

Ereignis eingetreten ist beziehungsweise einzutreten droht oder an jenem Ort, an dem die schädigende Handlung gesetzt wurde (Ubiquitätstheorie)⁷⁸.

Geht es beispielsweise um eine deliktische Klage gegen einen deutschen Produzenten, so kann auf Grund des allgemeinen Gerichtsstandes in Deutschland und – bei einem (drohenden) Schadenseintritt oder schädigender Handlung in Österreich – auf Grund des Gerichtsstandes für Deliktssklagen in Österreich geklagt werden⁷⁹. Bei Ansprüchen gegen einen außereuropäischen Produzenten ist hingegen wiederum zu prüfen, ob nach der JN ein österreichischer Gerichtsstand begründet werden kann⁸⁰.

Knüpft man hingegen vertraglich an, so kommt bei einem Sitz des Händlers in einem Mitgliedsstaat der EuGVVO der allgemeine Gerichtsstand nach Art 2 EuGVVO oder der Wahlgerichtsstand des Erfüllungsortes (Art 5 Z 1 EuGVVO), unter Umständen auch jener der Niederlassung (Art 5 Z 5 EuGVVO) in Betracht. Fehlt es an einem Sitz in einem Mitgliedsstaat, ist auch hier danach zu fragen, ob sich nach dem nationalen Recht ein österreichischer Gerichtsstand begründen lässt.

3. Internationales Privatrecht

Es wurde bereits hervorgehoben, dass Schadenersatzansprüche aus Vertrag mit Schutzwirkung nach überwiegender Auffassung deliktisch angeknüpft werden⁸¹; Gleiches hat für Fälle einer objektiv-recht-

78 Czernich in Czernich/Tiefentahler/Kodek, Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht³ Art 5 Rz 81; Simotta in Fasching/Konecny, ZivilprozessG V/1² Art 5 EuGVVO Rz 300 ff.

79 Vgl OGH 6 Ob 133/08i; Schmaranzer, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (2006) 244.

80 Dazu bereits oben II. B. 1 (S 7).

81 So zu Art 48 IPRG Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 19/9 und 13f; Verschraegen in Rummel, ABGB³ § 48 IPRG Rz 42; OGH 4 Ob 230/06m = ÖBA 2007, 572; 10 Ob 66/07i = ZfRV-LS 2007/36; ebenso zur Rom II-VO nun Dutta, IPRax 2009, 293 ff; zustimmend Rauscher/Freitag, EuZPR (2011) Art 12 Rom I-VO Rz 4. Im Hinblick auf die Dritthaftung von Experten aa Sprenger, Expertenhaftung 94 ff, 174 ff, 285 f.

lichen Dritthaftung zu gelten. Folgt man dieser Ansicht, so ist im Hinblick auf das anzuwendende Recht seit dem 11. Jänner 2009 die Rom II-VO maßgeblich, die auf alle schadensbegründenden Ereignisse anzuwenden ist, die sich nach ihrem Inkrafttreten ereignet haben (Art 31 Rom II-VO). Nach Art 4 Abs 1 Rom II-VO ist grundsätzlich auf das Recht jenes Staates abzustellen, in dem der Schaden eintritt und zwar unabhängig davon, in welchem Staat das schadensbegründende Verhalten stattgefunden hat⁸². Tritt der Schaden in Österreich ein, so ist auf deliktische Schadenersatzansprüche somit österreichisches Recht anzuwenden. Eine Anknüpfung nach Art 5 Rom II-VO (außervertragliche Schuldverhältnisse im Fall eines Schadens durch ein Produkt)⁸³ schiene demgegenüber nicht sachgerecht, da es im gegenständlichen Fall um bloße Vermögensschäden (Haftungsschäden gegenüber Abnehmern) geht, die weder von der verschuldensunabhängigen Produkthaftung nach PHG⁸⁴ noch von der verschuldensabhängigen Produkthaftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erfasst sind⁸⁵.

Knüpft man hingegen vertraglich an, so wäre das maßgebliche Recht nach der Rom I-VO zu bestimmen, wobei mangels Rechtswahl (Art 3 Rom I-VO) nach Art 4 Rom I-VO objektiv anzuknüpfen ist. Einschlägig wäre Art 4 Abs 1 lit a Rom I-VO wonach Kaufverträge – hier also der Vertrag zwischen Produzent und Händler – dem Recht des Staates unterliegen, in dem der Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wobei wiederum zu beachten ist, dass unter Kaufvertrag iSd Art 4 Abs 1 lit a Rom I-VO auch Werklieferungsverträge zu verstehen sind.

Allerdings stellt sich im gegebenen Zusammenhang noch ein weiteres Problem: Der Vertrag zwischen Händler und Produzent wird häufig dem UN-Kaufrecht unterliegen, nämlich dann, wenn die Vertragsparteien des Warenkaufs ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten

82 Besteht ein gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthaltsort, ist dieser nach Art 4 Abs 2 Rom II-VO vorrangig.

83 Dazu *Rudolf*, Internationales Produkthaftungsrecht nach der Rom II-VO, wbl 2009, 525 ff.

84 Siehe *Welser/Rabl*, Produkthaftungsgesetz² (2004) § 1 Rz 31 f.

85 *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 92.

haben und diese Staaten Vertragsstaaten des UN-Kaufrechts sind oder die Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaates führen (Art 1 Abs 1 UN-K) und die Anwendung der Konvention nicht ausgeschlossen wurde (Art 6 UN-K).

Es gilt in diesen Fällen somit UN-Kaufrecht, wobei anerkannt ist, dass die Konvention keine Rechte oder Ansprüche zugunsten nicht vertragsbeteiligter Dritter begründet⁸⁶. Dementsprechend kennt das UN-Kaufrecht keinen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, doch soll es den Parteien freistehen, Dritte ausdrücklich oder stillschweigend in den Vertragsschutz einzubeziehen⁸⁷. Überdies soll es nicht ausgeschlossen sein, dass eine Vertragspartei die bei einem Dritten eingetretenen Schäden als eigene geltend macht, soweit es sich um eine zufällige Schadensverlagerung handelt⁸⁸.

Davon zu trennen ist die Frage, inwieweit das UN-Kaufrecht eine abschließende Regelung enthält und Ansprüche nach nationalem Recht verdrängt. Einen ersten Anhaltspunkt bietet Art 5 UN-K, wonach die Konvention keine Anwendung auf die Haftung des Verkäufers für den durch die Ware verursachten Tod oder die Körperverletzung einer Person findet. Damit ist klargestellt, dass die Produkthaftung für Personenschäden unberührt bleibt und zwar unabhängig davon, ob der Käufer selbst oder ein Dritter Personenschäden erleidet. Umstritten ist hingegen, inwieweit nach nationalem Recht zwischen den Vertragsparteien bestehende deliktsrechtliche Ansprüche für Schäden, die keine Personenschäden sind, ausgeschlossen sind, wobei nach überwiegender Auffassung die deliktsrechtliche Produkthaftung unberührt bleiben soll⁸⁹. Dass das Einheitskaufrecht nationales Deliktsrecht nicht notwendig verdrängt, wird auch damit begründet, dass das Übereinkommen insoweit keine abschließende funktional äquivalente Lösung bereithält⁹⁰. Auch wird betont, dass Ansprüche zwischen Personen, die miteinander in keiner unmittel-

86 Piltz, Internationales Kaufrecht² (2008) Rz 2–137 mwN.

87 Staudinger/Magnus, CISG (2005) Art 74 Rz 14; Schwenger in Schlechtriem/Schwenger, CISG⁵ Art 74 Rz 15.

88 Dazu Schwenger in Schlechtriem/Schwenger, CISG⁵ Art 74 Rz 16.

89 Staudinger/Magnus, CISG (2005) Art 5 Rz 13 mwN.

90 Ferrari in Schlechtriem/Schwenger, CISG⁵ Art 5 Rz 12.

baren Vertragsbeziehung stehen (Hersteller bzw Importeur – Endabnehmer) außerhalb des Regelungsgegenstandes des UN-K stehen und daher jedenfalls aufrecht bleiben⁹¹.

Problematisch bleibt freilich, dass es bei den hier zu behandelnden Mangelfolgeschäden um bloße Vermögensschäden geht, die im deliktischen Bereich regelmäßig nicht zu ersetzen sind und typischerweise dem vertraglichen Haftungsregime unterfallen. Tritt man ausnahmsweise für einen Ersatz im Rahmen eines Vertrages mit Schutzwirkung ein, so stellt sich das aufgezeigte Konkurrenzproblem daher in besonderer Schärfe, doch fehlt – soweit ersichtlich – eine Untersuchung der Problematik. Auch die in gewisser Weise ähnliche Frage, ob aufgrund des nationalen Rechts vertragliche Ansprüche eines in der Absatzkette nachfolgenden Abnehmers unmittelbar gegenüber dem Verkäufer, dessen Kaufvertrag mit dem Käufer sich nach UN-Kaufrecht richtet, durchgesetzt werden können, wird praktisch kaum erörtert; sie stellt sich etwa bei der französisch-rechtlichen *action directe*⁹². Hier wird vertreten, dass vertragliche Durchgriffsrechte im Prinzip dem UN-Kaufrecht zu weichen haben⁹³. Anderes soll nach *Piltz* aber offenbar gelten, wenn der Vertrag die vom Verkäufer zu erbringenden Leistungen nicht gerade auf die Person des Vertragspartners fokussiere, die Person des Käufers vielmehr ohne Beeinträchtigung beachtlicher Verkäuferinteressen austauschbar und die Abtretbarkeit der vom Verkäufer zu erfüllenden Ansprüche unbeschränkt sei. Hier sei es für den Verkäufer in der Regel nicht unzumutbar, die vertraglich geschuldeten Leistungen statt an den Käufer an eine andere Person zu erbringen, die auf Grund nationalen Rechts zur unmittelbaren Inanspruchnahme des Lieferanten ihres Verkäufers berechtigt sei. Allerdings müsse in jedem Fall gewährleistet sein, dass sich Art, Umfang und Leistungsmodalitäten des Verkäufers am UN-Kaufrecht orientierten⁹⁴. Berücksichtigt man, dass der

91 *Karollus*, UN-Kaufrecht 44.

92 Siehe *Piltz*, Internationales Kaufrecht² Rz 2–137; eingehend *Köhler*, Die Haftung nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis zwischen Vertrag und Delikt (2003).

93 So *Piltz*, Internationales Kaufrecht² Rz 2–138.

94 Siehe *Piltz*, Internationales Kaufrecht² Rz 2–138.

Verkäufer dem Käufer nach dem UN-Kaufrecht auch für Folgeschäden haftet⁹⁵, so spricht dies wiederum für einen Ersatzanspruch des Abnehmers.

95 Dazu näher oben II. B. 3. b. cc (S 13, 16 ff).

III. Autonomes österreichisches Recht

A. Vertragliche Ansprüche gegenüber dem Händler

1. Qualifikation des Vertrages

Bezieht ein Endabnehmer ein zum Einbau bestimmtes Erzeugnis von einem Händler, um dieses in der Folge selbst einzubauen, so ist der Vertrag zwischen Endabnehmer und Händler typischerweise als Kaufvertrag iSd §§ 1053 ff ABGB zu qualifizieren. Auch die zwischen Werkunternehmern und Händlern abgeschlossenen Verträge werden in der Regel als Kaufverträge zu qualifizieren sein. In Einzelfällen könnten aber auch Werkverträge vorliegen. Eine Abgrenzungsregel findet sich in § 1166 ABGB: »*Hat derjenige, der die Verfertigung einer Sache übernommen hat, den Stoff dazu zu liefern, so ist der Vertrag im Zweifel als Kaufvertrag; liefert aber der Besteller den Stoff, im Zweifel als Werkvertrag zu betrachten.*« Diese Vorschrift wird allerdings als missglückt⁹⁶ und eher formal kritisiert⁹⁷. Entscheidend ist nach herrschender Ansicht vielmehr, ob die Sache den besonderen Bedürfnissen und Wünschen des Bestellers entsprechend gefertigt wird⁹⁸, weshalb bei einer individuellen Leistung auch dann ein Werkvertrag vorliegt, wenn das Material vom Unternehmer stammt⁹⁹.

Die Zweifelsregel des § 1166 Halbsatz 1 ABGB trifft daher nur zu, wenn der Stoff zwar vom Unternehmer stammt, aber keine individuelle Herstellung vereinbart wurde¹⁰⁰. Die Lieferung eines serienmäßig und üblicherweise für den allgemeinen Markt erzeugten Produkts spricht für einen Kaufvertrag¹⁰¹. Ein Vertrag über Standardware ohne

96 *Kletečka* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 (2012) §§ 1165, 1166 Rz 100.

97 *M. Bydlinski* in KBB, ABGB³ § 1166 Rz 1.

98 OGH 2 Ob 85/05x = EvBl 2006/27.

99 *Rebhahn* in Schwimann, ABGB V³ (2006) § 1165 Rz 2; *Kletečka* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 §§ 1165, 1166 Rz 102; *M. Bydlinski* in KBB, ABGB³ § 1166 Rz 1.

100 *Kletečka* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 §§ 1165, 1166 Rz 102.

101 *Binder* in Schwimann, ABGB V³ § 1053 Rz 15.

Bedachtnahme auf besondere Wünsche und Bedürfnisse des Bestellers ist dementsprechend als Kaufvertrag zu qualifizieren¹⁰². Daran ändert sich auch nichts, wenn die zu liefernde Sache nur geringfügig an die Bedürfnisse des Erwerbers anzupassen ist¹⁰³.

Zu beachten ist, dass die Bestimmungen des UGB über den Warenkauf gemäß § 381 Abs 2 UGB auch auf Werkverträge über die Herstellung beweglicher körperlicher Sachen anzuwenden sind, weshalb insbesondere die Vorschriften über die Mängelrüge (§ 377f UGB) gelten.

Eine schadenersatzrechtliche Sonderstellung nehmen schließlich jene Kaufverträge ein, in denen der Verkäufer eine Herstellungspflicht übernommen hat¹⁰⁴. Sorgfaltspflichten hinsichtlich der Herstellung sind dabei schon dann anzunehmen, wenn sich der Verkäufer als Hersteller geriert¹⁰⁵, weshalb er sich hier ausnahmsweise die tatsächlichen Hersteller als Erfüllungsgehilfen iSd § 1313a ABGB zurechnen lassen muss¹⁰⁶.

2. Gewährleistung

a. Allgemeines

Hat der Werkunternehmer oder ein Endabnehmer, der die Sache selbst einbaut, die mangelhafte Ware von einem Händler bezogen, so kann er gemäß §§ 922 ff ABGB wegen der Mangelhaftigkeit der Leistung (verschuldensunabhängige) Gewährleistungsansprüche gegen diesen geltend machen. Mit den Gewährleistungsansprüchen kann dabei nur der Mangel selbst releviert werden, während Schäden, die nicht in der Mangelhaftigkeit der Leistung selbst liegen, sondern erst

102 *M. Bydlinski* in KBB, ABGB³ § 1166 Rz 3.

103 OGH 8 Ob 111/65 = EvBl 1965/402; *M. Bydlinski* in KBB, ABGB³ § 1166 Rz 3; *Rebhahn* in Schwimann, ABGB V³ § 1165 Rz 2; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 §§ 1165, 1166 Rz 102.

104 *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 §§ 1165, 1166 Rz 105; OGH 1 Ob 564/94 = JBl 1995, 177.

105 *F. Bydlinski*, Zur Haftung für Erfüllungsgehilfen im Vorbereitungsstadium, JBl 1995, 563; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 §§ 1165, 1166 Rz 105; siehe auch OGH 9 Ob 510/95 = JBl 1996, 183 (*Kletečka*).

106 OGH 1 Ob 564/94 = JBl 1995, 177; dazu noch unten III. A. 3.b (S 44 ff).

durch deren Mangelhaftigkeit verursacht wurden (Mangelfolgeschäden) nur schadenersatzrechtlich geltend gemacht werden können. Dies ist sowohl in der Lehre¹⁰⁷ als auch Rechtsprechung¹⁰⁸ seit Jahrzehnten völlig unstrittig und gilt naturgemäß auch für Aus- und Einbaukosten, die durch die mangelhafte Leistung verursacht wurden. Der EuGH hat jüngst allerdings in einer Aufsehen erregenden Entscheidung vom 16. Juni 2011, verb Rs C-65/09 (*Gebr. Weber*) und C-87/09 (*Putz*) – die freilich nur das Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern betrifft – ausgesprochen, dass der Übergeber bei einem wegen der Mangelhaftigkeit eines Verbrauchsgutes nötigen Austausch die Kosten des Ausbaues der mangelhaften und des Einbaues der neuen Sache zu tragen hat¹⁰⁹; darauf ist im nächsten Abschnitt noch näher einzugehen.

Bei Mangelhaftigkeit der Leistung gebührt nach § 932 ABGB in erster Linie Verbesserung oder der bei Gattungsschulden mögliche Austausch, wobei die Wahl zwischen beiden Behelfen grundsätzlich dem Unternehmer zusteht, sofern die Verbesserung oder der Austausch nicht unmöglich oder für den Übergeber, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre. Die sekundären Gewährleistungsbehelfe Preisminderung und Wandlung kann der Unternehmer grundsätzlich nur dann geltend machen, wenn die primären Gewährleistungsbehelfe (Verbesserung, Austausch) unmöglich oder für einen Teil unzumutbar sind, was insbesondere auch vorliegt, wenn die primären Behelfe für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wären (§ 932 Abs 4 ABGB). Auch in diesem Zusammenhang ist die neue Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Gebr. Weber* und *Putz*¹¹⁰ von besonderem Interesse, da der Gerichtshof nicht nur ausgesprochen

107 *P. Bydłinski* in KBB, ABGB³ § 932 Rz 12, § 933a Rz 10; *Zöchling-Jud* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 933a Rz 9; *Ofner* in Schwimann, ABGB IV³ § 933a Rz 1; *Welser/B. Jud.*, Gewährleistung § 933a Rz 10; *Kletečka*, Gewährleistung § 933a Rz 1 ff; *B. Jud.*, Straube-FS 479; *W. Faber*, ecolex 2009, 455.

108 OGH 7 Ob 235/02p = SZ 2002/152; 2 Ob 95/06v = SZ 2007/109; 10 Ob 94/08h; 1 Ob 11/11 s uva.

109 Dazu *Perner/Zoppel*, EuGH: Umwälzungen bei der Gewährleistung, RdW 2011, 447 ff; *P. Bydłinski*, ÖJZ 2011, 893 ff.

110 EuGH 16. 6. 2011, verb Rs C-65/09 (*Gebr. Weber*) und C-87/09 (*Putz*).

hat, dass der Übergeber gegenüber dem Verbraucher die nötigen Aus- und Einbaukosten gewährleistungsrechtlich zu tragen hat, sondern dass er sich dabei auch nicht auf die Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes berufen darf, um auf die sekundären Behelfe umzusteigen.

b. Die Bedeutung der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

In seiner Entscheidung vom 16. Juni 2011¹¹¹ hat der EuGH ausgesprochen, dass die Verbrauchsgüterkauf-RL 99/44/EG dahin auszulegen ist, dass bei einer wegen der Mangelhaftigkeit der gelieferten Ware erforderlichen Nachbesserung oder Ersatzlieferung die Kosten des Aus- und Einbaus vom Veräußerer zu tragen sind. Der Gerichtshof stellte ferner fest, dass dem Veräußerer nicht der Einwand zusteht, dass der Austausch der Ware wegen dieser Kosten unverhältnismäßig sei und daher vom Verbraucher nur Wandlung oder Minderung begehrt werden könnte¹¹². Diese Entscheidung ist als »*Paukensschlag*« charakterisiert und teils scharf kritisiert worden¹¹³; sie hat allerdings auch Zustimmung erfahren¹¹⁴ und es wurde sogar die Anwendung

111 EuGH 16.6.2011, verb Rs C-65/09 (*Gebr. Weber*) und C-87/09 (*Putz*).

112 Zu dieser Entscheidung siehe *P. Bydlinski*, ÖJZ 2011, 893 ff.; *Perner/Zoppel*, RdW 2011, 447 ff. Aus der umfangreichen deutschen Literatur *Büdenbender/Binder*, Der Umfang des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs nach § 439 BGB im Lichte der EuGH-Rechtsprechung zu Aus- und Einbaukosten, Der Betrieb 2011, 1736 ff.; *St. Lorenz*, Ein- und Ausbaupflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung, NJW 2011, 2241 ff.; *Stöber*, Der Umfang der Nachlieferungspflicht des Verkäufers bei Einbau der mangelhaften Kaufsache durch den Käufer, ZGS 2011, 346 ff.; *Rodemann/Schwenker*, Gibt es im Kauf- und Werkvertragsrecht einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Ersatz der Ausbau- und Einbaukosten mangelhafter Baustoffe? ZfBR 2011, 634 ff.

113 Siehe nur *St. Lorenz*, NJW 2011, 2242, der nicht nur den Tenor der Entscheidung, sondern insbesondere auch das Niveau ihrer Begründung als »*erschreckend*« bezeichnet.

114 Siehe – im Hinblick auf Aufwendungen, die erkennbar nötig oder üblich sind, um den Kaufgegenstand widmungsgemäß benutzbar zu machen – *P. Bydlinski*, ÖJZ 2011, 895 ff. Zum deutschen Recht etwa *Büdenbender/Binder*, Der Betrieb 2011, 1739 ff.

derselben Grundsätze auf Unternehmergeschäfte befürwortet¹¹⁵. Darauf ist wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Frage näher einzugehen:

Gegen die Ansicht des EuGH – die von den Schlussanträgen des Generalanwaltes *Mazák* in durchaus ungewöhnlicher Weise völlig abweicht – und noch mehr gegen eine darüber hinausgehende Gleichsetzung von Verbraucher- und Unternehmergeschäften bestehen gewichtige Bedenken: Da es bei den Kosten für den Ausbau der mangelhaften Sache und den Einbau des Ersatzgegenstandes nicht mehr um einen Teil der im Äquivalenzverhältnis stehenden Leistungen geht, ist es schon vom Grundgedanken her verfehlt, derartige Kosten von den Gewährleistungsrechten erfassen zu lassen, da diese auf die Herstellung des von den Parteien angestrebten Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung ausgerichtet sind¹¹⁶. Das wurde auch vom Generalanwalt zutreffend betont: Ziel der Nacherfüllung sei es, das ursprüngliche Synallagma des Vertrages wieder herzustellen; weitergehende Ansprüche seien eine Frage des Schadenersatzes, der von der Richtlinie gerade nicht geregelt werde. Der EuGH nahm dennoch eine Verpflichtung des Verkäufers an, die mangelhafte Sache aus- und die nachgelieferte Sache einzubauen oder die entsprechenden Kosten zu tragen, und zwar unabhängig davon, ob der Kaufvertrag eine Montageverpflichtung vorsieht oder nicht.

*Stefan Lorenz*¹¹⁷ hat das Niveau der Entscheidungsbegründung als erschreckend bezeichnet. Seiner Kritik ist durchaus zuzustimmen, da die wesentlichen Wertungsfragen, die bei Anerkennung eines der Sache nach verschuldensunabhängigen Anspruchs auf Ersatz von

115 So für Österreich *P. Bydlinski*, ÖJZ 2011, 895, 898f, der dieses Ergebnis schon *de lege lata* über eine weite Auslegung des Begriffes »Austausch der Sache« in § 932 Abs 1 ABGB erzielen möchte; für Deutschland etwa *Stöber*, ZGS 2011, 352; *Rodemann/Schwenker*, ZfBR 2011, 639f; aA *St. Lorenz*, NJW 2011, 2244.

116 Dazu *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 181f; vgl auch *Hassemer*, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen (2007) 271 ff. Schon aus diesem Grund ist die positive Reaktion von *P. Bydlinski*, ÖJZ 2011, 895 ff, auf die EuGH-Entscheidung

117 NJW 2011, 2042.

Mangelfolgeschäden¹¹⁸ auf der Hand liegen, nicht einmal angesprochen werden, sondern der EuGH sich lediglich auf das – von ihm offenbar ohne Rücksicht auf das Gesamtsystem beliebig festsetzbare – »hohe Verbraucherschutzniveau« beruft. Da es nicht um die Erbringung der versprochenen Leistung selbst, sondern um die Tragung von Folgeschäden geht, die erst durch die mangelhafte Leistung ausgelöst wurden, gibt es nun aber keinen ausreichenden Grund, die Schadenstragung ohne Rücksicht auf jegliche Zurechnungsgründe dem Veräußerer aufzuerlegen¹¹⁹; es hat vielmehr die Schadensverteilung nach den geltenden Schadenersatzrechtlichen Grundregeln zu erfolgen, die entscheidend auf bestimmte Zurechnungsgründe, vor allem auf Sorgfaltswidrigkeit und Verschulden, abstellen. Da die vom EuGH vertretene Kostentragungsregel – wenn überhaupt! – nur mit Verbraucherschutz Gesichtspunkten zu rechtfertigen ist¹²⁰ und der Gerichtshof

118 Siehe *Ch. Weber*, Das Schadenersatzrecht als richtiger Ort zur Umsetzung der Gebr. Weber-Entscheidung des EuGH, ZGS 2011, 540 ff. *Harke*, Aus- und Einbau als verschuldensunabhängige Verkäuferpflicht – ein Deutungsversuch, ZGS 2011, 536 f, spricht von einer Gefährdungshaftung, für die es im deutschen Haftungsrecht keinen Anhaltspunkt gibt. Sein Vorschlag, beim Aufwandsersatzanspruch beim Lieferantenauf (§ 478 BGB) anzusetzen, könnte jedoch nur beim Verbrauchsgüterkauf helfen, nicht aber bei den hier vor allem interessierenden Unternehmensgeschäften. Überdies fehlt im österreichischen Recht eine entsprechende Bestimmung.

119 Überdies lässt der EuGH die Frage unbeantwortet, ob dem schuldlosen Händler seinerseits verschuldensunabhängige Gewährleistungsrechte gegen den Erzeuger zustehen, die auch die vom Händler zu tragenden Aus- und Einbaukosten umfassen; er weist nur auf das Rückgriffsrecht nach Art 4 der Richtlinie hin, dessen Ausgestaltung dem nationalen Recht unterliegt (siehe EuGH 16.6.2011, verb Rs C-65/09 [*Gebr. Weber*] und C-87/09 [*Putz*] Rn 58). Werden derartige Gewährleistungsansprüche in Österreich nicht anerkannt, was zu vermuten ist, dann bleibt der Händler, dem die Mangelhaftigkeit keineswegs zugerechnet werden kann, endgültig mit diesen Kosten belastet – was wohl kaum als sachgerecht anzusehen wäre. Dass auch der Händlerregress nach § 933b ABGB in seiner derzeitigen Ausgestaltung keine Abhilfe bietet, wurde bereits in FN 8 dargelegt. Zur »Regressfalle« vgl auch *Hassemer*, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen 116 ff, 149 ff.

120 Dies berücksichtigt *P. Bydlinski*, ÖJZ 2011, 895 f, wohl zu wenig.