hierzu widersprüchlich verhält, gefährdet im Rechtsstaat den Anspruch der Bindung an das Gesetz. Richtig ist, dass vergleichende Sichtweisen verstärkt vorgenommen werden müssen – zur Vermeidung von Widersprüchen.

14) Nachweise in meinem Beitrag WRP 2001, 513, 516, insbes. Fn. 18 u. 19.

15) *Bleckmann* NJW 1982, 1177, 1178.

16) Recht als organisches Ganzes zu begreifen, in welchem möglichst widerspruchsfreier Zusammenhang, geordnet nach Haupt und Gliedern, besteht und herzustellen ist, vollzieht sich vorzeighaft in Deutschland. Diese Aufgabe wird durch Lehrbücher und Monographien, systematisierende Rechtsprechung sowie Kommentare, angegangen und vollzogen. Systematisierende Rechtsprechung wie in Deutschland gibt es in Frankreich nicht, Kommentare wie in Deutschland gibt es – europaweit – nicht. Diese andere Art der Rechtstradition zeigt sich auch in der Ausbildung: der Aufbau einer Falllösung wird nicht geübt und verlangt als ein schematischer (in Deutschland ist dies eine Notwendigkeit schon deshalb, weil hierfür Grund das materielle Recht selbst ist, *Medicus*, *Bürgerliches Recht*, 18. Aufl. 1998, vor Rz. 1). Der Inhalt von Klausuren ist eher vergleichbar mit problemorientierten Besinnungsaufsätzen.

17) Wenn Philosophie Einfluss auf die Wissenschaften und damit – wohl – Einfluss vor allem in methodischer Hinsicht gehabt hat, dann trifft dies – betrachtet man die zurückliegenden Jahrhunderte – auf deutsche Philosophie zu. Wenn unter den deutschen Denkern eine einzelne Person Einfluss auf die Philosophie der Gegenwart der westlichen Welt hat, ist dies Kant. U. a. seine Begründung für die Unterscheidung von Sein und Sollen ist für uns – wissentlich oder unwissentlich – tägliches Brot. Sein Ansatz, nach den Bedingungen der Erkenntnis innerhalb des Bereichs der Erfahrung zu fragen, lebt modifiziert fort. Transzendental zu fragen, wird von vielen Denkern der Gegenwart, von Apel bis Gadamer, für das eigene Denken in Anspruch genommen (w. N. in meinem Beitrag WRP 1999, 792, 798 f.). Und auch die moderne Ethik kommt ohne Rückgriff auf Kant nicht aus, was z. B. die Philosophie von J. Rawls augenscheinlich beweist.

kenntnis. Der Weg zur richtigen Erkenntnis kann geleitet, nicht aber vorgeschrieben werden. Zutreffend in der Sache und zugleich ausgestattet mit einer gewissen Sprachästhetik heißt es zu dieser Erkenntnis in der aus dem Jahr 1899 stammenden Begründung zum BGB:

„Im Entwurf ist von jeder einschlägigen Vorschrift Abstand genommen, eine Bestimmung (wonach) ... der Auslegende (sich) nicht an dem Worte halten dürfe, ist überflüssig, weil selbstverständlich. Besondere Bestimmungen aber, welche darauf berechnet wären, die Auslegung zu erleichtern und die Richtigkeit ihrer Ergebnisse zu verbürgen, können nur leitende Gesichtspunkte zum Ausdruck bringen“<sup>18)</sup>.

### 1.3 Die Auslegung von § 434 Abs. 1 im besonderen

#### 1.3.1 Definition und rechtliche Einordnung von „Werbung“

##### 1.3.1.1 Festlegung des Begriffsumfanges von „Werbung“

„Werbung ist ein Verhalten, das darauf angelegt ist, andere dafür zu gewinnen, die Leistung desjenigen in Anspruch zu nehmen, für den geworben wird (m. w. N.)“<sup>19)</sup>.

Die weiteste Begriffsdefinition von „Werbung“ findet sich in Art. 2 Ziff. 1 der Irreführungsrichtlinie 84/450/EWG<sup>20)</sup>. Dort heißt es: „(Werbung) i. S. d. Richtlinie bedeutet ... jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern“.

Ob die Rechtsprechung ausdrücklich von der hier an erster Stelle wiedergegebenen Begriffsfestlegung abrücken wird, um der Definition von „Werbung“ entsprechend der Irreführungsrichtlinie den Vorzug zu geben, lässt sich mit Sicherheit nicht vorhersagen. Eingedenk der in der Rechtsprechung des I. Zivilsenats des BGH verstärkte erkennbare Tendenz, einerseits Kontinuität im Sinne einer Fortentwicklung bewährter Rechtsgrundsätze zu wahren, zum anderen kraft eigenen Willens und kraft Verpflichtung Recht der EU zu integrieren bzw., sich dort selbst zu integrieren, sprechen gute Gründe für die Annahme, dass die eigene Rechtsprechung maßgeblicher Bezugspunkt bleiben wird unter eventueller Erweiterung der dort vorfindlichen Definition für den Fall, dass solches erforderlich ist.

Vorzugsweise Erheiterung dürften die weit zurückliegenden und daher überholten Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zum Begriff der „Werbung“ auslösen. Danach lassen sich hinsichtlich Werbung „zuverlässige Angaben nicht machen, die rechtliche Geltung beanspruchen könnten. Eine Reklame, die eine Ware nach Art und Herkunft näher bezeichnet und als besonders preiswert hinstellt, kann von dem Kaufinteressenten auf die Richtigkeit aller dieser Angaben zu meist nicht nachgeprüft werden. Sie wird von ihm daher auch nicht ernsthaft als Unterlage für die von ihm zu treffenden wirtschaftlichen Entscheidungen gewertet ... Wären die Erwägungen des Berufungsgerichts richtig, so müsste die Reklame nahezu in ihrem gesamten Um-

fang unterbunden werden, ein Ergebnis, das offenbar mit der Rechtswirklichkeit nicht vereinbar ist.“<sup>21)</sup>.

Inhaltlich betrachtet hat ausweislich des Grünbuchs der Europäischen Kommission sowie der Richtlinienentwürfe von Oktober 1995 und Januar 1996 Werbung zum Gegenstand die Preisgünstigkeit des möglichst unter einer Marke vertriebenen Artikels und nicht – wie ehemals – die Herausstellung des Verkäufers<sup>22)</sup>.

Wichtig ist ferner der Hinweis von Lehmann<sup>23)</sup>, wonach traditionell Werbung als nicht informativ, überredend angesehen wurde, während dessen heute Werbung ein Informationsgehalt zugeschrieben wird. Ob man allerdings entsprechend dem von der EU-Kommission verfassten Grünbuch „Kommerzielle Kommunikation“<sup>24)</sup> Werbung als eine Art der Kommunikation bezeichnen darf, ist schon eingedenk der fehlenden Gegenseitigkeit der Verständigung zweifelhaft. Es gibt nur einen freiwilligen oder unfreiwilligen Zuhörer, nur dieser reagiert bisweilen. Seine Reaktion findet allerdings nicht mehr gegenüber dem die Werbeaussage verlautbarnden Medium statt, von Marktschreibern abgesehen. Durch Werbung findet kein schrittweises Aufeinanderzugehen, kein gegenseitiges Sich austauschen statt.

##### 1.3.1.2 Werbung durch Unterlassen – Verantwortungsparallelen zum Wettbewerbsrecht

Im Rahmen der Festlegung des Begriffsmerkmals „Werbung“ ist ferner die Frage zu klären, was gilt, wenn die Nennung der Eigenschaft, um die es geht, fehlt. Unterlässt es z. B. der Anbieter von Unterhaltungselektronik, das so billig beworbene Gerät als Auslaufmodell zu kennzeichnen, unterlässt er zugleich eine entsprechende „Werbung“. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gibt keine Hilfestellung, ob auch in diesem Fall eine „Werbung“ vorliegt.

Was die Übernahme von Sichtweisen bzw. Begriffen aus dem Wettbewerbsrecht im Rahmen des § 434 Abs. 1 S. 3 anbelangt (Erwartungshorizont entsprechend dem Verständnishorizont des aufmerksamen Verbrauchers im Rahmen der jeweiligen Situation; Fehlen eines Sachmangels bei Fehlen einer Kenntnis bzw. einem Kennenmüssen von der öffentlichen Äußerung entsprechend dem Wegfall der Störerverantwortlichkeit; Unmöglichkeit der Beeinflussung der Kaufentscheidung, gleichlautend mit der Relevanz im Rahmen von § 3 UWG), so wird insoweit sowie anhand der gesamten gesetzgeberischen Absicht, nämlich in Teilbereichen Verantwortungsparallelen zwischen Wettbewerbs- und Zivilrecht<sup>25)</sup> zu schaf-

21) BVerwG NJW 1959, 1194, 1195.

22) Nachweise bei Lehmann, JZ 2000, 280, 291.

23) Lehmann, JZ 2000, 280, 284 Fn. 39.

24) Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 08. 05. 1996 (KOM 96) 192 endg. Vgl. hierzu die Stellungnahme des DIHT vom 22. 10. 1996 und der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht GRUR 1997, 351; ferner Nacken WRP 1997, 929. Zum Folgedokument Henning-Bodewig, GRUR Int 1999, 233.

25) Wenn es demgegenüber oder in teilweiser Entsprechung zu den Ausführungen im Fließtext in der amtlichen Begründung BT 14/6040 auf S. 214 heißt: „Der Schutz vor unzutreffenden Werbeaussagen ist zwar in erster Linie ein Anliegen des Verbraucherschutzes“ so gilt: Irreführungsschutz war und ist vornehmlich durch die § 3 UWG und – bei Vorsatz – durch § 1 UWG gewährleistet, neuerdings verstärkt durch § 434 BGB. Der Schutz vor irreführenden Angaben dient dem Schutz der Mitbewerber, der Allgemeinheit und den Verbrauchern, Baumbach/Hefermehl, § 3, Rz. 3. Das in der amtlichen Begründung enthaltene Zitat mag in Übereinstimmung mit den Zielen der EU stehen, nämlich Wettbewerbsrecht als Verbraucherschutzrecht aufzufassen. Es ist sachlich allerdings unrichtig.

18) Mugdan Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 1899, 365.

19) BGH NJW 2001, 2087 „Anwaltswerbung“.

20) Abgedruckt in Baumbach/Hefermehl, S. 41 und GRUR Int 1984, 688. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (s. o. Fn. 6) enthält Begriffsbestimmung in Art. 1 Abs. 2, nicht jedoch – neuerlich – in Bezug auf „Werbung“.

fen, erkennbar, dass auch bei der Frage des Unterlassens von werblichen Angaben für deren Bedeutung im Rahmen des § 434 Abs. 1 S. 3 an das Wettbewerbsrecht anzuknüpfen ist.

Wettbewerbsrechtlich gilt: das Unterlassen einer Angabe ist keine Angabe über geschäftliche Verhältnisse i. S. d. § 3 UWG. Das Irreführungsverbot gem. § 3 UWG regelt ein Desinformationsverbot, nicht aber ein Informationsgebot<sup>26)</sup>. Das Unterlassen einer Angabe führt aber dann zu einer verbotenen Desinformation, wenn das Fehlen der Angabe für den Gesamthalt der werblichen Äußerung so bedeutsam ist, dass diese ohne die Angabe unrichtig ist<sup>27)</sup>.

Nun geht es zwar im Rahmen von § 434 Abs. 1 S. 3 nicht um den Gesamthalt einer Anzeige, sondern um die Eigenschaften einer Sache aufgrund einer „öffentlichen Äußerung“, insbesondere einer „Werbung“. Gegenstand des Kaufs ist allerdings nicht der Erhalt einer bestimmten Eigenschaft, sondern der Erhalt einer Ware. Folglich wird auch die Ware beworben, die Erwähnung oder Nichterwähnung ihrer Eigenschaften in der Werbung ist ebenso Mittel zum Zweck wie die Bewertung dieser Eigenschaften in wettbewerbsrechtlicher und – neuerdings – in zivilrechtlicher Hinsicht.

Damit gilt: auch das Unterlassen der Erwähnung einer Eigenschaft kann als „öffentliche Äußerung“, respektive „Werbung“ i. S. d. § 434 Abs. 1 S. 3 anzusehen sein, es stellt einen Sachmangel – bei Hinzutreten der übrigen in § 434 Abs. 1 S. 3 geregelten Voraussetzungen – dar, wenn das Unterlassen zu einem unrichtigen Gesamthalt der öffentlichen Äußerung/Werbung führt.

### 1.3.1.3 Die rechtliche Einordnung von Werbung (Werbung als invitatio oder als Vertragsangebot selbst)

Die Werbung mit der Aussage: „Kaufe jedes Auto“ wird nur bei Hinzutreten ganz besonderer Umstände als Angebot i. S. d. § 145 aufzufassen sein mit der Folge eines Vertragsschlusses bei bloßer Annahme des Angebots durch den – verkaufenden – Eigentümer des Autos.

Fast ausnahmslos liegt in der Werbung „Kaufe jedes Auto“ ein Vorzeigebeispiel für die Tatsache, dass Werbeaussagen nur die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (invitatio ad offerendum) darstellen<sup>28)</sup>.

Wenn nunmehr Werbeaussagen im Rahmen des Fehlerbegriffs gem. § 434 Abs. 1 S. 3 Bedeutung erlangen können „findet eine erhebliche Änderung des deutschen Rechts“ statt<sup>29)</sup>.

Andere Stimmen, die möglicherweise begleitet werden von einer eher geringen Bereitschaft, irgendeine Veränderung des BGB hin- oder anzunehmen, legen u. a. unter Bezugnahme auf zwei Entscheidungen des BGH<sup>30)</sup>

dar, die Umgestaltung des geltenden Fehlerbegriffs sei vornehmlich eine Frage des Gesetzgebungsstils, sie bewirke weniger die Verbesserung des Käuferschutzes, sondern habe vielmehr lediglich klarstellende Bedeutung<sup>31)</sup>.

Die erwähnten BGH-Entscheidungen lassen allerdings diese Schlussfolgerungen ebensowenig wie andere Gesichtspunkte zu.

## 1.3.2 Ausschluss des Sachmangels bei fehlender Berechtigung, das Vorhandensein der beworbenen Eigenschaft erwarten zu können (der berechtigte Erwartungshorizont bzw. der schützenswerte Adressatenkreis)

### 1.3.2.1 Das Verbraucherleitbild nach der geänderten Auffassung des BGH

Nach § 434 Abs. 1 S. 3 können öffentliche Äußerungen (insbesondere Werbeaussagen) einen über die tatsächliche Beschaffenheit der Kaufsache hinausgehenden Inhalt mit der eventuellen Folge des Entstehens eines Sachmangels begründen, sofern der Käufer diese Eigenschaften „erwarten kann“. In Art. 2 Abs. 2 lit. d) und Abs. 3 der Verbrauchergüterkaufrichtlinie heißt es:

„(2) Es wird vermutet, dass Verbrauchsgüter vertragsgemäß sind, ... wenn ... gegebenenfalls die insbesondere in der Werbung ... gemachten öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder dessen Vertreters über die konkreten Eigenschaften des Gutes in Betracht gezogen werden.

(3) Es liegt keine Vertragswidrigkeit ... vor, wenn der Verbraucher ... vernünftigerweise nicht in Unkenntnis darüber (sc: über die Vertragswidrigkeit) sein konnte ...“<sup>32)</sup>.

Im Erwägungsgrund 8 Satz 4 der RiL heißt es hierzu wie folgt: „Die Qualität und die Leistung, die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, hängen u. a. davon ab, ob die Güter neu oder gebraucht sind.“<sup>33)</sup>

„Die Qualifizierung ‚vernünftigerweise‘ stellt ein Entgegenkommen des Rates gegenüber dem Europäischen Parlament dar, das diese Klausel ... ganz streichen wollte.“<sup>34)</sup>

In der Gesetzesbegründung (BT 14/6040, S. 214) ist insoweit ausgeführt, „Satz 2 Nr. 2 enthält nicht die zusätzliche Beschränkung auf solche Beschaffenheitsmerkmale, die der Verkäufer ‚vernünftigerweise‘ erwarten kann. Dies erscheint nicht erforderlich: Welche Beschaffenheit erwartet werden kann, bestimmt sich nach dem Erwartungshorizont eines Durchschnittskäufers“.

Nach zutreffender Auffassung<sup>35)</sup> ist der Erwartungshorizont identisch mit dem Verständnishorizont des Verbrauchers bei irreführender Werbung oder bei Wertreklame sowie im Fall der Verwechslungsgefahr von Marken sowie geschäftlichen Bezeichnungen. Nachdem sich der BGH zwischenzeitlich offen zum durchschnittlich aufmerksamen Verbraucher im Rahmen der jeweiligen Situation (situationsbedingte Aufmerksamkeit des

26) BGHZ 104, 185, 188 = WRP 1988, 722 = GRUR 1988, 823 „Entfernung von Kontrollnummern I“; BGH WRP 1996, 1156 = NJW 1996, 3419 „PVC-frei“; BGH WRP 1996, 290 = GRUR 1996, 367 „Umweltfreundliches Bauen“.

27) BGH WRP 1996, 1027 = GRUR 1996, 793 „Fertiglesebrillen“; BGH WRP 1999, 839 = GRUR 1999, 757 „Auslaufmodelle I“.

28) Lehmann JZ 2000, 280, 286 m. w. N.; anders bei der Vertragsanbahnung von Internetauktionen BGH v. 7. 11. 2001-VIII ZR 13/01.

29) Lehmann a.a.O. (s. o. Fn. 28) 280, 287 m. a. N.; a. A. Däubler-Gmelin NJW 2001, 2281: „Diese Neuerung ist für die Struktur der Vorschriften nicht bedeutsam und muss deshalb hier nicht weiter erörtert werden“.

30) BGH NJW 1996, 1337 und BGH NJW 1997, 2590.

31) Ehmman/Rust JZ 1999, 853, 856; ferner Lehmann JZ 2000, 280, 287 Fn. 69 unter Hinweis auf Medicus ZIP 1996, 1925, 1927 und Schmidt-Räntsch ZIP 1998, 849, 851.

32) NJW 1999, 2421, 2422 (s. o. Fn. 6).

33) NJW 1999, 2421 (s. o. Fn. 6).

34) Staudenmayer NJW 1999, 2393, 2395.

35) Lehmann JZ 2000, 280, 284 f.

Durchschnittsverbrauchers) bekennt<sup>36)</sup>, nachdem ferner der BGH keine Ergebnisunterschiede zur Rechtsprechung des EuGH sieht, dürften Streitpunkte über die Berechtigung des Erwartenkönnens durch den durchschnittlich aufmerksamen Verbraucher unter Berücksichtigung der jeweiligen Lebenssituation nur in Ausnahmefällen entstehen.

Ein derartiger, den Streitpunkt bildender Ausnahmefall könnte dann vorliegen, wenn die Werbung eine falsche Beschaffenheitsangabe zu einer leicht nachprüfbaren, objektiven Tatsache enthält.

Der BGH hat zu einer falschen Herstellerpreisempfehlung ausgeführt, „für eine falsche Angabe zu einer solchen leicht nachprüfbaren, objektiven Tatsache gibt es keinen vernünftigen Grund ... Im Streitfall deutet zwar nichts darauf hin, dass die Beklagte absichtlich eine falsche Angabe ... (gemacht) hat. Das Irreführungsverbot muss aber in der Lage sein, auch die durch nichts zu rechtfertigende dreiste Lüge zu erfassen, selbst wenn sie sich im äußeren Erscheinungsbild von der irrtümlichen Falschangabe nicht unterscheidet“<sup>37)</sup>.

Nun geht es im Rahmen von § 434 nicht um den Schutz vor Irreführung und schon gar nicht um den Schutz vor irreführenden Preisangaben, sondern um die Verleihung eines Anspruchs, welcher nicht aus den Vertragsverhandlungen oder gar den Vertragsvereinbarungen resultiert<sup>38)</sup>. Wenn aber gesetzgeberisches Ziel es ist, eine gewisse Parallelwirkung im begrenzten Umfang zwischen dem wettbewerbsrechtlichen Verbot einerseits und dem zivilrechtlichen Anspruch des Umworbenen andererseits zu erreichen, sollte man auch in den Fällen, in denen der Käufer für die – dreiste – Unrichtigkeit der Beschaffenheitsangabe durch Nachprüfung z. B. leicht hätte erkennen können, das Vorhandensein eines Sachmangels bejahen. Zu der Frage, ob der Preis eine Beschaffenheitsangabe darstellt bzw. darstellen kann, s. u. Ziff. 1.3.6.

### 1.3.2.2 Berechtigtes Vertrauen und übliche Beschaffenheit

Was die Berechtigung des Vertrauens auf das Vorhandensein der werblich verlautbarten Eigenschaft weiter anbelangt, so ist die Frage, ob diese Erwartung zusätzlich nur dann Rechtsfolgen zeitigt, wenn die Beschaffenheit bei Sachen der gleichen Art üblich ist, oder ob das berechtigte Vertrauen allein genügt.

Eine Antwort für die hier aufgeworfene Fragestellung ergibt sich aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht.

Ausgehend vom ersten Teil des Gesetzeswortlautes („zu der Beschaffenheit nach Satz 2 Nr. 2 gehören auch ...“) nimmt § 434 Abs. 1 S. 3 lediglich eine Vergegenständlichung des Begriffs „Beschaffenheit“ vor, im übrigen bleiben – scheinbar – die übrigen Voraussetzungen von § 434 Abs. 1 S. 2 Ziff. 2 anwendbar. Nachdem § 434

Abs. 1 S. 3 aber erneut festlegt, dass Werbeaussagen mit einer über die tatsächlichen Eigenschaften der Ware hinausgehenden Beschaffenheitsangaben nur dann einen Sachmangel begründen können, wenn diese Eigenschaften der Käufer „erwarten kann“, wird deutlich, dass eine derartige Rechtsfolge auch dann eintritt, wenn § 434 Abs. 1 S. 2 Ziff. 2 nicht erfüllt ist. Zum Teil grammatische, im ganzen systematische und teleologische Erwägungen korrigieren also die gleichfalls auf grammatische Gründe sich stützende, vorstehend dargelegte Auffassung. Es bleibt dabei: ergeben sich aus der Werbung Eigenschaften der Sache, die der Käufer erwarten kann, ohne dass der verkaufte Gegenstand diese Eigenschaften besitzt, kann ein Sachmangel vorliegen; auf die Üblichkeit kommt es zusätzlich nicht an.

### 1.3.2.3 Allgemeines und individuelles Vertrauenkönnen

Eine weitere offene Frage ist, ob ein Sachmangel nicht nur dann ausscheidet, wenn das Vorhandensein der beworbenen Eigenschaft nicht erwartet werden kann, sondern zusätzlich dann, wenn das Vorhandensein der Sacheigenschaft zwar allgemein erwartet werden kann, solches aber nicht für den betreffenden Gewährleistungsgläubiger gilt, weil dieser z. B. als Mitanbieter oder Mitarbeiter mit der tatsächlichen oder tatsächlich möglichen Ausstattung der Sache vertraut war.

Nach Art. 2 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie „liegt keine Vertragswidrigkeit im Sinne dieses Artikels vor, wenn der Verbraucher zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Kenntnis von der Vertragswidrigkeit hatte oder vernünftigerweise nicht in Unkenntnis sein konnte ...“<sup>39)</sup>.

Legt man diese Ausführungen dem Gesetzeswortlaut von § 434 Abs. 1 S. 3 zu Grunde, ist davon auszugehen, dass bei konkreter Kenntnis von der Nichteinhaltung oder Nichteinhaltbarkeit des werblichen Versprechens ein Sachmangel auch dann ausscheidet, wenn unter Anlegung des Maßstabes der situationsbedingten Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers von der Verkörperung der in der Werbung enthaltenen Eigenschaft auszugehen war. Dies deshalb, weil ausdrücklich zwischen der Kenntnis einerseits und einem vernünftigerweise nicht in Unkenntnis-einkönnen andererseits als verschiedene Möglichkeiten des Ausschlusses von „Vertragswidrigkeit“ unterschieden wird.

Wegen der Eindeutigkeit des Wortlautes der Richtlinie ist an diesem Auslegungsergebnis festzuhalten ungeachtet der Tatsache, dass die amtliche Begründung zum Gesetzeswortlaut<sup>40)</sup> zu dieser Frage etwas allgemein gehalten ist.

Diese Lösung des hier beschriebenen Problems findet sich auch in meinem nachstehend zu Ziff. 3.3.1 (Klausel Nr. (2), Abs.1) dargelegten Klauselvorschlag. Dessen Anwendungsbedeutung dürfte schwerpunktmäßig in der Frage der Beweislastverteilung liegen: der Letztverkäufer oder ein Rückgriffsschuldner können einen Sachmangel trotz berechtigter Erwartung in das Vorhandensein der beworbenen Eigenschaft für den Einzelfall nur dann bestreiten, wenn sie darlegen und beweisen kön-

36) BGH WRP 2000, 510 = GRUR 2000, 528 „L-Carnitin“; BGH WRP 2000, 517 = GRUR 2000, 619 „Orient-Teppichmuster“; BGH WRP 2000, 723 = GRUR 2000, 820 „Space Fidelity Peep-Show“; BGH WRP 2000, 1129 = GRUR 2000, 914 „Tageszulassungen II“; BGH WRP 2001, 258 „Rückgaberecht“; BGH WRP 2001, 1450 „Warsteiner III“.

37) BGH WRP 2000, 1402 = GRUR 2001, 78 = NJW 2001, 73 „Falsche Herstellerpreisempfehlung“.

38) Demgegenüber stellt die amtliche Begründung (BT 14/6040, S. 214) auf den „Schutz vor unzutreffenden Werbeaussagen“ ab.

39) NJW 1999, 2421, 2423 (s. o. Fn. 6).

40) Ähnlich die amtliche Begründung (BT 14/6040 S. 213 f.).

nen, dass der konkrete Gewährleistungsgläubiger erwartungsbösgläubig war. Kann der Gewährleistungsschuldner (Letztverkäufer oder Rückgriffsschuldner) darlegen und beweisen, dass der Gewährleistungsgläubiger das Vorhandensein der beworbenen Eigenschaft wegen Sachnähe (z. B. Mitbewerber, Mitanbieter; evtl. Branchenkenner) nicht erwarten konnte, kommt es zu einer Beweiserleichterung dergestalt, dass nunmehr der Gewährleistungsgläubiger diese Vermutung auf entsprechenden Vorhalt durch den Gewährleistungsschuldner widerlegen muss.

Ergibt der Erwartungshorizont des Durchschnittsverbrauchers aufgrund der konkreten Situation, dass vom Vorhandensein der beworbenen Eigenschaft nicht auszugehen war, scheidet gerade wegen der Bedeutung dieses Maßstabs, nämlich eine bestimmte Quote der angesprochenen Verkehrskreise als nicht schutzwürdig anzusehen, ein Sachmangel auch dann aus, wenn der Käufer – wie auch immer – nachweisen kann, er habe sich aufgrund der Werbung geirrt.

#### 1.3.2.4 Das ehemals tatsächlich oder angeblich gültige Verbraucherleitbild der deutschen Rechtsprechung und der Umgang hiermit

Der BGH geht – wie erwähnt – in Hinblick auf das im Wettbewerbsrecht und Markenrecht<sup>41)</sup> maßgebliche Verbraucherleitbild davon aus, dass aufgrund seiner geänderten Rechtsprechung inhaltlich zur Rechtsprechung des EuGH<sup>42)</sup> kein Unterschied – mehr – besteht.

Dies war nicht immer so. Zu den Stichworten „Verbraucherleitbild“ war in der wettbewerbsrechtlichen Literatur eine sehr umfangreiche<sup>43)</sup> Auseinandersetzung geführt worden vornehmlich zu dem Zweck, die deutsche Rechtsprechung von der vermeintlich eingennommenen Situation der Schutzbedürftigkeit „eines naiven, leichtgläubigen und unvernünftigen Verbrauchers“<sup>44)</sup> abzubringen und statt dessen die Schutzbedürftigkeit des mündigen Verbrauchers zu installieren. Angeheizt worden war die teilweise von Sachlichkeit sich entfernende Debatte durch die Tatsache, dass der EuGH in einem – wohl – einmaligen Vorgang es für nötig gehalten hatte, in seiner Entscheidung betreffend das Strafverfahren gegen Prantl aus dem Schriftsatz des Verteidigers wörtlich zu zitieren. Der EuGH hatte es sich also nicht nehmen lassen, nicht allein sachliche Vorbehalte – zumindest damals – gegen die deutsche Rechtsprechung zu offenbaren.

Der Vorhang zu diesem wahrhaft interessanten Schauspiel war damit aber noch nicht gefallen, im Gegenteil, die Vorstellung begann erst richtig: ob kompetent oder nicht ganz in diesem Sinne agierend, ob berufen oder gar auserwählt, in wissenschaftlichen Beiträgen, auf Se-

minaren, Tagungen oder Gesprächen wurde von sehr vielen Deutschen zitiert, „der deutschen Wettbewerbsrechtsprechung liege ‚das Leitbild eines absolut unmündigen, fast schon pathologisch dummen und fahrlässig unaufmerksamen Durchschnittsverbrauchers‘ zu Grunde“<sup>45)</sup>.

Damit konnte man sicher sein, Beifall – und um diesen geht es nicht selten – zu erheischen.

Hierzu gilt: wenn es einen deutschen Wesenszug<sup>46)</sup> gibt, der gegenwärtig als nachteilig zu kritisieren ist, dann ist es jener, über die eigene Art auch dann noch herzuziehen, wenn weder ein Wesenszug der eigenen Art betroffen ist, noch tatsächlich für diese Haltung ein Anlass besteht.

#### 1.3.3 Ausschluss des Sachmangels bei Nichtkennen und Nichtkennenmüssen der öffentlichen Äußerung (insbesondere Werbung)

Nach § 434 Abs. 1 S. 3 gehören zur Sachbeschaffenheit – die Erwartungsberechtigung vorausgesetzt – auch beworbene Eigenschaften, „es sei denn, dass der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste ...“.

Diese Regelung beruht aus einer fast wörtlichen Übernahme von Art. 2 Abs. 4-1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Dort heißt es wie folgt:

„Der Verkäufer ist durch die in Abs. 2 lit. d) genannten öffentlichen Äußerungen nicht gebunden, wenn er nachweist, dass er die betreffende Äußerung nicht kannte und vernünftigerweise nicht davon Kenntnis haben konnte.“<sup>47)</sup>

Und in der amtlichen Begründung ist diesbezüglich angeführt, dass „durch das Abstellen auf das Kennenmüssen ... wiederum die Übernahme des von der Richtlinie verwendeten, dem bürgerlichen Gesetzbuch aber fremden, hierauf die Kenntnis des Käufers bezogenen Begriffs ‚vernünftigerweise vermieden werden (soll)‘. In der Sache soll dem Verkäufer nur eine Unkenntnis entlasten, die nicht auf Fahrlässigkeit beruht.“<sup>48)</sup>

Kurz und gut: Tatsächlich dürften die Maßstäbe anzuwenden sein, die für die Begründung der Störerverantwortlichkeit im Wettbewerbsrecht gelten.

#### 1.3.4 Ausschluss des Sachmangels bei Berichtigung der öffentlichen Äußerung (insbesondere Werbung) in gleichwertiger Weise im Zeitpunkt des Vertragschlusses

In gleichwertiger Weise wurde die öffentliche Äußerung (insbesondere Werbung) dann berichtigt, wenn ausdrücklich oder in genügender Weise mittelbar (die zuvor unrichtig beworbene Eigenschaft wird nunmehr ausreichend herausgestellt richtig beworben mit der Folge,

41) Der Inhalt des Verbraucherleitbildes war vornehmlich zu § 3 UWG diskutiert worden, er gilt aber – neben den Vorschriften des MarkenG – gleichermaßen zu § 1 UWG.

42) EuGH WRP 1998, 848 = GRUR Int 1998, 795 = NJW 1998, 3183 „Gut Springenheide“; EuGH WRP 1999, 307 = GRUR Int 1999, 345 „Sektellerei Keßler“; EuGH WRP 2000, 289 = GRUR Int 2000, 354 = NJW 2000, 1173 „Lifting-Creme“ (bezogen jeweils auf entsprechende Irreführungsverbote); EuGH WRP 1999, 629 = GRUR Int 1999, 723 „Chiemsee“; EuGH WRP 1999, 806 = GRUR Int 1999, 734 „Lloyd/Loints“ (bezogen jeweils auf Kennzeichnungskraft und Verwechslungsgefahr im Markenrecht).

43) Vgl. nur das Literaturverzeichnis bei *Baumbach/Hetermehl*, Einleitung UWG vor Rz. 606 sowie zu § 3 UWG vor Rz. 1.

44) *Lehmann* JZ 2000, 280, 284 und 285 m. w. N. insbesondere in Fn. 49.

45) EuGH Sng 84, 1299 = GRUR Int 1984, 291, 293 = NJW 1984, 1291 „Prantl“.

46) Da jeder das, was er sagt, für wesentlich hält und zwar auch dann noch, wenn er gegen die „Wesentlichkeit“ spricht, ist jedes Negativurteil über das Vorhandensein von Wesentlichkeit nicht mehr wert, als die dort getroffene Aussage selbst. Die Annahme von Wesentlichkeit ist also eine transzendente (wir müssen sie innerhalb der Erfahrung als notwendige Kategorie voraussetzen, ohne dass „Wesentlichkeit“ aus der Erfahrung abzuleiten wäre) Voraussetzung für jeden Dialog, sofern man zu dem Behufe einer Verständigung mit dem anderen sprechen will.

47) NJW 1999, 2421, 2423 (s. o. Fn. 6).

48) BT 14/6040, S. 215.

dass bei Zugrundelegung der situationsbedingten Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers die werbliche Veränderung zugleich eine Berichtigung der bislang vorhandenen Vorstellung zeitigt) eine Richtigstellung erfolgt.

Eine ausdrückliche Richtigstellung ist also dann entbehrlich, wenn für den Durchschnittsverbraucher im Rahmen seiner situationsbedingten Aufmerksamkeit allein aufgrund der neuen Werbung klar ist, dass die alte Werbung berichtigt wurde.

Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bedeutet inhaltlich „bis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses“. Die Berichtigung erfolgte rechtzeitig, wenn der Käufer die bloße Möglichkeit hatte, von der Berichtigung Kenntnis zu nehmen. Darauf, ob der Käufer die Berichtigung – noch – zur Kenntnis genommen hat, kommt es nicht an. Je enger der zeitliche Rahmen zwischen öffentlicher Äußerung (insbesondere Werbung) und Vertragsschluss ist, um so sicherer ist es für den Gewährleistungsschuldner und die möglicherweise verpflichteten Rückgriffsschuldner, mittels desselben werblichen Mediums die Korrekturwerbung zu verlautbaren. Kurz und gut: § 434 Abs. 1 S. 3 regelt eine Gegendarstellungspflicht im Eigeninteresse.

### 1.3.5 Ausschluss des Sachmangels bei Nichteignung der Werbung, die Kaufentscheidung beeinflussen zu können (fehlende Relevanz)

In § 434 Abs. 1 letzter HS heißt es:

„Es sei denn, dass sie (sc: die öffentliche Äußerung) die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.“

Diese Regelung beruht auf Art. 2 Abs. 4-3 der RiL, wonach der „... Verkäufer ... durch die ... öffentlichen Äußerungen nicht gebunden (ist), wenn er nachweist, dass die Kaufentscheidung nicht durch fehlerhafte Äußerung beeinflusst sein könnte“<sup>49)</sup>.

Die Eignung einer unrichtigen Werbemaßnahme, die Entscheidung über einen Vertragsschluss in wettbewerbsrechtlich bedeutsamer Weise zu beeinflussen<sup>50)</sup>, wurde bislang im Rahmen von § 3 UWG unter dem Gesichtspunkt der Relevanz erörtert. Diese ist – zur Begrenzung des Anwendungsbereichs von § 3 UWG – aus dem Schutzzweck der Norm zu folgern<sup>51)</sup>. Das nicht im Normtatbestand von § 3 UWG geregelte Merkmal der Relevanz hat in jüngster Zeit stärkere Beachtung erfahren, verwiesen sei auf die Entscheidung in „Füllanzeigen“<sup>52)</sup>, „Herstellergarantie“<sup>53)</sup>, „D-Netz-Handtelefon“<sup>54)</sup>, „Last-Minute-Reisen“<sup>55)</sup>, „Tageszulassungen“<sup>56)</sup> und „Unternehmenskennzeichnung“<sup>57)</sup>.

Gleichermaßen gilt allerdings, dass im Rahmen des aus § 3 UWG zu folgernden bzw. auf diese Vorschrift anzuwendenden Prüfungsschemas

– unrichtige Angabe über geschäftliche Verhältnisse (Unrichtigkeit)

– Bedeutung dieser Angabe für die situationsbedingte Aufmerksamkeit des Durchschnittsbetrachters (Verkehrsauffassung)

– Berücksichtigung der Interessen des Werbenden aufgrund länger zeitlicher Verwendung der unrichtigen Angabe mit der Folge des Vorhandenseins eines tatsächlich richtigen Verständnisses bzw. mit der Folge der Hinnehmbarkeit der Irreführung (Interessenabwägung)<sup>58)</sup>

– Eignung der Herbeiführung einer unrichtigen Kaufentscheidung (Relevanz)

der BGH die Möglichkeit einer Ergebniskorrektur mittels Verneinung der Relevanz (trotz unrichtiger Angabe keine Irreführung wegen fehlender Einflusseignung) als Ausnahme ansieht. Entscheidend sind die Merkmale „Unrichtigkeit“ und „Verkehrsauffassung“.

Die Gleichheit der Begriffsbestimmung der „Relevanz“ im Rahmen von § 434 Abs. 1 S. 3 einerseits mit dem Merkmal der Relevanz im Rahmen von § 3 UWG andererseits macht deutlich, dass inhaltlich keine Unterschiede bestehen. Dies bedeutet zugleich, dass mit einer die Irreführung verneinenden wettbewerbsrechtlichen Entscheidung – auch – gesagt ist, dass es zumindest an der Relevanz i. S. d. § 434 Abs. 1 S. 1 a.E. BGB fehlt. Natürlich besteht durch eine wettbewerbsrechtliche Entscheidung entsprechenden Inhalts keine Bindungswirkung für den Gewährleistungsprozess es sei denn, solches ist zum einem in den AGB zwischen dem Letztverkäufer und den Letztverbrauchern oder zum anderen in den AGB zwischen einem Lieferanten und einem weiteren Lieferanten bzw. dem Letztverkäufer vereinbart (individualvertragliche Vereinbarungsmöglichkeiten dürften kaum tatsächliche Bedeutung haben). Gleichwohl dürfte eine wettbewerbsrechtliche Entscheidung zu dieser Fragestellung nicht unerhebliches Gewicht haben. Dies schon deshalb, weil dort das Landgericht regelmäßig als Ausgangsinstanz in Frage kommt, währenddessen dieselbe Regelmäßigkeit im Gewährleistungsprozess nicht anzutreffen sein wird.

Mit dem in Art. 2 Abs. 4 der RiL enthaltenen Forderung, wonach der Verkäufer die Unmöglichkeit der Relevanz zu beweisen hat, ist nicht der Zeugen-, Urkunds- oder Sachverständigenbeweis gemeint. Es geht um das Vorhandensein einer Rechtsfrage, die durch rechtliche Argumentation unter Verwendung allgemeiner Maßstäbe entschieden wird. Verneint daher das angerufene Gericht allgemein die Relevanz, bleibt es bei diesem Ergebnis auch dann, wenn der Käufer vorträgt, für ihn war die Unrichtigkeit relevant.

### 1.3.6 Der Preis als Sachmangel

„Zu der Beschaffenheit ... (einer Sache) gehören auch Eigenschaften, die der Käufer ... (aufgrund) der Werbung ... erwarten kann“, § 434 Abs. 1 S. 1.

Will man wissen, was in der Vergangenheit als Sachmangel galt und welche Entscheidungen zu diesem Tatbestandsmerkmal es gab, schlägt man zu allererst den

49) NJW 1999, 2421, 2423.

50) Piper, GRUR 1996, 147, 164.

51) Baumbach/Hetermehl, § 3, Rz. 87.

52) WRP 1997, 437 = GRUR 1997, 380 = NJW 1997, 1370.

53) WRP 1997, 1062 = GRUR 1997, 929 = NJW 1997, 3376.

54) WRP 1998, 598 = GRUR 1998, 949 = NJW 1998, 1953.

55) WRP 2000, 92 = GRUR 2000, 239 = NJW 2000, 588.

56) WRP 2000, 1129 = GRUR 2000, 914 = NJW 2000, 2821.

57) WRP 2000, 1253 = GRUR 2000, 1084 = NJW-RR 2001, 32.

58) Die Interessenabwägung ist bislang beschränkt auf Fälle der Werbung mit wahren Aussagen.

„Palandt“ auf und liest dort nach. Dies schon deshalb, weil dieser Kommentar nach wie vor jeder Alleinstellungswerbung mit oder ohne vergleichende Werbung standhält und standhalten würde.

Zieht man im Gegensatz zu diesem bewährten Pfad in Betracht, dass mit der Sachmangelhaftung durch Werbung Neuland beschritten wurde mit dem Ziel, dem Letztverbraucher ein zivilrechtliches Mittel dann zur Hand zu geben, wenn die in ihren Eigenschaften beworbene Sache über die bei Gefahrübergang vorhandene Sache hinausgeht, ist es nicht abwegig, die Frage nach der Sachmangelhaftung aufgrund irreführender Preiswerbung zu stellen.

Die Irreführung über den Preis ist die häufigste Form der irreführenden Werbung gem. § 3 UWG. Beliebt ist z. B. die Werbung mit der Günstigkeit des eigenen Preises unter Gegenüberstellung mit der unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers, ob schon die Voraussetzungen, wie sie durch § 23 GWB für die unverbindliche Preisempfehlung geregelt werden, mitnichten vorliegen.<sup>59)</sup> Noch beliebter ist es, mit der Günstigkeit des eigenen Preises und der Gegenüberstellung mit einem ehemals selbst geforderten Preis zu werben, ob schon der nunmehr für ungültig erklärte frühere Preis nicht ernsthaft verlangt worden war (Mondpreis). Die Nichternsthaftigkeit des Verlangens des höheren Preises kann in der Art und Weise der Vermarktung liegen (Aufstellen einer Stereo-Anlage in einem kaum frequentierten Ausstellungsbereich), sie liegt in der Regel in dem Fehlen eines angemessenen Zeitraums für das Verlangen des höheren Preises<sup>60)</sup>. Am häufigsten ist schließlich die Bezugnahme auf eine veraltete und daher regelmäßig zu hohe unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers<sup>61)</sup>.

Nicht unbeliebt es schließlich, zu lange mit der – zulässigen – Preisherabsetzung zu werben. Mit einer Preisherabsetzung darf zwar über einen längeren Zeitraum geworben werden, es sei denn, durch die Werbung wird selbst der Eindruck erweckt, als hätte die Reduzierung soeben stattgefunden. Was die Dauer des Hinweises auf die – zulässige – Preisherabsetzung anbelangt, so dürften dieselben Grundsätze gelten, wie sie zur Ernsthaftigkeit des früher verlangten, höheren Ausgangspreises in der Fußnote 60 dargelegt sind. Wird aber im Ladengeschäft unter dem Schlagwort „Tiefpreis“ oder im übri-

gen „aus unserer Wochenwerbung“ geworben, erlangt die Bewertung des Eindrucks des Werbemediums mindestens die gleiche Bedeutung wie die Bewertung des Normalpreischarakters der Gegenstände selbst<sup>62)</sup>.

Gegen das Verlangen auf Minderung oder Rücktritt wegen einer Preisherabsetzung, die zwar Beweggrund für den Kauf, nicht aber tatsächlich vorhanden gewesen war, könnte eingewandt werden: Der Preis ist keine Eigenschaft der Ware, sondern Gegenleistung für die Eigenschaften der Ware. Darüber hinaus ist eine Nacherfüllung – als erstes vom Gesetzgeber gewolltes Gewährleistungsziel – bei einem Preismangel nicht möglich.

Der erste Einwand hat dann wenig Gewicht, wenn man bedenkt, dass der bei dem Unternehmen der Herstellung einer Rechtseinheit in Europa an erster Stelle zu nennende EuGH eine Auslegung der Wörter „mengenmäßige Einfuhrbeschränkung sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung“ gemäß Art. 30 EGV a.F. (Art. 28 EGV n.F.) dergestalt vornahm, dass hierunter auch Formen der Werbung fielen<sup>63)</sup>. Die Erstreckung des Begriffs „Einfuhrbeschränkung“ auf das Wort „Werbung“ nahm der EuGH zwar nach fast 20 Jahren mit seiner Entscheidung Keck und Mithouard und der dort vorgenommenen Unterscheidung zwischen Verkaufsmodalität und warenbezogener Maßnahme zurück<sup>64)</sup>. Gleichwohl bleibt die Tatsache bestehen, dass zur Verwirklichung eines bestimmten Ziels der EuGH über Jahre hinweg eine über den Begriff hinausgehende Auslegung des Gesetzeswortlauts vornahm. Und nachdem die Regelung des § 434 Abs. 1 S. 3 Ergebnis der Umsetzung von Art. 2 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist, die dortige Fassung („öffentliche Äußerung ... über die konkreten Eigenschaften des Gutes ...“<sup>65)</sup>) zwar nicht unbedingt die Gleichsetzung von Eigenschaft und Entgelt zulässt, hierüber abschließend jedoch der EuGH zu entscheiden hat (s. o. Ziff. 1.2), ist es nicht ausgeschlossen, dass es erneut zu einer Begriffsausweitung in dem dargelegten Sinn kommt vorausgesetzt etwa, der EuGH erklärt die zivilrechtliche Bekämpfung der irreführenden Preiswerbung zu seinem – und damit zu unser aller – Ziel. Hierfür könnte auch der Normalsprachgebrauch als Begründung dienen eingedenk der Tatsache, dass dort der Preis als Sacheigenschaft Verwendung findet, was z. B. deutlich wird in dem Satz: „Diese Sache ist mir zu teuer.“

Was den zweiten Einwand anbelangt – Nacherfüllung als primäres Gewährleistungsziel ist beim Preismangel nicht möglich, so dass auch auf der Rechtsfolgeseite Gewährleistungsrechte beim Preismangel ausscheiden –, so hat nach meiner Auffassung auch dieser Einwand entscheidendes Gewicht. Erneut bleibt aber abzuwarten, welche Wortbedeutung der EuGH für verbindlich erklärt.

59) *Baumbach/Hefermehl*, § 3 UWG, Rz. 302 ff.

60) Bei Lebensmitteln wird man unterschiedliche Maßstäbe anwenden müssen, abhängig auch davon, ob es sich um Obst oder Gemüse handelt, welches hauptsächlich zu bestimmten Jahreszeiten gekauft wird. In Bezug auf den Likör der Marke „Jägermeister“ hat der BGH zwei Monate ausreichen lassen, BGH WRP 1978, 656 = GRUR 1978, 652 „Mini-Preis“. Bei hochwertigen Parfum-Artikeln wird man zwei Monate voraussetzen müssen, damit von einem Allgemeinpreis gesprochen werden kann. Nach dem OLG Stuttgart, WRP 1996, 796 genügt eine Woche nicht. Ein auf Unterschiede eingehender Maßstab dürfte ferner bei Möbeln anzulegen sein, je nach dem in welcher Preisklasse und in welcher Häufigkeit die entsprechenden Gegenstände abgesetzt werden (OLG Stuttgart, WRP 1996, 469; mindestens einen Monat). Zutreffend ist das OLG Bremen WRP 1971, 530 der Auffassung, dass Teppiche sechs Monate lang zu einem bestimmten Preis angeboten werden müssen, bevor eine die Irreführung ausschließende Preisherabsetzung gegenüber dem nunmehr entstandenen Normalpreis möglich ist. Liegen Anhaltspunkte vor, dass derwerbende den in Bezug genommenen höheren Preis nicht ernsthaft verlangt hat, kommt es zu einer Beweislastumkehr, BGH WRP 1974, 552 = GRUR 1975, 78 = NJW 1974, 1822 „Preisgegenüberstellung I“. Dieser Gesichtspunkt wäre bedeutsam gewesen nach der Zurückverweisung des BGH in der Entscheidung WRP 1996, 734 = GRUR 1996, 796 = NJW 1996, 3341 „Setpreis“.

61) OLG Braunschweig v. 8. 12. 1994 – 2 U 154/94 (LG Braunschweig 21 O 22/94); vgl. Fn. 70.

62) OLG Frankfurt, NJW-RR 1996, 949.

63) EuGH Slg 1975, 837 = GRUR Int 1974, 467 = NJW 1975, 515 „Dassonville“; *Baumbach/Hefermehl*, Einleitung UWG, Rz. 617, 618.

64) EuGH WRP 1994, 99 = GRUR 1994, 296 = NJW 1994, 121 „Keck und Mithouard“; vgl. hierzu meine Ausführungen in *Walter/Grüber*, Anwaltshandbuch Wettbewerbspraxis 1998, Stichwort „Vorsprung durch Eindringen in Preis- und Vertriebsbinden“, 1541 ff. Fn. 26 und Fn. 27; *Baumbach/Hefermehl*, Einleitung UWG, Rz. 627, 628; nach *Bornkamm*, Sommerkurs Wettbewerbsrecht England 1995, S. 2 war die Rechtsprechung des EuGH vor dem „Keck“-Urteil zu Art. 30 EGV (Art. 28 nF) durch eine erstaunliche Inkonsistenz geprägt.

65) NJW 1999, 2421, 2422 (s. o. Fn. 6).



### 1.3.7 Bedeutung der Verknüpfung des Sachmangelbegriffs mit in der Person des Käufers oder des Verkäufers liegenden Eigenschaften

Wenn der Sachmangelbegriff, der in erster Linie (§ 434 Abs. 1 S. 1 und S. 2 Ziff. 1) an die vertraglich vorausgesetzte – subjektive – Sachbeschaffenheit, darüber hinaus (§ 434 Abs. 1 S. 2 Ziff. 2) an die – objektiv – zwischen den Parteien zu geltende Sachbeschaffenheit anknüpft, im Rahmen der objektiven Verhältnisse durch in der Person des Käufers, des Verkäufers oder in der zu weiten Werbung selbst liegende Umstände ergänzt wird und dabei der Fall eintreten kann, dass in der Person des Käufers (Letztverbraucher) alle Voraussetzungen erfüllt sind, welche die Bejahung einer Sachmangeleigenschaft ermöglichen, währenddessen in der Person des Letztverkäufers diesbezüglich Hinderungsgründe bestehen, findet zwar im Rahmen der Begriffsbestimmung des Sachmangels eine Loslösung von der Sache, um die es geht, statt. Gleichwohl kann nicht gesagt werden, dem Anspruch des Käufers (Letztverbraucher) auf Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung, Schadenersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen (§ 437 „Recht des Käufers bei Mängeln“) korrespondierende in bestimmten Fällen keine Pflicht des Verkäufers auf Erfüllung der beschriebenen Käuferansprüche; deutlich werde – auch – hier die Abkehr von einem Rechtsbegriff, bei dem Pflichten zugleich Ansprüche gegenüberstehen und umgekehrt, ferner werde eine Art institutioneller Rechtsbegriff dem deutschen Schuldrecht einverleibt und dabei gehe man weit über das hinaus, was diesbezüglich durch die Einführung der „Pflichtverletzung“ des Schuldners in § 280 Abs. 1 als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrechts<sup>66)</sup> angedeutet ist. All dies kann man deshalb nicht einwenden, weil es in § 434 Abs. 1 S. 2 Ziff. 2 (und S. 3) weder tatsächlich noch gewollt um die Einführung neuer Relationen im Schuldrecht geht. Die Regelung des § 434 Abs. 1 ist notwendig infolge des in der Sache berechtigten Vorhabens, unrichtige Werbeaussagen in bestimmten Fällen mit zivilrechtlichen Folgen zu verknüpfen. Die Berechtigung, das Vorhandensein der werblich verlautbarten Beschaffenheitsangabe erwarten zu können, ist nicht Folge z. B. eines institutionellen Rechtsbegriffs, sondern Folge der Werbung. Hieran anknüpfend Verantwortungsparallelen zwischen Wettbewerbs- und Zivilrecht zu schaffen, ist nur folgerichtig und bedingt von daher einen nicht geringen Teil der vorstehend beschriebenen Voraussetzungen von § 434 Abs. 1.

### 1.3.8 Die tatsächliche Bedeutung des Sachmangels aufgrund Werbung in einzelnen Handelsbereichen

Was die Werbung für Lebensmittel anbelangt, so besteht eine gewisse Berechtigung, zwischen festen Nahrungsmitteln und Getränken einerseits und der Werbung in Tageszeitungen bzw. Anzeigenblättern sowie anderen Werbeträgern andererseits zu unterscheiden.

Nimmt man die festen Nahrungsmittel, beworben in Tageszeitungen und Anzeigenblättern, so kommen als Werbungtreibende hauptsächlich Aldi, EDEKA, Euro-Spar, Grosso, Karstadt, Kaufhof, Kaufland, Lidl, Markt-

kauf, Mini-Mal, Netto, Norma, Penny, Plus, Tengelmann und wal mart in Betracht. Gegenstand der Werbung ist in der Regel die Preisgünstigkeit des eigenen Angebots. Irreführende Werbeaussage wegen des Nichtvorhandenseins von Eigenschaften sind dem Verfasser kaum gegenwärtig, eher das Nichtvorhandensein von – beworbenen – Waren und relativ schlauen, auf die entsprechende Abmahnung hin verlaubliche Stellungnahmen der Rechtsabteilungen, ohne Organisationsverschulden stehe man vor einem Rätsel, weshalb die – vom Lieferanten zugesicherte – Ware nicht verfügbar war bzw. sei.

Was anderweitige Werbeträger anbelangt, so werden dort gleichfalls – feste – Lebensmittel beworben, sodann steht allerdings nicht so sehr die Preisgünstigkeit des Angebots, sondern die Bewusstmachung der Marke im Vordergrund, Werbungtreibende sind insoweit schwerpunktmäßig die Hersteller. Fehlerhafte Eigenschaften, welche zu einem Sachmangel i. S. d. § 434 führen könnten, spielen hier eine noch geringere Rolle als zuvor.

Die Werbung für Getränke hat erheblichen Umfang, genutzt werden Tageszeitungen und Anzeigenblätter gleichermaßen wie sonstige Werbeträger. Wettbewerbsverstöße in den erstgenannten Medien ereignen sich vorzugsweise unter Verletzung der PreisangabenVO, die Nennung des Grundpreises gem. § 2 PreisangabenVO mochten viele Anbieter nicht vornehmen. Anderweitige Wettbewerbsverstöße dort bzw. sonst sind dem Verfasser gleichfalls kaum gegenwärtig, was die Schlussfolgerung erlaubt, dass es zu einer Sachmangelhaftung durch Werbung ausgehend von den bisherigen Erfahrungen nicht allzu häufig kommen wird.

Bei Textilien ist es erneut so, dass die Preisgünstigkeit des Angebots Gegenstand vornehmlich der Anzeigen in Tageszeitungen und Anzeigenblättern ist, wobei die Werbungtreibenden – ähnlich wie bei Lebensmitteln – weniger einzelne Letztverkäufer noch die Hersteller, sondern Anbieterketten sind wie Benetton, hettlage, H&M, Karstadt, Kaufhof, kik, K&L Ruppert, New Yorker, Peek&Cloppenburg, Sinn&Lefters sowie Takko.

Der Schwerpunkt der Wettbewerbsverstöße liegt in Preisherabsetzungen betreffend weite Teile des Sortiments, wie C&A derzeit deutlich macht oder aus Anlass eines vom Gesetz (§ 7 Abs. 3 Ziff. 2 UWG) nicht privilegierten Jubiläumsverkaufs, mithin in einer Verletzung des Verbots von Sonderveranstaltungen.

Irreführende Werbung wegen unrichtiger Beschaffenheitsangaben evtl. im Zusammenhang mit einer Verletzung des Textilkennzeichnungsgesetzes sind eher die Ausnahme.

In der Plakatwerbung ist Gegenstand die Preisgünstigkeit eines Sonderangebots, allzumeist beworben ohne Hinweis auf eine Preissenkung. Ziel ist es dort, im Bewusstsein des Betrachters genuine Preisgünstigkeit des betreffenden Anbieters zu verankern, in den übrigen Werbeträgern geht es noch stärker um das Bewusstmachen des Anbieters, einer Marke oder einer geschäftlichen Bezeichnung als Qualität an sich, ohne Hinweis auf den Preis. Fehlende Eigenschaften, welche zu einem Sachmangel i. S. d. § 434 Abs. 1 führen könnten, spielen auch im Textilbereich eine eher geringe Rolle.

66) Schapp JZ 2001, 583, 584: „Über den an sich nahe liegenden Gedanken einer ‚Anspruchsverletzung‘ wäre das nicht zu schaffen gewesen, weil die Sorgfaltspflichten im Rahmen dieser Rechtsinstitute (sc: pVV; cic) kein Anspruch entspricht“.

Im Möbelhandel hat die Werbung in Tageszeitungen auch und gerade durch Werbebeilagen sowie in Anzeigenblättern entscheidende Bedeutung, sage und schreibe 10 %<sup>67)</sup> des Umsatzes (nicht: des Gewinns!) werden in die Werbung investiert. Allzumeist geht es den regional häufig sehr bedeutsamen Möbelhäusern, aber auch den Anbieterketten wie Höffner, möma, Porta oder Roller<sup>68)</sup> (IKEA stellt insoweit eine Ausnahme dar), um Preisherabsetzungen; auch insoweit ist Hauptanknüpfungspunkt wettbewerbsrechtlicher Bewertung das Sonderveranstaltungsverbot gem. § 7 Abs. 1 UWG, Rabatte und Zugaben spielten und spielen eine große Rolle, heute erlaubtermaßen.

Die Stärke der regional häufig sehr bedeutsamen Anbieter hat ihren Grund auch darin, dass diese sich möglicherweise am effektivsten in Einkaufsverbände zusammengeschlossen haben und zusammenschließen.

Mit Plakatwerbung machen die regional bedeutsamen Möbelhäuser auf sich aufmerksam, andere Werbeträger werden – mit Ausnahme des IKEA-Katalogs – vergleichsweise wenig genutzt, in Hochglanzmagazinen glänzen Designermöbel und hochwertige Büromöbel, die Herstellerwerbung dürfte aber keine so große Rolle spielen, wie im Bereich der Mode.

Irreführende Werbung wegen fehlerhaften Beschaffungsangaben („Sitzgruppe massiv Eiche“<sup>69)</sup>; „Tisch 80 cm x 160 cm“) kommt in der Werbung der Letztverkäufer hin und wieder vor. Eine Sachmangelhaftung aufgrund Werbung liegt mithin nicht außerhalb des Bereichs des möglichen.

Heftig umworben wird auch und vor allem der Bereich der Unterhaltungs- und Gebrauchselektronik sowie das, was man als Computer-Hardware bezeichnet.

Domäne der Letztanbieter ist erneut die Werbung in Tageszeitungen, Anzeigenblättern und Werbebeilagen, wobei die Letztanbieter sich vornehmlich in Anbieterketten zusammengeschlossen haben wie expert, EP-Partner, Media-Markt, mega-company, Pro-Markt, Schaulandt, Saturn-Hansa u. a. m.. Einige dieser Anbieterketten treten auch durch Fernsehwerbung hervor, von der sie meinen, sie sei nicht blöd.

Plakatwerbung aber auch sonstige Werbung betrifft nicht selten die Anbieterketten selbst, sie kommt mithin häufig ohne Preiswerbung bzw. Präsentation einer bestimmten Marke aus. Anders als bei den zuvor genannten Bereichen spielen also bisweilen weder die Preisherabsetzungen noch die Nennung der Marke die bedeutsamste Rolle.

67) OLG Hamburg, WRP 1996, 215.

68) Der größte Möbel-Filialist, die Fa. Unger, scheiterte im Lauf des Jahres 1999 nur zum Teil an unrentablen Umsätzen der mit einem Mal (im Abstand von ein bis zwei Jahren vor der jeweiligen Insolvenz) rechtlich verselbständigten Häuser. Ursächlich war zumindest auch die Tatsache, dass mit Übernahme dieses in den expansivsten Zeiten etwa 60 Häuser aufweisenden Anbieters eine Trennung zwischen Immobilie und Geschäftsbetrieb vollzogen wurde. Folge war, dass die Geschäftsbetriebe nunmehr einen völlig unrealistischen Mietzins zu bezahlen hatten, der auf Dauer nicht aufzubringen war. Nebenbei sei bemerkt, dass auf diese Weise viele Arbeitsplätze vernichtet wurden. Nebenbei sei ferner bemerkt, dass die Arbeitsverwaltung Millionen an Arbeitslosengeld zu bezahlen hatte.

69) Hinsichtlich Möbelbezeichnungen existiert die DIN 68871. Verstöße hiergegen bedeuten aber nicht zugleich eine Verletzung des Irreführungsverbotens gem. § 3 UWG und schon gar nicht eine Verletzung von § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt des Vorsprungs durch Rechtsbruch.

Die Präsentation der Marke durch den Importeur oder Hersteller unter nobler Hintanstellung des Preises findet in Hochglanzmagazinen vor allem dann statt, wenn es um den Absatz von hochwertiger Ware der Unterhaltungselektronik geht. Eine gewisse Bedeutung hat die Herstellerwerbung schließlich bei der sogenannten Computer-Hardware.

Was die Werbung für Sacheigenschaften anbelangt, welche nur in der Anzeige, nicht aber in der Sache selbst verkörpert waren, so musste sich die prozessfreudigste Anbieterkette darüber belehren lassen, dass zwar den Eindruck zu erwecken, man könne nur billig, erlaubt ist. Wenn man zu diesen Belehrungen allerdings auf Auslaufmodelle<sup>70)</sup> zurückgreift, muss solches zur Vermeidung eines Wettbewerbsverstößes offenbart werden.

Ganz anders als in den beschriebenen Bereichen ist die Lage bei dem Verkauf von Neufahrzeugen. Erneut sind hier zwar Anzeigen in Tageszeitungen und Anzeigenblätter wichtiges Absatzinstrument, allerdings fehlen marktstarke Anbieterketten oder Einkaufsverbände, da der Absatz über – kartellrechtlich durch Gruppenfreistellungsverordnungen gebilligte – Vertriebsbindungsverträge stattfindet, ein sehr großer Teil der Anbieter ist mithin an einige Hersteller gebunden. Manche Hersteller übernehmen darüber hinaus selbst den Verkauf an Letztverbraucher mittels werkseigenen Niederlassungen. Ganz anders ist die Lage beim Verkauf von Neufahrzeugen auch deshalb, weil Anzeigen in Tageszeitungen und Anzeigenblättern nicht Domäne der Letztverkäufer sind. Vielmehr nutzen auch Hersteller stark diese Medien, um die eigene Marke, aber auch die neuen Modelle nebst den Ausstattungsvarianten in das Bewusstsein als besseres Angebot zu rücken.

Die Plakatwerbung wird gleichfalls von den Herstellern beherrscht, dasselbe gilt für die Werbung in Illustrierten und Magazinen (Zeitschriften) sowie für die Fernsehwerbung.

Was die Werbung mit in den Autos nicht verkörperten Sacheigenschaften anbelangt, so kam es – soweit ersichtlich – bislang nicht zu bekannt gewordenen Unterlassungsentscheidungen. Zwar gibt es immer wieder spektakuläre Rückrufaktionen, die insoweit zu Tage getretenen Mängel waren allerdings nicht zuvor Gegenstand von Werbeaussagen. Nicht ausgeschlossen ist es, dass mit der Einführung des Katalysators vor allem zwischen den Jahren 1985 bis 1990 nicht alle Fahrzeuge die – auch beworbene – Leistungsangabe erreichten. Ob sich ähnliche Fälle zu anderen technischen Neuheiten in der Zukunft ereignen, bleibt offen.

Insgesamt kann als Fazit dieser nicht durch statistische Erhebungen, sondern nur durch Eigenerfahrung abgesicherte Beschreibung gelten: Anzeigen in Tageszeitungen und Anzeigenblättern stellen den Hauptschauplatz einer Werbung für Sacheigenschaften dar, die möglicherweise keine weitergehende Verkörperung aufweisen. Anzeigen in sonstigen Medien dienen vorzugsweise der Präsentation der Marke. Eine starke Bedeutung hat die Herstellerwerbung dann, wenn es um den Absatz von Neufahrzeugen geht.

70) BGH WRP 1999, 839 = GRUR 1999, 757 = NJW 1999, 2190 „Auslaufmodelle I“.

## 2. Die Gewährleistungsrechte des Käufers

### 2.1 Beschreibung der gesetzlichen Ansprüche

Liegt ein Sachmangel vor, kann der Käufer

- Nacherfüllung verlangen, d. h. er ist berechtigt, Mangelbeseitigung oder Lieferung einer mangelfreien Sache nach seiner Wahl zu fordern (§§ 437 Ziff. 1 i. V. m. 434);
- vom Vertrag zurücktreten vorausgesetzt, die von ihm gesetzte angemessene Frist zur Mangelbeseitigung bzw. Ersatzlieferung ist erfolglos verstrichen (§§ 437 Ziff. 2, 1. Alt. i. V. m. 440, 323 und 326);
- den Kaufpreis mindern (§§ 437 Ziff. 2, 2. Alt. i. V. m. 441);
- Schadenersatz verlangen
  - im Fall schuldhafter Pflichtverletzung durch den Verkäufer (§§ 437 Ziff. 3 i. V. m. 440, 280);
  - im Fall der Verzögerung der Leistung des Verkäufers (§§ 437 Ziff. 3 i. V. m. 440, 280 Abs. 2, 286);
  - für den Fall, dass die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet durch den Verkäufer erbracht wird (§§ 437 Ziff. 3, 280 Abs. 3, 281);
  - im Fall des Ausschlusses des Anspruchs auf Leistung wegen Unmöglichkeit, Unverhältnismäßigkeit oder Unzumutbarkeit (§§ 437 Ziff. 3, 280 Abs. 3, 283, 275 Abs. 1-3);
- und
  - für den Fall, dass das Leistungshindernis, welches zur Unmöglichkeit führt, schon bei Vertragsschluss vorlag, es sei denn, der Verkäufer kannte das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht und konnte dieses auch nicht kennen (§§ 437 Ziff. 3, 311a);
- Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen (§§ 437 Ziff. 3, 284).

### 2.2 Vorschlag unternehmensbezogen verwendeter AGB

Im Verhältnis zwischen dem Hersteller oder einem sonstigen Lieferanten einerseits zum Letztverkäufer andererseits werden folgende AGB vorgeschlagen:

*(1) Ist die Ware mangelhaft und noch nicht weiterveräußert, ist der Verwender unbeschadet der Rechte gem. § 377 Abs. 2 HGB (Fiktion der Genehmigung der mangelhaften Ware bei Untersuchen der Mangelrüge, es sei denn, der Mangel war bei der Untersuchung nicht erkennbar) und unbeschadet der Rechte gem. § 377 Abs. 3 HGB (Fiktion der Genehmigung der Ware, wenn die Rüge nicht unverzüglich nachgeholt wurde, nachdem sich der bei der Untersuchung nicht entdeckte Mangel später gezeigt hat) berechtigt, nach seiner Wahl Mangelbeseitigung oder Lieferung einer mangelfreien Sache vorzunehmen. Im Falle der Mangelbeseitigung ist das Nachbesserungsrecht des Verwenders auf drei Versuche hinsichtlich ein- und desselben Mangels, insgesamt auf sechs Versuche hinsichtlich sämtlicher Mängel beschränkt. Sollte die Kaufsache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort verbracht worden sein, fallen dem Verwender die zur Durchführung der Mangelbeseitigung erforderlichen Mehrkosten nicht zur Last.*

*(2) Kommt der Verwender seiner Pflicht auf Nacherfüllung (Mangelbeseitigung; Ersatzlieferung) nicht nach, kann der Käufer, wenn er dem Verwender erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten.*

*(3) Verweigert der Verwender die Nacherfüllung, ist die Nachbesserung fehlgeschlagen oder für den Käufer unzumutbar, bedarf es für den Rücktritt keiner Fristsetzung durch den Käufer gegenüber dem Verwender.*

*(4) Ein Recht zur Minderung hat der Käufer nicht. Dies gilt auch dann, wenn die Ware nach Entdeckung des Mangels weiterveräußert wird, es sei denn, die Nacherfüllung wäre fehlgeschlagen, fristgemäß nicht vorgenommen bzw. verweigert worden oder unzumutbar gewesen.*

*(5) Ist die Ware mangelhaft und wurde sie weiterveräußert, ohne dass eine der zum Ausschluss der Minderung führenden Voraussetzungen gem. Absatz (1) oder Absatz (4) vorliegt, hat der Käufer das Recht zur Minderung.*

*(6) Der Käufer hat auch die Möglichkeit, Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen gem. § 437 Ziff. 3 BGB zu verlangen.*

### 2.3 Erläuterungen

Nacherfüllung bedeutet (wie erwähnt), dass der Käufer nach seiner Wahl Mangelbeseitigung oder Neunachlieferung verlangen kann, §§ 437 Ziff. 1 i. V. m. 439.

Wenn demgegenüber die vorgeschlagene Klausel in Absatz (1) die Ausübung dieses Wahlrechts im Rahmen der Nacherfüllung dem Verwender, mithin dem Verkäufer, einräumt, führt dies nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des Käufers.

Im Handelskauf ist erstrangiges Ziel des Käufers, die Sache weiterzuveräußern. Dieses Ziel wird durch die Klausel nach Ziff. (1) nicht beeinträchtigt. Wenn dann der Verkäufer als Verwender darüber entscheidet, ob dieses Ziel durch Mangelbeseitigung oder Nachlieferung verwirklicht wird, findet keine einseitige Regelung zu Lasten der Vertragspartei des Verwenders unter Ausschluss der Berücksichtigung der Interessen der anderen Seite statt<sup>71)</sup>.

Zumindest wäre eine Unangemessenheit nur von unerheblichem Gewicht<sup>72)</sup>.

Räumt sich der Verwender eine Nachbesserungsmöglichkeit ein, die im Ergebnis zahlenmäßig unbegrenzt ist, verstößt dies gegen § 309 Ziff 8 lit b, bb (früher: § 11 Ziff. 10 lit. b) AGBG) und im kaufmännischen Geschäftsverkehr gegen § 307 Abs. 2 Ziff. 1 (früher: § 9 Abs. 2 Ziff. 1 AGBG<sup>73)</sup>). Die hier vorgeschlagene Regelung dürfte aufgrund der Festlegung einer absoluten Höchstgrenze (sechs Nachbesserungsversuche insgesamt) zulässig sein.

71) BGH NJW 1986, 424, 426: „Unangemessen ist nach der ständigen Rechtsprechung des BGH eine Bestimmung in AGB, in welcher der die Vertragsgestaltung für sich beanspruchende Verwender entgegen den Geboten von Treu und Glauben einseitig eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen sucht, ohne von vorne herein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen“; ferner BGH NJW 1993, 326; BGH NJW 1993, 1133; BGH NJW 1997, 3022; BGH NJW 1998, 3200; BGH NJW 1999, 2279; BGH NJW 2000, 1110; BGH NJW-RR 2000, 1331, 1332.

72) Unwesentliche Einseitigkeiten führten bereits in der Vergangenheit nicht zu einer Verletzung von § 9 AGBG (heute: § 307 BGB), vgl. *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht 1992, 299; *Palandt-Heinrichs*, § 9 Rz. 7; *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandtner/Hensen/Schmidt*, § 9 Rz. 73; *Wolf* in: *Wolf/Horn/Lindacher*, § 9 Rz. 50. BGH NJW 1997, 739, 740: „Im übrigen ist vom Berufungsgericht nicht dargelegt und auch sonst nicht zu sehen, dass die Einschränkung der Dispositionsfreiheit durch eine Verlängerung des Vertrages ... besonders gravierend ist“.

73) BGH NJW 1998, 677.

Absatz (2) gibt den Gesetzeswortlaut von § 437 Ziff. 2, 1. Alt. wieder. Dort wird verwiesen auf die §§ 440, 326 und 326 Abs. 5. In § 323 ist geregelt, dass bei Nichterbringung der vertragsmäßigen Leistung durch den Schuldner der Gläubiger – erst – dann vom Vertrag zurücktreten kann, „wenn er den Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur ... Nacherfüllung bestimmt hat“. Das Rücktrittsrecht kann also erst dann ausgeübt werden, wenn – erfolglos – gem. § 439 Abs. 1 Nacherfüllung (Mangelbeseitigung oder Lieferung einer mangelfreien Sache) verlangt worden war.

Absatz (3) übernimmt im wesentlichen die Regelung des § 440.

Absatz (4) schließt das Minderungsrecht für den Fall aus, dass der Mangel vor Weiterveräußerung entdeckt wurde. Das Minderungsrecht entfällt also – nur – dann, wenn dem Verwender das Recht zur Nacherfüllung nicht eingeräumt worden war. Wie dargetan, geht es im Handelskauf für keinen der Beteiligten um den Verbrauch oder die Nutzung der Sache. Es geht also nicht darum, bei Beschränkung des Verbrauchs oder der Nutzung einen Ausgleich etwa in Form der Minderung erhalten zu können. Ziel ist es für beide Vertragsparteien, die Ware ohne Beeinträchtigung absetzen zu können. Dieses Ziel wird durch die Möglichkeit der Nachlieferung angemessen berücksichtigt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Nachlieferung von vorneherein ausscheidet.

Absatz (5) knüpft an die vorstehende Erwägung an: ausnahmsweise ist eine Minderung ferner dann möglich, wenn eine Nachlieferung mangels Entdeckbarkeit des Mangels – in diesem zeitlichen Stadium – nicht in Betracht kommt.

### 3. Der Rückgriffsanspruch

#### 3.1 Der Gesetzeswortlaut

In § 478 Abs. 1 BGB heißt es:

„Wenn der Unternehmer die verkaufte, neu hergestellte Sache als Folge ihrer Mangelhaftigkeit 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 hat (Lieferant), wegen des vom Verbraucher geltend gemachten Mangels einer sonst erforderlichen Fristsetzung nicht.“

§ 478 Abs. 5 lautet:

„Die Absätze 1 bis 4 finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen den jeweiligen Verkäufer entsprechend Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.“

§ 478 Abs. 2 erweitert den Rückgriffsanspruch auf die Erstattung von Aufwendungen, wenn der Sachmangel bereits bei Gefahrübergang auf den Letztverkäufer vorhanden war, § 478 Abs. 3 regelt Besonderheiten zur Fristsetzung, § 478 Abs. 4 verlangt für individualvertragliche und formularmäßig vorab vereinbarte Abreden zwischen dem Lieferanten und dem Verkäufer betreffend Abweichungen, dass dem letzteren als Rückgriffs-gläubiger ein gleichwertiger Ausgleich eingeräumt wird, § 478 Abs. 6 stellt klar, dass § 377 HGB unberührt bleibt.

#### 3.2 Andere Regelungsmöglichkeiten und Bewertungen zum Gesetzestext

Vorgeschlagen wurde demgegenüber ein Direktanspruch des Letztverkäufers gegenüber dem Hersteller, wenn nicht direkt zu Gunsten des Verbrauchers, so doch gegenüber dem mit ihm vertraglich nicht direkt verbundenen Verkäufer. „Andere Rechtsordnungen, die insoweit eine action directe kennen, tun sich hier leichter“<sup>74)</sup>. Nach anderer Auffassung regelt die hier gegenständliche Vorschrift bereits eine action directe für den letztverkaufenden Unternehmer. Wenn daher ein entsprechender Anspruch zu Gunsten des Verbrauchers nicht gegeben ist, bedeute dies einen „schwerwiegenden Wertungswiderspruch“<sup>75)</sup>.

Was die der Gesetzesänderung zu Grunde liegende Verbrauchsgüterkaufrichtlinie anbelangt, so enthält auch diese keinen Direktanspruch des Verbrauchers gegenüber dem Hersteller oder einem anderen Verkäufer als dem Letztverkäufer entsprechend der im Französischen Recht möglichen „action directe“, obschon solches gerechter bzw. mutiger<sup>76)</sup> gewesen wäre.

Zutreffend ist: Der Rückgriffsanspruch gem. § 478 BGB setzt keinen Sachmangelanspruch durch Werbung voraus, er gilt vielmehr bei einem im Zuge eines Verbrauchsgüterkaufs gem. § 474 Abs. 1 bestehenden Gewährleistungsrecht überhaupt. Nachdem allerdings gem. § 478 Abs. 6 die Vorschrift des § 377 HGB (Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers im Rahmen des Handelskaufs) unberührt bleibt, eine Untersuchungs- und Rügepflicht bei fehlerhaften Werbeaussagen nicht in Betracht kommt mit der Folge des Ausbleibens einer Genehmigungsfiktion, dürften Regressansprüche aufgrund Sachmangelhaftung durch Werbung eine gewisse Bedeutung erlangen. Kommt es dann zu einer Sachmangelhaftung aufgrund Werbung und macht in deren Folge der Verkäufer Regressansprüche gegenüber seinem Großhändler geltend, obschon die Werbung vom Hersteller stammt, vermitteln sich Ansprüche zwischen Personen auf eine neue Art und Weise.

#### 3.3 Rechtliche Möglichkeiten zur Verwirklichung des Rückgriffsanspruchs zwischen Unternehmern

Im Zusammenhang mit der Verwirklichung des Rückgriffsanspruchs erlangt zum einen die Frage Bedeutung, wie der Hersteller oder ein sonstiger nicht als Letztverkäufer auftretende Verkäufer trotz Veranlassung einer unrichtigen, i. S. d. § 434 Abs. 1 relevanten, Werbung sich davor schützen kann, dass vom Letztverkäufer Gewährleistungsansprüche akzeptiert und durchgereicht werden, obschon der Verbraucher das Vorhandensein der erworbenen Eigenschaft nicht erwarten konnte; obschon der Letztverkäufer die unrichtige Werbung nicht kannte und auch nicht kennen musste; obschon die unrichtige Werbung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war; und obschon die unrichtige Werbung die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

74) Westermann JZ 2001, 530, 541.

75) Ernst (zugleich im Namen von Schlechtriem handelnd) in seiner Stellungnahme zu dem Vortrag von Westermann (Fn. 73) JZ 2001, 542.

76) Lehmann JZ 2000, 280, 291.

Zum anderen ist von Belang, auf welche Weise zur Klärung des Vorhandenseins eines Sachmangels Bezugnahmemöglichkeiten auf das Wettbewerbsrecht hergestellt werden können.

### 3.3.1 Abwehr von Rückgriffsansprüchen bei ungerechtfertigter Bejahung eines Gewährleistungsanspruchs

#### 3.3.1.1 Klauselvorschlag

Bezüglich der Abwehr von Rückgriffsansprüchen bei ungerechtfertigter Bejahung eines Gewährleistungsanspruchs werden folgende AGB vorgeschlagen:

1.

Macht der Verbraucher unter Bezugnahme auf eine öffentliche Äußerung (insbesondere Werbung) von dem Verwender oder einem Lieferanten des Verwenders Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Letztverkäufer geltend, entscheidet der Maßstab der situationsbedingten Aufmerksamkeit eines durchschnittlichen Betrachters im Rahmen eines dem Verwender gegenüber geltend gemachten Rückgriffsanspruchs darüber, ob der Verbraucher das Vorhandensein der beworbenen Eigenschaft erwarten konnte.

2.

(1) Bejaht der Letztverkäufer gegenüber dem Käufer einen Sachmangel, obschon allgemein die angesprochenen Verkehrskreise bzw. die betreffenden Käufer das Vorhandensein der beworbenen Eigenschaft nicht erwarten konnten, ist der Verwender dem Letztverkäufer oder falls nicht dieser, sondern ein Zwischenhändler Vertragspartner ist, nicht auf Rückgriff nach den §§ 478, 437 BGB verpflichtet.

(2) Der Letztverkäufer oder falls nicht dieser, sondern ein anderer Rückgriffsgläubiger Vertragspartner ist, kann sich auf das Erwartenkönnen des Vorhandenseins der beworbenen Eigenschaft in der Person des Verbrauchers unter Anlegung des Maßstabes gem. Ziff 1 nicht berufen, wenn er in gleicher oder im Kern gleicher Weise wettbewerbswidrig geworben hat, obschon er selbst nicht vom Vorhandensein der beworbenen Eigenschaft ausging bzw. ausgehen konnte.

3.

Bejaht der Letztverkäufer gegenüber dem Verbraucher einen Sachmangel, obwohl er die öffentliche Äußerung (insbes. Werbung) nicht kannte und auch nicht kennen musste, obwohl die öffentliche Äußerung (insbes. Werbung) im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war oder obwohl die öffentliche Äußerung (insbes. Werbung) die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte, ist der Verwender gegenüber seinem Rückgriffsgläubiger nicht nach den §§ 478, 437 verpflichtet. Auf das Vorhandensein der Relevanz der Werbung (Nichtbeeinflussbarkeit der Kaufentscheidung durch die Werbung) kann sich der Letztverkäufer oder falls nicht dieser, sondern ein anderer Rückgriffsgläubiger Vertragspartner ist, nicht berufen, wenn er in gleicher oder im Kern gleicher Weise wettbewerbswidrig geworben hat, obschon er selbst von der fehlenden Relevanz ausging bzw. ausgehen musste.

4.

(1) Kann der Verwender darlegen und beweisen, dass die vom Letztverkäufer oder von mehreren konzernverbundenen Letztverkäufern rückgriffsweise geltend gemachten Sachmangelansprüche aufgrund Werbung um mehr als 33,3 von Hundert über dem Anteil der von den sonstigen Letztverkäufern bejahten Sachmangelansprüchen liegen, hat der Rückgriffsgläubiger dem Verwender auf dessen Aufforderung hin darzulegen und zu beweisen, dass die Voraussetzungen für den Ausschluss eines Sachmangels nach § 434 Abs. 1 S. 3 nicht vorgelegen haben. Gelingt dem Rückgriffsgläubiger dieser Nachweis nicht, ist der Verwender nicht nach den §§ 478, 437 verpflichtet.

(2) Dasselbe gilt dann, wenn der Anteil der Regressansprüche der in Absatz (1) genannten Letztverkäufer den Anteil der Regressansprüche der Mitbewerber des Letztverkäufers für die Dauer von mindestens zwei Jahren um den Anteil von jedenfalls 20 vom Hundert übersteigt.“

5.

Hat der Werbungtreibende die öffentliche Äußerung (insbesondere Werbung) nicht veranlasst, besteht kein Rückgriffsanspruch gegenüber dem Verwender vorausgesetzt, die öffentliche Äußerung (insbesondere Werbung) wurde ohne schuldhaftes Zögern in gleichwertiger Weise berichtigt.

6.

(1) Wurde die neu hergestellte Sache nach Verkauf durch den Verwender von dem Vertragspartner (Käufer) an den Verbraucher oder einen Zwischenhändler weiterveräußert und hat der Letztverkäufer gem. § 478 (Rückgriff des Unternehmers) die Ware zurücknehmen müssen oder hat dieser gegenüber dem Verbraucher Minderungsansprüche zu erfüllen, hat der Vertragspartner (Käufer) gegenüber dem Verwender dieselben Gewährleistungsrechte, es sei denn, der Letztverkäufer oder ein Zwischenhändler macht gegenüber einem anderen Zwischenhändler oder dem Vertragspartner (Käufer) des Verwenders ein anderes Gewährleistungsrecht gem. § 437 (Rechte des Käufers bei Mängeln) geltend. Ein anderes Gewährleistungsrecht kann gegenüber dem Verwender nicht geltend gemacht werden, wenn dieser hierdurch unangemessen benachteiligt wird.

(2) Ein Rückgriffsanspruch scheidet gegenüber dem Verwender ganz oder teilweise dann aus, wenn der Vertragspartner (Käufer) oder ein Zwischenhändler selbst nicht oder nicht im vollen Umfang nach § 437 in Anspruch genommen wurde.

7.

(1) Macht der Käufer als Rückgriffsgläubiger gem. § 478 Minderungsansprüche gegenüber dem Verwender geltend, ist bei Fortgeltung der vorstehenden Voraussetzungen gem. Ziff 1 bis 6 der zwischen den Parteien vereinbarte Kaufpreis in dem aus § 441 Abs. 3 sich ergebenden Verhältnis herabzusetzen, begrenzt durch den tatsächlich zuvor geleisteten Minderungsbeitrag.

(2) Kam es in einem dem Rückgriffsverhältnis vorgelagerten Vertragsverhältnis ganz oder teilweise zu keiner Rückzahlung aus Minderung, scheidet der Rückgriffsanspruch gegenüber dem Verwender in dem entsprechenden Verhältnis aus.

(3) Absatz (1) gilt entsprechend, wenn der Käufer als Rückgriffsgläubiger Schadensersatz von dem Verwender verlangt, sofern der Schaden nicht über die Kaufsache hinausreicht. Bei auch über die Sache hinausreichenden Schäden gilt für die Höhe des Schadens Absatz (1) entsprechend, soweit der unmittelbare Schaden zu ermitteln ist. Darüber hinaus gilt Absatz (2) entsprechend.

8.

Ein gleichwertiger Ausgleich gem. § 478 Abs. 4 für den Ersatz der Aufwendungen i. S. d. § 478 Abs. 2 (der Käufer kann von dem Verwender Ersatz derjenigen Aufwendungen verlangen, die er als Letztverkäufer bzw. der Letztverkäufer in Durchführung eines solchen Anspruchs an den Käufer dafür zu tragen hatte, dass zum Zweck der Nacherfüllung Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu übernehmen sind, § 439 Abs. 2) liegt auch dann vor, wenn der Verwender und der Käufer den Mangel kannten oder von dessen Möglichkeit ausgingen und solches Einfluss auf den vereinbarten Kaufpreis hatte.

#### 3.3.1.2 Erläuterungen

Zu Ziff. 1: Wie vorstehend zu 1.3.2 dargelegt, hat sich hinsichtlich dessen, was dem Betrachter zugemutet und zugetraut werden kann, im UWG und im Markenrecht

ein einheitlicher Maßstab herausgebildet. Mangels sachlichem Unterschiedes gilt dieser Maßstab nunmehr auch im BGB, mithin im Rahmen der gegenständlichen Vorschrift des § 434 Abs. 1. Die Erwähnung dieses Maßstabes als „situationsbedingte Aufmerksamkeit des durchschnittlichen Betrachters bzw. Verbrauchers“ in den AGB ist deshalb berechtigt, weil zu diesem Gesichtspunkt noch keinerlei Rechtsprechung existiert. Anknüpfungspunkte der rechtlichen Bewertung sind also – noch – herzustellen.

Zu Ziff. 2: Der in Absatz (1) zu Ziff. 2 geregelte Ausschlussgrund ist unmittelbar aus dem Gesetz übernommen. Ausgehend hiervon ist die Wiederholung des Ausschlussgrundes aus Geltungsgründen nicht erforderlich. Die ausdrückliche Festschreibung des Umstandes, dass die Berechtigung des Rückgriffsanspruchs u. a. von dem Vorhandensein eines Mangels i. S. d. § 434 Abs. 1 abhängt, ist angesichts der Neuheit der Rechtslage gerechtfertigt.

Der in Abs. 2 zu Ziff. 2 geregelte Ausschlussgrund ist Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes, wonach auf das Erreichen eines Ziels gegenüber einem Dritten dann kein Anspruch besteht, wenn man selbst dieses Ziel nicht nur nicht verfolgt, sondern diesbezüglich sich gegensätzlich verhält. M. a. W.: wer fordert und dabei sich selbst widerspricht, kann nicht erwarten, dass der Forderung niemand widerspricht. Zwar ist im Wettbewerbsrecht der Einwand der „unclean hands“ unbeachtlich, dies gilt allerdings nur insoweit, als mit dem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch gem. § 13 Abs. 2 UWG bzw. der markenrechtlichen Unterlassungsklage gem. den §§ 49, 55 Abs. 2 Ziff. 1 MarkenG – auch – der Schutz des Allgemeininteresses geltend gemacht wird.<sup>77)</sup> Gleiches sollte für den Fall gelten, dass der unmittelbar Verletzte einen Unterlassungsanspruch gem. den §§ 1, 3 UWG vorträgt vorausgesetzt, diese Ansprüche hätten auch über § 13 Abs. 2 UWG Erfolg gehabt, weil objektiv betrachtet zugleich Allgemeininteressen berührt sind.

Im vorliegenden Fall geht es aber in erster Linie um die Vermittlung vertraglicher Ansprüche. Dort bedeutet der Einwand des widersprüchlichen Verhaltens, des *venire contra factum proprium*, anerkanntermaßen eine rechtshindernde Einwendung<sup>78)</sup>. Anders ausgedrückt: Der Rückgriffsanspruch ist deshalb verwirklicht, weil er nicht im Allgemeininteresse besteht und bestehen kann.

Zwar verbietet § 478 Abs. 4 eine dem Rückgriffsgläubiger nachteilige Vorabvereinbarung betreffend den Rückgriffsanspruch es sei denn, der Rückgriffsgläubiger erhält einen gleichwertigen Ausgleich. Wird im Fall des Selbstwiderspruchs der Rückgriffsanspruch wie hier ausgeschlossen, fehlt es aber bereits an einem Nachteil zu Lasten des Rückgriffsgläubigers, so dass auch die Ausgleichspflicht des Rückgriffsschuldners entfällt.

Zu Ziff. 3: Erneut wird das Gesetz für den Fall des Fehlens eines Sachmangels in bestimmten Fällen wiederholt, erneut wird der Rückgriffsanspruch auch im Fall des Selbstwiderspruchs ausgeschlossen.

Zu Ziff. 4: Absatz (1) und (2) enthalten unter bestimmten Voraussetzungen eine Beweislastumkehr. Zwar kommt in den aus dem materiellen Recht abzuleitenden Beweislastregeln ein Gerechtigkeitsgehalt zum Ausdruck, dessen Beseitigung grundsätzlich auch bei der Verwendung unternehmensbezogener AGB zur Unangemessenheit i. S. d. § 307 (früher: § 9 AGBG) führt<sup>79)</sup>. Im vorliegenden Fall wird allerdings nicht ursprungshaft eine dem Rückgriffsgläubiger nachteilige Beweislast geregelt. Angeknüpft wird vielmehr an eine tatsächliche Sachlage – die der Rückgriffsgläubiger als berechtigt zu beweisen hat. Dies führt nicht zur Unangemessenheit. Die hier vorgeschlagene Klausel zur Beweislast soll verhindern, dass der Letztverkäufer nach der Devise verfährt: „Egal ob ein Mangel vorliegt, der Rückgriffsschuldner zahlt.“ Oder: „Die Gewährleistung in jedem Fall garantieren wir, die Bezahlung übernimmt garantiert der Rückgriffsschuldner.“ Oder: „Gewährleistung kommt von uns, das Geld vom Rückgriffsschuldner.“

Zu Ziff. 5: Der Gesetzgeber hat in der Regelung des § 434 Abs. 1 S. 3 a. E. übersehen, dass eine Sachmangelhaftung auch dann ausscheiden muss, wenn die Werbung von Werbungtreibenden nicht veranlasst war.

Ein derartiger Fall kann dann gegeben sein, wenn nach – unzulässiger – Werbung der Werbungtreibende alles unternommen hat, damit eine neue Anzeige gleichen Inhalts unterblieb, gleichwohl die Anzeige nochmals erschien.

Derartige Fälle treten – immer wieder einmal und vor allem – dann auf, wenn nach Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung der Verlag dem Unterlassungsschuldner bestätigt hat, dass die Anzeige nicht erneut erscheint, diese Bestätigung gleichwohl im Verlag (betriebsintern) missachtet wird.

Dieser Sachverhalt liegt der Entscheidung „Aufklärungspflicht des Unterwerfungsschuldners“<sup>80)</sup> zu Grunde. In einem derartigen Fall müsste also keine weitere Unterlassungserklärung abgegeben werden, auch darf – bei entsprechendem Sachvortrag – keine Entscheidung auf Unterlassung ergehen.

Dann ist es nur konsequent, wenn auch ein Regressanspruch ausscheidet – trotz Vorhandenseins eines Mangels i. S. d. § 434 Abs. 1 S. 3.

Zu Ziff. 6: Die Regelung gem. Ziff. 6 Absatz (1) beruht auf dem Rückgriffsrecht des Unternehmers gem. § 478 Abs. 1 und der Möglichkeit, dieses Recht innerhalb einer Lieferkette weiterzuleiten, § 478 Abs. 5.

Der Ausschluss des Minderungsrechts außerhalb von Rückgriffsansprüchen (s.o. Ziff. 2.2 und 2.3) durch und damit gegenüber dem Verwender ist mithin dann nicht mehr gerechtfertigt, wenn der Vertragspartner des Verwenders (Käufer) selbst Adressat – berechtigter – Minderungsansprüche geworden ist. Rücktritts- und Minderungsrecht sind an den Verwender jeweils weiterzureichen.

Nach dem Wortlaut von § 478 Abs. 1 ist es allerdings möglich, dass im Falle eines berechtigten Rücktritts bzw.

77) *Baumbach/Hefermehl*, Einleitung UWG, Rz. 448 ff.

78) *Palandt-Heinrichs*, § 242, Rz. 55 ff.

79) *Palandt-Heinrichs*, § 11 AGBG, Rz. 90 und 93 a. E.

80) BGH WRP 1990, 670 = GRUR 1990, 542 = NJW 1990, 1096 „Aufklärungspflicht des Unterwerfungsschuldners“.

im Falle der Minderung der Letztverkäufer gegenüber dem Lieferanten „die in § 437 bezeichneten Rechte“ geltend macht, er mithin eines der sonstigen dort geregelten Gewährleistungsrechte ausübt. Es ist also nicht ausgeschlossen, dass der Letztverbraucher vom Vertrag zurückgetreten ist, währenddessen der Letztverkäufer oder ein Zwischenhändler gegenüber dem Verwender Minderung verlangt.

Die grundsätzliche Beschränkung dieser im Zuge des Rückgriffs geltend gemachten Gewährleistungsrechte auf die Minderung (Ziff. 6. Abs. 1) einerseits und den Rücktritt (Ziff. 6. Abs. 2) andererseits dürfte zum einen nicht unangemessen i. S. d. § 307 sein, zum anderen dürfte sie auch der Regelung gem. § 478 Abs. 4 entsprechen, wonach „auf eine vor Mitteilung eines Mangels an den Lieferanten getroffene Vereinbarung, die zum Nachteil des Unternehmens von den §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 443 ... sowie von den Absätzen 1 bis 3 (sc: von § 478) und von § 479 abweicht, der Lieferant sich nicht berufen kann, wenn dem Rückgriffsgläubiger kein gleichwertiger Ausgleich eingeräumt wird“.

M. a. W., nach meiner Auffassung ist die grundsätzliche Verweisung auf denselben Gewährleistungsanspruch ein Vorzeigebeispiel dafür, dass ein „gleichwertiger Ausgleich“ (§ 479) eingeräumt wird.

Etwas anderes muss dann gelten, wenn in der Rückgriffskette zwischenzeitlich mit sachlichem Grund ein anderer Gewährleistungsanspruch weitergereicht wird.

Zu Ziff. 7: Die Berechnung der Minderung, die der Rückgriffsgläubiger von dem Verwender verlangen kann, ist dann nicht unkompliziert, wenn dieses Minderungsverlangen Ergebnis der Weiterreichung derjenigen Minderung ist, wie sie vom Verbraucher gegenüber dem Letztverkäufer geltend gemacht wurde.

Ausgangspunkt ist dabei die Durchreichung der Verhältnisbestimmung, wie sie für die Berechnung der Minderungshöhe in § 441 Abs. 3 geregelt ist.

Die Übernahme dieser Verhältnisbestimmung findet allerdings dort ihre Grenzen, wo der Letztverkäufer die Sache zulässigerweise gem. § 20 Abs. 4 S. 2 GWB unter Einstandspreis verkauft hat. Dies ergibt folgendes Beispiel, wobei zur Verdeutlichung Zahlen gewählt werden, die in Extrembereichen liegen:

Geht man davon aus, dass der Verwender an Aldi Computer für € 500,00 geliefert hat und veräußert Aldi diese Computer in begrenzter Stückzahl (z. B. 10 Exemplare) zu einem Preis von € 250,00 an den Letztverbraucher, wobei der Computer einen Mangel aufweist, bemisst sich die Höhe der Minderung im Verhältnis zum Letztverbraucher – wie erwähnt – nach § 441 Abs. 3. Danach ist bei der Minderung der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache im mangelfreien Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde.

Nimmt man an, dass der Computer einen für den Letztverbraucher bedeutsamen Marktwert von € 1.000,00 aufgewiesen hat, aufgrund des Mangels allerdings dieser Wert auf € 500,00 gesunken war, besteht ein Minderungsrecht des Letztverbrauchers in Höhe von 50 %, was einen Betrag von € 125,00 gegenüber Aldi ergibt.

Würde man diesen Anteil auf die Rechtsbeziehungen Verwender einerseits und Aldi andererseits durchreichen, könnte Aldi gegenüber dem Verwender zu 50 % mindern, was einen Betrag von € 250,00 ergäbe.

Nachdem allerdings der Verkauf unter Einstandspreis Angelegenheit des Verkäufers ist, solange die Voraussetzungen gem. § 20 Abs. 4 S. 2 GWB eingehalten werden, darf ein Minderungsfall wie hier nicht zu einer Bereicherung des Letztverkäufers führen.

Von daher ist es erforderlich, eine Grenze durch den tatsächlich geleisteten Minderungsbetrag vorzusehen.

Was die Regelung von Ziff. 7 Absatz (2) anbelangt, so darf das Vorhandensein eines Minderungsrechts bei tatsächlich nicht erfolgter Minderungsleistung nicht dazu führen, dass der Verwender als Rückgriffsschuldner Minderung zu leisten hat. Anderenfalls käme es zu einer ungerechtfertigten Bereicherung gegenüber der vorausgehenden Vertragskette.

Was die Regelung von Ziff. 7 Absatz (3) anbelangt, so dürfte die entsprechende Anwendung von Abs. 1 in Hinblick auf die Berechnung des unmittelbaren Sachschadens angemessen sein.

Dies auch und gerade vor dem Hintergrund der Tatsache, dass ein außerhalb der Sache liegender Schaden nach allgemeinen Gesichtspunkten gefordert und berechnet werden kann.

Zu Ziff. 8: Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass Vertragsparteien in Kenntnis eines Mangels die Sache ohne Preisherabsetzungen anbieten. Der Lieferant und sein Abnehmer bilden zumindest dann eine Risikogemeinschaft, wenn dieses Verhalten sich in der Höhe des vereinbarten Kaufpreises ausdrückt.

Macht in einem derartigen Fall der Letztverbraucher gegenüber dem Letztverkäufer zum einen Minderungsansprüche, zum anderen Anspruch auf Erstattung seiner Aufwendungen geltend, ist es sachgerecht, wenn der Lieferant als Verwender sich davon freizeichnet, im Wege des Rückgriffs mit dem Aufwendungsersatz belastet zu werden.

### 3.3.2 Bezugnahmemöglichkeiten auf das Wettbewerbsrecht

#### 3.3.2.1 Klauselvorschläge

1. Ist über die Rechtmäßigkeit einer gleichen oder im Kern gleichen öffentlichen Äußerung (insbes. Werbung) insgesamt oder zu dem Erwartenkönnen eines Vorhandenseins der beworbenen Eigenschaft rechtskräftig entschieden und bezieht sich einerseits der Verwender oder andererseits der Letztverkäufer bzw. falls nicht dieser, sondern ein anderer Rückgriffsgläubiger Vertragspartner ist, auf diese Entscheidung, kann ein anderes, zwischen den Parteien gültiges Ergebnis nur dadurch herbeigeführt werden, dass einer der Beteiligten eine anderslautende Entscheidung gleicher oder höherer Instanz herbeiführt.

2. Gibt es unterschiedliche rechtskräftige Entscheidungen insoweit, ist eine Bezugnahme nur auf die jüngste bekannte dieser Entscheidungen möglich.

3. Der Verwender einerseits oder der Letztverkäufer – falls nicht dieser sondern ein sonstiger Rückgriffsgläubiger Vertragspartner ist jener – andererseits, können von dem jeweils anderen

*Vertragspartner bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Rückgriffsforderung von der anderen Seite innerhalb angemessener Frist Auskunft darüber verlangen, ob ein Unterlassungs- oder Rückgriffsanspruch geltend gemacht ist ferner, ob eine Entscheidung zu der Frage des Erwartenkönnens des Vorhandenseins der beworbenen Eigenschaft ergangen ist.*

*4. Bei konzernverbundenen Letztverkäufern wirkt die rechtskräftige Entscheidung eines Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs über die Zulässigkeit oder die Unzulässigkeit der öffentlichen Äußerung (insbesondere Werbung) für und gegen alle konzernverbundenen Letztverkäufer, soweit die Entscheidung den Ausschluss oder das Vorhandensein eines Sachmangels nach § 434 Abs. 1 S. 3 zum Gegenstand hat. Im übrigen gelten die vorstehenden Regelungen gem. Ziff. 1 bis 3.*

*5. Die Regelungen gem. Ziff. 1 bis 4 gelten entsprechend, wenn über die Rechtmäßigkeit einer gleichen oder im Kern gleichen öffentlichen Äußerung (insbesondere Werbung) insgesamt oder zu der Frage der Möglichkeit der Beeinflussung der Kaufentscheidung rechtskräftig entschieden ist.*

*6. Bezieht sich der Letztverkäufer oder ein konzernverbundener Letztverkäufer auf eine Unterlassungserklärung, die er oder ein anderer konzernverbundener Letztverkäufer in Hinblick auf dieselbe oder eine im Kern gleiche öffentliche Äußerung (insbesondere Werbung) insgesamt oder zu der Frage des Erwartenkönnens eines Vorhandenseins der beworbenen Eigenschaft, insgesamt oder zu der Frage der Möglichkeit der Beeinflussung der Kaufentscheidung jeweils strafbewehrt abgegeben hat, ist der Verwender gegenüber seinem Rückgriffsgläubiger an diese Unterlassungserklärung für das Erwartenkönnen und/oder die Möglichkeit der Beeinflussung der Kaufentscheidung gebunden, wenn der Unterlassungserklärung eine gerichtliche Entscheidung auf Unterlassung zu diesen Fragen vorausgegangen ist, welche sich durch die Unterlassungserklärung erledigt hat, es sei denn, der Verwender erstreitet zu seinen Gunsten eine anderslautende Entscheidung gleicher oder höherer Instanz, es sei denn ferner, es existiert eine anders lautende bekannte jüngere Entscheidung zu demselben Sachverhalten.*

### 3.3.2.2 Erläuterung

Zu Ziff. 1: Die Regelung soll verhindern, dass trotz Vorhandenseins wettbewerbsrechtlicher Entscheidungen zu der Frage des Erwartenkönnens i. S. d. § 434 Abs. 1 der Rückgriffsgläubiger oder der Rückgriffsschuldner erklärt, diese Entscheidung interessiere nicht, weil sie nicht im Rahmen vertraglicher Beziehungen zwischen dem Verwender als Rückgriffsschuldner und dem Rückgriffsgläubiger ergangen ist. Zweck der Regelung ist es auch zu verhindern, dass der Letztverkäufer ohne entsprechendes Urteil gegenüber dem Letztverbraucher dessen Gewährleistungsanspruch bejaht mit der Folge, dass der Streit über das Erwartenkönnen zwischen den Händlern von der Bezugnahme des Letztverkäufers auf das Ergebnis seiner Auseinandersetzung mit dem Verbraucher abhängig gemacht wird, obschon die einschlägige wettbewerbsrechtliche Frage in einem anderen Sinn gelöst ist.

Zwar werden bei Verneinung eines Wettbewerbsverstoßes, insbesondere also bei Verneinung der Irreführung, der Rückgriffsschuldner, bei Bejahung eines Wettbewerbsverstoßes, insbesondere also bei Bejahung der Irreführung, der Rückgriffsgläubiger, sich ohnehin auf die betreffende wettbewerbsrechtliche Entscheidung beziehen. Gleichwohl steht es dem die Gewähr-

leistungsfrage entscheidenden Gericht frei, anderweitig zu entscheiden. Und nachdem wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche praktisch ausnahmslos in erster Instanz vor den Landgerichten anhängig gemacht werden, solches auf Gewährleistungsprozesse nicht ohne weiteres zutrifft selbst dann, wenn man berücksichtigt, dass in der Mehrheit der Fälle der Rückgriffsgläubiger mehrere Rückgriffsansprüche in einer Klage gegenüber dem Rückgriffsgläubiger geltend machen wird, ist es sinnvoll, die hier bezweckte Bindungswirkung mittels AGB herzustellen.

Ein Problem entsteht z. B. dann, wenn rechtskräftig entschieden ist, dass der Letztverkäufer einen bestimmten Betrag aus geltend gemachter Minderung an den Verbraucher zu bezahlen hat, währenddessen sich der Verwender auf eine höherrangige Entscheidung berufen kann, mit welcher die insoweit problematische Frage des Erwartenkönnens zu seinen Gunsten entschieden, mithin verneint worden war.

Dieses Problem ist allerdings nicht Folge der hier vorgeschlagenen Klausel, sondern Folge der Verknüpfung wettbewerbsrechtlicher und zivilrechtlicher Fragestellungen, welche unterschiedlich entschieden werden können. Wenn dann die hier vorgeschlagene Klausel hinsichtlich der Verpflichtung zur Sachmangelhaftung im Rückgriffsverhältnis an eine höherrangige Entscheidung anknüpft, ist die Klausel nicht unangemessen i. S. d. § 307. Kurz: Nicht mit einer falschen Entscheidung leben zu wollen, sofern man diese nicht selbst erstritten oder erlitten hat, ist nicht unangemessen.

Zu Ziff. 2: Nachdem das Wettbewerbsrecht stark im Wandel begriffen ist, auch, um sich neuen Bewertungsweisen anzupassen, wie sie in der modernen Welt existieren, ist es gerechtfertigt, an die jeweils jüngste Entscheidung anzuknüpfen.

Zu Ziff. 3: Der Auskunftsanspruch sichert die Anwendung der Klausel gem. Ziff. 2 und Ziff. 3.

Zu Ziff. 4: Die Klausel gem. Ziff. 4 hat zum Ziel, unterschiedliche Ergebnisse aufgrund unterschiedlicher Entscheidungen zu verneinen, wenn die Letztverkäufer als Rückgriffsgläubiger aufgrund Konzernverbundes eine Einheit bilden. Vermieden werden soll, dass Letztverkäufer mittels der hinter ihnen stehenden Konzernmacht Rückgriffsschuldner unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits an die Wand prozessieren.

Zu Ziff. 5: Die Klausel gem. Ziff. 5 überträgt die in Ziff. 1 bis 4 enthaltenen Bewertungen auf die in § 434 Abs. 1 S. 3 a. E. geltende Relevanz.

Zu Ziff. 6: Die Klausel gem. Ziff. 6 ermöglicht – zu Gunsten des Vertragspartners des Verwenders – Bezugnahmemöglichkeiten auf eine strafbewehrte Unterlassungserklärung. Dass eine derartige Bezugnahmemöglichkeit nur dann in Betracht kommt, wenn die Unterlassungserklärung eine gerichtliche Entscheidung auf Unterlassung ersetzt, ist erforderlich deshalb, da andernfalls der Unterlassungsschuldner es in der Hand hätte, Bindungswirkungen losgelöst von objektiven Erwägungen herzustellen.



### 3.4 Die tatsächliche Bedeutung des Rückgriffsanspruchs aufgrund Sachmangelhaftung durch Werbung

Geht man von den zu vorstehend Ziff. 1.3.8 genannten Handelsbereichen (Lebensmittel; Textilien; Möbel; Elektronik; Neufahrzeuge) aus, so findet dort jeweils Herstellerwerbung statt, im stärkeren Maße bei Neufahrzeugen, im gewissen Umfang bei Möbeln. Was Lebensmittel angeht, so rückt Herstellerwerbung hauptsächlich bei dem Absatz von Getränken in den Blick, es ist kein Zufall, dass die häufigste Werbung im Alltag diejenige für Coca Cola ist. Gleichwohl gilt: Das Vorhandensein von ausschließlich in der Herstellerwerbung enthaltenen Eigenschaften, ohne Verkörperung in der Sache selbst, stellt zumindest derzeit die Ausnahme dar. Probleme des Rückgriffs, wie sie bislang hier skizziert sind, dürften daher tatsächlich nicht allzu häufig auftauchen. Rechtlich interessant bleiben die Sachmangelhaftung durch Werbung und der Rückgriffsanspruch aber allemal.

### 3.5 Einseitige Vertragsmacht und die Teilbarkeit der Privatautonomie bei Verträgen zwischen Unternehmern

Bei der stets problematischen Privatautonomie<sup>81)</sup> besteht die Schwierigkeit darin, dieser problematischen Seite im Rahmen der alltäglichen Falllösung zusätzliche rechtliche Erkenntnisse abzugewinnen. Ferner: die problematische Seite der Privatautonomie spielt in der juristischen Ausbildung eine eher geringe Rolle. Will heißen: über Willensmängel hinausgehend haben rechtliche Probleme eine Bedeutung hauptsächlich als Folge zustande gekommener Verträge.

Was ist Privatautonomie? „Privatautonomie nennt man das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen ... Die Privatautonomie erfordert begrifflich die Rechtsordnung als Korrelat“<sup>82)</sup>.

Drei Merkmale sind also wichtig: Erstens muss das im Rahmen eines Rechtsgeschäfts entfaltete Verständnis von Freiheit rechtliche Wirkungen entfalten, also Rechtsgeltung<sup>83)</sup> besitzen. Hieran fehlt es, wenn der Inhalt von Privatautonomie nicht die Möglichkeit einer

zwangsweisen Durchsetzung aufweist. Zweitens muss das von Gesetzgebung und Rechtsprechung entfaltete Verständnis von Freiheit im Rahmen eines Rechtsgeschäfts sich seines Bezugs auf den ethischen<sup>84)</sup> Begriff<sup>85)</sup> von Freiheit als den Grund seiner Rechtmäßigkeit versichern. Hieran fehlt es bei einer zu Recht verweigerten Gefolgschaft, wenn mithin unter tatsächlicher Bezugnahme auf ethische Argumente die oder einige Instanzgerichte gegenüber dem Berufungs- oder Revisionsgericht zu Recht die Gefolgschaft verweigern. Der ethische Rückbezug kann auch dadurch deutlich werden, dass das Bundesverfassungsgericht gegenüber der Rechtsprechung im übrigen bzw. gegenüber dem Gesetzgeber den rechtlichen Inhalt von Privatautonomie neu regelt. Drittens muss das Ergebnis privatautonomer Freiheit tatsächlich zu dem gewollten Ergebnis führen können. Hieran fehlt es, wenn die Rechtsgeltung an der tatsächlichen Nichtdurchsetzbarkeit scheitert. Das Scheitern kann z. B. darin begründet sein, dass Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen zur Nichtdurchsetzbarkeit führen wie z. B. die Zustellungsdauer von drei Jahren nach Spanien.

Privatautonomie geht also über Vertragsfreiheit hinaus, eine Gleichsetzung mit dieser ist allerdings der Regelfall. Solches ist gleichwohl insoweit berechtigt, als Streitigkeiten über das Vorhandensein und den Umfang der Verwirklichung von Privatautonomie fast ausnahmslos im Zusammenhang mit Verträgen stehen.

Ein zweites: Die Inhaltskontrolle von Verträgen hat insbesondere durch die Regelungen des Verbrauchsgüterkaufs gem. den §§ 474 bis 479 eine Ausweitung erfahren. Grund ist die vor allem von der EU herrührende Erkenntnis einer besonderen Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers.

Flankiert und zusätzlich erweitert wird die besondere Rechtsstellung des Verbrauchers durch das zeitgleiche Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz – UKlaG). Dieses Gesetz, welches Anspruchsberechtigten Stellen (§ 3 UKlaG) Unterlassungs- und Widerrufsansprüche für den Fall von Verstößen insbesondere gegen die §§ 474 ff. (Verbrauchsgüterkauf), § 312 (Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften), § 312 b (Fernabsatzverträge), §§ 481 ff. (Teilzeit-Wohnrechteverträge), §§ 651 a ff. (Reiseverträge), § 491 (Verbraucherdarlehensvertrag), §§ 499 ff. (Finanzierungshilfen), §§ 505 (Ratenlieferungsverträge), gem. §§ 655 a bis d (Darlehensvermittlungsverträge) – jeweils § 2 Abs. 2 Ziff. 1 UKlaG – und § 312 e (Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr gem. § 2 Abs. 2 Ziff. 2 UKlaG) zuerkennt (§ 2 Abs. 2 Ziff. 3 bis 6 UKlaG bleiben hier unerwähnt), stellt zwar in weiten Teilen eine Übernahme der §§ 22 ff. AGB dar. Aber auch diese Bestimmungen sind Ergebnisse der von Brüssel herrührenden Auffassung einer

81) *Loewenheim* ZUM 1999, 940 im Rahmen der Diskussion zu seinem Referat „Rechtswahl und Rechterückfall bei Filmlicenzverträgen“ (XIII Münchner Symposium zum Film- und Medienrecht betreffend das Thema „Aktuelle Probleme der Vertragsgestaltung im Firmenlizenzbereich“), wonach die Einschränkung der Privatautonomie durch wirtschaftliche Macht ein allgemeines Problem darstellt.

82) *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd II, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage 1992, S. 1; *Fastrich* (s. o. Fn. 72), S. 36, Fn. 59 („Aus der unübersehbaren Literatur...“); *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 13, Fn. 4; m.w.N. zur Rechtsprechung und Literatur.

83) *Busche* (s. o. Fn. 82): „Privatautonomie Rechtsgestaltung kann sich nur dort vollziehen, wo die Rechtsordnung durch Bereitstellung materieller und prozeduraler Regelungsprämissen der einzelnen Willensbekundung Rechtsgeltung verschafft“ (S. 15), „...die Privatautonomie leitet sich erst aus der Rechtsordnung ab“ (S. 16); ebenso *Flume*, a.a.O. (Fn. 82), S. 2, 5 und 6; *Larenz*, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Auflage 1989, S. 41 f.: „Die rechtliche Geltung einer vertraglichen Regelung hat also stets einen doppelten Grund: Den diese Regelung schaffenden gemeinsamen Willensakt der Vertragsschließenden ... und die Anerkennung dieses Aktes durch die Rechtsordnung“; ferner *Larenz*, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1936 (Nachwort: 1966), Nachwort, S. 2; *Manigk*, Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen, 1935, S. 10 f.; *Pawlowski*, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, 1966, S. 233 in Bezug auf *Ballerstedt*; *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des Verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, S. 123.

84) *Busche* (s. o. Fn. 82): „Ziele (sc: des Rechts) sind neben der Zweckmäßigkeit ... die Wertideen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit ... Aus dieser (sc: der Rechtsidee) ... leiten sich die im geschriebenen Recht positivierten Rechtswerte und Rechtsprinzipien ab“ (S. 17). „Die Vertragsfreiheit kann ohne die Rechtsidee der Selbstbestimmung nicht gedacht werden. Die dient deren Verwirklichung in der Sphäre des Rechts“ (S. 108).

85) Ein zentraler Einwand könnte lauten: Es gibt keine einheitlichen ethischen Begriff von Freiheit; infolgedessen laufe die Verweisung des Rechts auf die Ethik als den Grund der Rechtmäßigkeit des Rechts leer. Hierzu gilt: Dies wusste auch Kant.

Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners dann, wenn dieser Verbraucher ist. Diese Auffassung bereitet Begründungsschwierigkeiten deshalb, weil ihr die Annahme zu Grunde liegt, dass die Privatautonomie aufgrund eines besonderen Inhalts aufteilbar sein kann bzw. können soll. Diese Auffassung bereitet praktische Schwierigkeiten ferner deshalb, weil sie unabhängig von der Wirklichkeit lebt.

### 3.5.1 Einseitige Vertragsmacht oder die Einwirkung von Real faktoren auf die Geltendmachung des Rückgriffsanspruchs gem. § 478

#### 3.5.1.1 Die Ausgangslage

Einseitige Vertragsmacht kann die Geltendmachung von Rückgriffsansprüchen gem. § 478 verhindern. Einseitige Vertragsmacht kann die Geltendmachung von Rückgriffsansprüchen ermöglichen, ohne dass die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Rückgriffsanspruch vorliegen.

Zur ersten Möglichkeit: Es ist eine Tatsache, dass zumindest manche Autohersteller die Zahl ihrer Vertragshändler reduzieren, von den verbliebenen Händlern strikt die Einhaltung der Abnahmeverpflichtungen in Hinblick auf Stückzahl und Modellpalette verlangen, ohne dass feststeht, dieselben Hersteller ermöglichten nicht zugleich den Reimport von besonders gut absetzbaren Modellen unter gleichzeitiger Versorgung des grauen Marktes. Kommt ein Händler seiner soeben beschriebenen Abnahmeverpflichtung nicht oder nur zögerlich nach, liegt es auf der Hand, dass vorhandene Rückgriffsansprüche – vorsichtig ausgedrückt – tatsächlich nicht einfach geltend gemacht bzw. durchgesetzt werden können. Dabei muss die Nichterfüllung des Rückgriffsanspruchs gar nicht offen verweigert werden. Vielmehr besteht die Möglichkeit, vorab Abweichungen vom Rückgriffsanspruch zu vereinbaren, wobei dem Rückgriffsgläubiger eine den Voraussetzungen des § 478 Abs. 4 entsprechende gleichwertige Ausgleichsmöglichkeit nur zum Schein eingeräumt wird. So ist es für die Zukunft nicht ausgeschlossen, dass Hersteller als Ausgleich im voraus einräumen, für den Fall von Rückgriffsansprüchen auf später erfolgende Preiserhöhungen zu verzichten, ohne dass klar ist, welchen Vertragshändlern gegenüber in welchem Umfang diese Preiserhöhungen durchgesetzt werden.

Zur zweiten Möglichkeit: Anbieterketten oder Einkaufsverbände können so stark sein, dass sie gegenüber Herstellern die Verkaufspreise festlegen. Macht in einer derartigen Konstellation ein Anbieter Rückgriffsansprüche geltend, obschon ein Sachmangel aufgrund Werbung mitnichten vorlag, läuft die Verweisung des Herstellers auf die unter Ziff. 3.3.1.1 vorgeschlagenen AGB tatsächlich leer. Die hier als Ausgangslage zu Grunde gelegte Situation lässt allerdings vermuten, dass jene AGB kein Gegenstand der vertraglichen Beziehungen wurden.

#### 3.5.1.2 Bislang genutzte Handlungsmöglichkeiten

Wirtschaftlicher Überlegenheit des Vertragspartners kann der unterlegene Vertragspartner nicht mit Hinweis

auf die Rechtslage begegnen. Wirtschaftlicher Überlegenheit des Vertragspartners kann durch rechtliche Grenzziehung seitens einer Person, die nicht am Vertrag als unterlegene Partei beteiligt ist, begegnet werden. Wirtschaftliche Überlegenheit des Vertragspartners kann durch Entmachtung der wirtschaftlichen Überlegenheit begegnet werden.

Für den erst genannten Fall einer Handlungsmöglichkeit stehen – nur – Ansprüche nach dem UWG und dem MarkenG zur Verfügung. Wirtschaftliche Überlegenheit wird hierdurch aber kaum durchkreuzt. Zwar ging zumindest in der Vergangenheit eine Anbieterkette von Gebrauchs- und Unterhaltungselektronik gegen andere Anbieter ausschließlich dort wegen Rabatt- und Zugabeverstößen vor, wo eine Mitbewerbersituation im räumlichen Umfeld vorhanden bzw. im Entstehen war. Der Schwerpunkt der Vorgehensweise lag dabei nicht im Erhalt eines Unterlassungsvertrags, sondern in der nachfolgenden Provokation von Mehrfachverstößen bis zur Höhe von € 50.000,-. Solcherart erstaunliche Vorgehensweisen bezweckten durchaus nicht nur verfehltermaßen, wirtschaftliche Präsenz überhaupt zu beseitigen. Gleichwohl ist solches weder die Funktion des UWG noch die eines Unterlassungsvertrages – was das stets seriöse Vorgehen des bekanntesten UWG-Verbandes augenfällig beweist. Kurz und gut: das UWG und das MarkenG eignen seriös angewandt kaum dazu, bei einseitiger Vertragsmacht Gegengewichte zu ermöglichen.

Für den zweitgenannten Fall – Entmachtung wirtschaftlicher Überlegenheit – steht das Kartellgesetz zur Verfügung – als stumpfes, stumpfes Schwert.

Will heißen: das im kaufmännischen Geschäftsverkehr schlechthin drängende Problem, nämlich die Unterlegenheit des Lieferanten zu verringern, der bei ausbleibender Folgeberücksichtigung durch die Abnehmerkette oder den Abnehmerkonzern Insolvenzantrag stellen muss (wie dem Verfasser mehrfach glaubhaft versichert wurde), kann durch das GWB nicht gelöst werden.

Und eine Übertragung der Rechtsprechung zur gestörten Vertragsparität<sup>86)</sup> auf Vertragsbeziehungen, wie sie zwischen Unternehmern gelten, kommt aus verschiedenen Gründen nicht in Betracht. So geht es beispielsweise nicht um eine Kontrolle der Abschlussfreiheit. Darüber hinaus ist nicht die Zulässigkeit der Einbeziehung von Nahbereichspersonen zu bewerten.

### 3.5.2 Privatautonomie mit besonderem Inhalt bei Verträgen zwischen Unternehmen?

Wer annimmt, ein Vertragspartner sei in besonderer Weise schutzbedürftig nur dann, wenn dieser Verbraucher ist, verfolgt in einer ganz besonderen Weise den Gedanken des Verbraucherschutzes. Nun zweifelt niemand daran, dass der Verbraucher in bestimmten Lebenslagen besonders schützenswert ist. Wenn man al-

86) Die beste Darstellung der Rechtsprechung zur gestörten Vertragsparität findet sich in dem Vorlagebeschluss des XI. Zivilsenats NJW 1999, 2584. Besonders nett war, dass der IX. Zivilsenat seine Rüge, man hätte ihn vor Erlass des Vorlagebeschlusses hören müssen, durch Beschluss verkündete – welcher prompt veröffentlicht wurde, NJW 2000, 1185. Zur Sache selbst gilt: Die Vorlage erledigte sich aufgrund der Rücknahme der Revision, Palandt-Sprau, § 765, Rz. 9.

lerdings dem Verbraucherschutzgedanken die Auffassung gegenüberstellt, dass die Selbstverantwortung „das gesetzliche Leitbild ... des Kaufmanns“ ist, dass „das Handelsrecht ... vom Verzicht auf einzelne Schutzgedanken des allgemeinen Privatrechts gekennzeichnet (ist)“, dass es „allgemein anerkannt (ist), dass auch im AGB-Recht von einer geringeren Schutzbedürftigkeit des Kaufmanns als AGB-Kunden auszugehen ist“<sup>87)</sup>, der stellt sich nicht nur in eine Reihe mit den Rechtssetzern<sup>88)</sup> in Brüssel, die den Kaufmann als nicht schutzbedürftig<sup>89)</sup> erachten. Auf diese Weise entstehen ferner nicht nur Schwierigkeiten zu begründen, weshalb eine einheitliche Legitimation von Privatautonomie keine einheitlichen Grenzen derselben zur Folge haben. Auch geht man nicht nur nicht auf die bereits vor Erlass des AGBG – auf hohem Niveau – geführte Diskussion zu der Frage ein, ob das AGBG (und damit heute § 307) dem Verbraucherschutz diene oder vielmehr – was nunmehr praktisch ausnahmslos anerkannt ist – einen allgemeinen Kundenschutz bezweckt<sup>90)</sup>. Nochmals: das AGBG regelte<sup>91)</sup>, § 307 regelt keine Sonderrechtmaterie. Man geht weiter nicht auf die Tatsache ein, dass im kaufmännischen Geschäftsverkehr weitaus größere Abhängigkeiten entstehen können, als auf der Seite der Verbraucher, was vorstehend zu Ziff. 3.5.1.2 in Hinblick auf Lieferanten bereits verdeutlicht wurde. Man berücksichtigt schlussendlich nicht die Tatsache, dass große Abnehmerketten mit ihren Lieferanten „formulärmäßig vereinbaren“: „Es gilt Kroatisches Recht“<sup>92)</sup>.

Natürlich ist der mit den einheitlichen Voraussetzungen der Privatautonomie anklingende Gedanke von der „Einheit des Privatrechts“ nicht unproblematisch.

Dieser Gedanke ist deshalb nicht vorschnell in die Diskussion zu werfen, weil es eine „Einheit des Privatrechts“ in dem Sinne nicht gibt, dass eine strikte Trennung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht auszumachen wäre. Dies macht nicht nur die Tatsache deutlich, dass die Trennung zwischen Öffentlichem und Privatem Recht eine historische ist, mithin etwa durch die modifizierte Sonderrechtstheorie nicht begründet wird<sup>93)</sup>. Dies macht nicht nur die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur „gestörten Vertragsparität“<sup>94)</sup> deutlich, Paradebeispiel für eine derartige Verzahnung ist das Arbeitsrecht.

Darüber hinaus haben sich auch auf dem Sektor Privatrecht wirtschaftliche Machtverhältnisse herausgebil-

det, die in ihren Einflussmöglichkeiten nicht selten kaum hinter der öffentlichen Hand zurückbleiben<sup>95)</sup>.

Wie nicht unbedingt einheitlich das Zivilrecht gegliedert ist bzw. war, ergibt überdies ein Blick in die Geschichte: Um im BGB Fragen mit sozialpolitischem Inhalt nicht regeln zu müssen, wurde beispielsweise bereits 1894 das Abzahlungsgesetz geschaffen<sup>96)</sup>.

Ungeachtet dieser Relativierungen, welche zugleich die Verzahnung der Privatautonomie mit über die alleinige Kraft des Individuums herausführenden Gesichtspunkten bestätigen, geht es bei der Anwendung von § 307 systematisch betrachtet vorrangig um eine einheitliche Legitimation der Inhaltskontrolle. Diese ist nur das besondere Problem der allgemeinen Fragestellung betreffend die Schranken der Vertragsfreiheit überhaupt<sup>97)</sup>.

Womit wir beim Thema wären: weitgehend unbeachtet geblieben ist bislang die Möglichkeit, unternehmensbezogen verwendete AGB auf ihre Angemessenheit hin gem. § 1 UKlaG (früher: § 13 Abs. 1 AGBG) durch die hierfür zuständigen anspruchsberechtigten Stellen gem. § 3 UKlaG (früher: § 13 Abs. 2 AGBG) überprüfen zu lassen. Wettbewerbsbeschwerden wegen Verletzungen des UWG stehen im Verhältnis zu Beschwerden wegen Verletzungen von § 307 (früher: § 13 Abs. 1 AGBG) im Verhältnis von etwa 200 : 1, nimmt man die gegenüber dem bekanntesten UWG-Verband verlautbarten Beschwerden<sup>98)</sup>.

Kommt es zu einer entsprechenden Klage – anders als bei Beschwerden wegen Verletzungen des UWG findet mehrheitlich keine Unterwerfung aufgrund vorgerichtlicher Abmahnung statt; dies auch deshalb, weil ein Verfahren bis hin zum BGH kostengünstiger ist, als eine sofortige Unterwerfung, wie ein Justiziar freundlicherweise mitteilte -, so wird durch diese Klage im Erfolgsfall zwar nicht das einseitige Diktat des Sichvertragens (das Sichvertragen ist das Grundbild des Vertrags<sup>99)</sup>) durchbrochen. Und dennoch tritt eine wesentliche Änderung der Ausgangslage ein: die einseitig ausgeübte Vertragsmacht kann sich nicht mehr auf einen mitunter völlig unausgewogenen<sup>100)</sup> Vertrag beziehen. Der Verwender ist gezwungen, abgeschlossene aber noch nicht abgewickelte Verträge zu Gunsten seiner unterlegenen Ver-

87) Berger NJW 2001, 2152.

88) Dieser Tonfall mag unangepasst erscheinen. Bedenkt man aber, dass der Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt vom 02. 10. 2001 aus der Feder eines Nichtjuristen stammt, der – zumindest was die Formulierung von Gesetzestexten anbelangt – keine Doppelbegabung ist, relativieren sich gegen den Verfasser dieses Beitrags gerichtete Bedenken.

89) In der Richtlinie 98/27/EG vom 19. 05. 1998, wie sie – neben Art. 11 Abs. 2 der Fernabsatzrichtlinie – § 22 AGBG als Vorgängervorschrift des UKlaG zu Grunde liegt, kommt die Schutzbedürftigkeit des Unternehmers nicht vor; vgl. hierzu auch meine Ausführungen in WRP 1998, 584 Fn. 2. Sachlich hat sich durch das UKlaG gegenüber den §§ 22, 22 a AGBG „nichts wesentliches“ geändert, E. Schmidt, NJW 2002, 25, 26.

90) Horn, in: Wolf/Horn/Lindacher (s. o. Fn. 71), § 24 Rz. 2; Ulmer, in: Ulmer/Brandtner/Hensen/Schmidt (s. o. Fn. 71), Einleitung Rz. 28 ff.

91) Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität 1982, 148.

92) Dieser Sachverhalt wird erstaunlicherweise – allgemein – kommentiert mit den Worten, auf eine Rechtswahlklausel könne nicht einfach das AGBG (heute: § 307 BGB) „draufgesetzt“ werden, Martiny, in: Münchner Kommentar, Bd. X, 3. Auflage 1998, Art. 27 EGBGB, Rz. 12. Das Problem erfordert einen eigenen Beitrag.

93) Renck Jus 1986, 268.

94) Die – kardinale – Ausgangsentscheidung ist abgedruckt in NJW 1994, 36 ff.

95) Pilug, Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 1986, 19 ff.

96) Schulte-Nölke NJW 1996, 1705, 1708; Schmoekel NJW 1996, 1697, 1702.

97) Ähnlich Fastrich (s. o. Fn. 71), S. 14.

98) Vgl. hierzu meine Nachweise in WRP 1998, 280, Ziff. 1.1; dieses Verhältnis verschlechtert sich auf die Zahlen von etwa 400:1 wenn man bedenkt, dass die Hälfte aller Beschwerden gegen die Nichtbeachtung des Reisevertragsgesetzes, dort insbes. § 651 k BGB (BGH WRP 2000, 633 = GRUR 2000, 731 = NJW 2000, 2639 „Sicherungsschein“), gerichtet ist.

99) Zu dem Gesichtspunkt, dass Privatautonomie nicht ohne die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses auskommt, Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität 1982, S. 18; zur zusätzlichen Bedeutung des Verkehrs-/Vertrauensschutzes und des Äquivalenz-Gedankens, Hönn, S. 40 und S. 52; damit ist nicht gesagt, dass es auf Gleichgewichtigkeit ankommt, Hönn, S. 92; Parität bedeutet vielmehr, dass die Ergebnisse des Vertrages sich im großen und ganzen im Bereich des Vernünftigen und objektiv sachgerechten bewegen, Hönn, S. 225; denn die Richtigkeitsgewähr ist nicht der unmittelbare Zweck von Privatautonomie, Hönn, S. 227. Nach Fastrich (s. o. Fn. 71), S. 55 beruht Privatautonomie nicht nur auf dem Gedanken der Selbstbestimmung, sondern hat zugleich eine gewisse Ordnungsaufgabe innerhalb des Privatrechts, deren Erfüllung im allgemeinen durch die näheren Regeln der Rechtsgeschäfts- und Vertragslehre gewährleistet ist; vgl. ferner Fastrich S. 77, S. 89 und S. 218.

100) OLG Karlsruhe, WRP 2000, 565: Von 24 angegriffenen Klauseln einer Handelskette waren 23 Klauseln unangemessen.

tragspartner zu ändern. Ein Fall der Rückwirkung liegt nicht vor, da keine Rück-, sondern eine Breitenwirkung durch das der Klage stattgebende Urteil erzeugt wird, auch schafft die gerichtliche Entscheidung keine „neue Rechtslage“<sup>101)</sup>. Und schließlich muss der Verwender mit der Gewissheit leben, dass er Bedingungen nicht ohne mögliches Gegengewicht diktiert.

Konkret: Wenn Unternehmer einen berechtigten Rückgriffsanspruch nicht erfüllen bzw. wenn Unternehmer unberechtigte Rückgriffsansprüche aufgrund ihrer wirtschaftlichen Überlegenheit durchsetzen, kann es ein gutes Mittel sein, die AGB dieser Unternehmer im abstrakten Kontrollverfahren gem. § 1 UKlaG anzugreifen. Dabei haben die anspruchsberechtigten Stellen die juristische Kompetenz zu erbringen – und das ist viel und ausreichend genug.

#### 4. Zusammenfassung

Erstmals ist ein Sachmangel auch dann möglich, wenn der mangelfreie Zustand einer Sache festgelegt wird durch die Werbung. Diese veränderte Ausgangslage gibt Anlass für die Vermutung, dass bislang unproblematische Sachverhalte Sachmängel begründen werden. Ob die Nichtkennzeichnung von Auslaufmodellen in Entsprechung zu einem Verstoß gegen das Irreführungsverbot gem. § 3 UWG einen solchen Neufall und damit eine Erweiterung des Sachmangelbegriffs gem. § 434 gegenüber der früheren Vorschrift des § 459 darstellt oder auf der selben Ebene anzusiedeln ist, wie die nicht eingehaltene Bezeichnung „Neufahrzeug“ (welche bislang nur eine Rolle spielte, wenn sie Vertragsbestandteil wurde), kann hier offen bleiben, sofern durch dieses Beispiel ein gedanklicher Anstoß bewirkt wird.

Nicht jede irreführende Werbung führt in Zukunft allerdings zu einem Sachmangelanspruch des Käufers. Wird mit einem Umtauschrecht bei einem Kauf von Möbeln oder sonstigen Einrichtungsgegenständen geworben und wird sodann dieses Umtauschrecht beim Kauf nicht rechtsverbindlich vereinbart oder im beworbenen Umfang zumindest im Kulanzweg ein entsprechendes Umtauschverlangen nicht erfüllt<sup>102)</sup>, wurde keine Eigenschaft der Ware beworben und nicht erfüllt, ein Sachmangel liegt mithin nicht vor. Dasselbe gilt bei dem häufigsten Verstoß gegen § 3 UWG, der Irreführung über den Preis. Dieser ist keine Eigenschaft der Ware, sondern das Entgelt für die Eigenschaften der Ware, mögen diese auch nicht vollständig sein. Endgültig über derartige Fälle entscheidet allerdings der EuGH.

Neu an den durch Werbung erzeugten Sachmängeln gem. § 434 Abs. 1 ist, dass der Sachmangelbegriff nicht nur von Eigenschaften der Ware, sondern zusätzlich von Voraussetzungen abhängt, die im Adressatenkreis der Werbung und in der Person des Verkäufers begründet sind, wobei insoweit auf wettbewerbsrechtliche Voraussetzungen zurückgegriffen wird. Im einzelnen: bei der Frage, ob eine „öffentliche Äußerung ... insbesondere

Werbung“ mit Eigenschaften der Sache gegeben ist, wird man in Entsprechung zur Irreführung gem. § 3 UWG durch Unterlassen eine Werbung durch Unterlassen dann anzunehmen haben, wenn der Eindruck einer Vollständigkeit von Sacheigenschaften entgegen der Wirklichkeit hervorgerufen wird. Werbung kann also auch dann vorliegen, wenn die Eigenschaft, um die es geht, nicht ausdrücklich Gegenstand der Werbeaussage ist, sondern nur mittels Rückschlusses vorzusetzen ist.

Was den Ausschluss eines Sachmangels bei fehlender Berechtigung des Erwartenkönnens des Vorhandenseins der beworbenen Eigenschaft anbelangt, so gelten für diesen Erwartungshorizont dieselben Maßstäbe, wie sie für das im Wettbewerbsrecht geltende Verbraucherleitbild bedeutsam sind: abzustellen ist auf die situationsbedingte Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers. Nachdem unter Zugrundelegung der Auffassung des BGH zwischenzeitlich kein Ergebnisunterschied mehr zur Auffassung des EuGH betreffend die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers im Rahmen der Irreführung oder der Wertreklame, im Wettbewerbsrecht überhaupt bzw. im Fall der Verwechslungsgefahr, d. h. im Markenrecht überhaupt besteht, dürfte der hier dargelegte, für § 434 Abs. 1 geltende Erwartungshorizont auch europarechtlichen Anforderungen genügen. Dies ist deshalb bedeutsam, weil zu den Rechtsbegriffen des § 434 bzw. des modernisierten Schuldrechts der EuGH gem. Art. 234 Abs. 1 EGV die einheitliche Anwendung und wirksame Auslegung des Gemeinschaftsrechts sichert, weil und sofern die entsprechenden Rechtsbegriffe Ergebnis der Umsetzung insbesondere der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sind.

Was den Ausschluss des Sachmangels bei Nichtkennen und Nichtkennenmüssen der öffentlichen Äußerung (insbesondere Werbung) anbelangt, so wird an die vor allem im Wettbewerbsrecht bedeutsame Störerverantwortlichkeit angeknüpft: wer nicht die Möglichkeit hatte, zur Herstellung rechtmäßiger Zustände einzuschreiten, ist nicht nur nicht Verursacher der Störung, er haftet auch nicht für die Nichterstellung rechtmäßiger Zustände. Insofern ist es nur konsequent, wenn § 434 Abs. 1 regelt, dass ein Letztverkäufer bei Nichtkennen und Nichtkennenmüssen der öffentlichen Äußerung nicht für werblich verursachte Sachmängel einzustehen hat. Bei sonstigen Sachmängeln besteht aufgrund der handelsrechtlichen Prüfungs- und Rügepflicht gem. § 377 HGB – abstrakt – die Möglichkeit, den Sachmangel zu entdecken.

Vor diesem Hintergrund ist es ferner nur konsequent, wenn ein Sachmangel ausscheidet bei Berichtigung der öffentlichen Äußerung (insbesondere Werbung) in gleichwertiger Weise bis zum Zeitpunkt des Vertragschlusses.

Ganz deutlich auf wettbewerbsrechtliche Voraussetzungen wird zurückgegriffen, wenn der Ausschluss eines Sachmangels mit fehlender Relevanz, mithin der Nichteignung der Werbung, die Kaufentscheidung beeinflussen zu können, begründet wird. Zu einem solchen Fall entfällt – trotz Unrichtigkeit der Angabe und trotz der vorhandenen Schutzbedürftigkeit des aufmerksamen

101) Weitere Nachweise in meinem Beitrag WRP 1998, 280, 285 Ziff. 3.3 und Fn. 42.

102) BGH WRP 2000, 1278 = GRUR 2000, 1106 = NJW 2001, 153 „Möbel-Umtauschrecht“.

Verbrauchers – gleichermaßen ein Verstoß gegen § 3 UWG.

Ob Sachmängel häufig durch Werbung begründet werden, lässt sich nicht sicher sagen. Eine Bestandsaufnahme der irreführenden Werbung in verschiedenen Handelsbereichen legt entsprechende Vermutungen derzeit nicht nahe. Die einzig zuverlässige Prognose lautet: „Aber hier wie überhaupt, kommt es anders als man glaubt.“

Was die Gewährleistungsrechte gem. § 437 anbelangt, so dürfte eine der Hauptfragen lauten, welches dieser Rechte zulässigerweise formularmäßig ausgeschlossen werden kann. Nach meiner Auffassung ist der in unternehmensbezogen verwendeten AGB enthaltene Ausschluss des Minderungsrechts zulässig.

Der Rückgriffsanspruch des Letztverkäufers gem. § 478, resultierende aus einem Vertragsgüterkauf und gerichtet gegen den Vorlieferanten als Folge des durch den Letztverbraucher geltend gemachten Unterlassungsanspruchs, setzt zwar keine Sachmangelhaftung durch Werbung voraus, sondern gilt bei einem im Zuge eines Verbrauchsgüterkaufs gem. § 474 Abs. 1 geltend gemachten Gewährleistungsrecht überhaupt. Nachdem allerdings gem. § 478 Abs. 6 die Untersuchungs- und Rügepflicht des Letztverkäufers gem. § 377 HGB weiterhin Bestand hat, diese Untersuchungs- und Rügepflicht in Hinblick auf die Fehlerfreiheit der Ware besteht, nicht aber in Hinblick auf die Fehlerfreiheit irgendeiner vorher, gleichzeitig oder nach dem Kauf erfolgten Werbeaussage, dürfte der Rückgriffsanspruch im Zusammenhang mit der Sachmangelhaftung durch Werbung eine gewisse Bedeutung besitzen.

Auch wenn ein Sachmangel an die Voraussetzungen des § 434 Abs. 1 geknüpft ist, dieser mithin nicht vorliegt, wenn der Verbraucher das Vorhandensein der beworbenen Eigenschaft nicht erwarten konnte bzw., wenn der Letztverkäufer die unrichtige Werbung nicht kannte und auch nicht kennen musste bzw., wenn die unrichtige Werbung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berücksichtigt war bzw., wenn die unrichtige Werbung die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte, ist es auch und gerade wegen der Neuheit der Rechtslage tunlich, diese Ausschlussgründe seitens des Herstellers oder Lieferanten in die eigenen AGB aufzunehmen, um so nochmals ausdrücklich die Durchreichung ungerechtfertigter Gewährleistungsansprüche zu verhindern.

Die entsprechenden AGB sollten darüber hinaus eine Beweislastumkehr für den Fall ermöglichen, dass die von dem betreffenden Letztverkäufer im Fall des Verbrauchsgüterkaufs akzeptierten Gewährleistungsansprüche statistisch signifikant über dem Durchschnitt liegen. Weiter hat der Gesetzgeber in der Regelung des § 434 Abs. 1 S. 3 a. E. übersehen, dass eine Sachmangelhaftung auch dann ausscheiden muss, wenn die Werbung von dem Werbungtreibenden nicht veranlasst war.

Auch eignet die Berechnung der Minderung gem. § 441 Abs. 1 dann nicht, wenn der Letztverkäufer die Ware unter Einstandspreis veräußert hat.

Tunlich erscheinen ferner formularmäßig begründete Bezugnahmemöglichkeiten auf das Wettbewerbsrecht zu den Fragen des Erwartenkönnens des Vorhandenseins der beworbenen Eigenschaft sowie zu der Möglichkeit der Beeinflussung der Kaufentscheidung.

Die Möglichkeit der formularmäßigen Regelung vertraglicher Beziehungen wirft die Frage auf, ob genügend Vertragsmacht besteht, angemessene AGB durchzusetzen bzw., ob zuviel Vertragsmacht besteht bei der Durchsetzung unangemessener AGB. Ein im kaufmännischen Geschäftsverkehr weithin ungenutztes Mittel zur Störung einer aus den Fugen geratenen Vertragsparität stellt dabei die abstrakte Kontrollklage nach § 1 UKlaG dar.

## 5. Perspektiven

Turnvater Jahn hielt während einer Fahrt mit der Postkutsche seinen Kopf zum Fenster hinaus. Auf die Frage nach dem Sinn seines Tuns lautete die Antwort, er habe nicht dieselbe Luft atmen wollen, wie einer der Mitreisenden. Dieser war Franzose. Niemand soll sich klüger dünken als seine Eltern, denn die haben's von ihren Vorfahren. Eltern und Vorfahren würden aber heute das geschilderte Verhalten als Irrtum und Fehler ansehen.

Von den Eltern und unseren Vorfahren haben wir unsere Kultur. Vor allem von Ihnen haben wir die Erfahrung, dass kein Weg daran vorbeiführt, aufeinander zuzugehen. Handel, Handwerk und freie Berufe schließlich verlangen einheitliche Handlungsbedingungen. In diesem Dreieck sollten wir Lösungen suchen und ansetzen. Jede einseitige Bevorzugung gilt es zu vermeiden. Dies bedeutet, in der Rechtseinheit einen Rest oder einen Anteil von rechtlicher Vielfalt zuzulassen. Keine Rechtsordnung muss in jedem Punkt so sein wie die andere. Dies gilt für Menschen auch. Oder nicht?