

Nutzungseratz innerhalb der Lieferkette – Störungen im Vertragsnetzwerk?

Robert Magnus*

Inhalt

A. Einführung	41
B. Nutzungseratz bei Nacherfüllung und Widerruf	43
I. Definition der Nutzung	43
II. Nutzungseratz und Nacherfüllung	44
III. Nutzungseratz und Widerruf	46
C. Konsequenzen im Rahmen einer Lieferkette	48
I. Nacherfüllung	48
II. Widerruf	50
D. Reichweite des Ausschlusses von Nutzungseratz in § 474 Abs. 5 S. 1 BGB	51
I. Kein umfassender Ausschluss von Wert- und Schadensersatzansprüchen	51
II. Wertersatzansprüche neben § 474 Abs. 5 S. 1 BGB	53
1. Rückgriff auf die Wertungen des EBV	53
2. Fallgruppen des § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB	54
3. Fälle des § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB	55
III. Schadensersatzansprüche neben § 474 Abs. 5 S. 1 BGB	57
E. Der Umfang der Wertersatzpflicht in § 357 Abs. 7 BGB	59
I. Fehlende oder nicht ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung	59
II. Wertersatz für Wertverluste der Ware	61
III. Analoge Anwendung der §§ 346 Abs. 4, 280 ff. BGB und § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB	63
F. Lösungsansätze für das Problem der Lieferkette	64
I. Lösungsmöglichkeiten	64
II. Zusammentreffen von mangelhafter Ware und Widerruf	66
G. Zusammenfassung der Ergebnisse	67

A. Einführung

In einem auf Arbeitsteilung ausgerichteten Wirtschaftssystem haben Produkte oft eine lange Reise hinter sich, bis sie bei ihrem jeweiligen Endab-

* Dr. iur. Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

nehmer landen. Lieferketten, die vom Hersteller über viele Zwischenhändler hin zum Verbraucher führen, sind ein ganz alltägliches Phänomen und inzwischen eher die Regel als eine Ausnahme. Damit verbunden ist ein relativ kompliziertes Netzwerk hintereinandergeschalteter Verträge, das einer sorgfältigen Abstimmung bedarf.

In dieses Netzwerk greift ein weiteres Phänomen ein, das in der juristischen Diskussion der letzten Jahre einen durchaus prominenten Platz besetzt hat, nämlich der Verbraucherschutz. Zahlreiche Richtlinien haben sich zum Ziel gesetzt, die Stellung des Endabnehmers, soweit es sich bei ihm um einen Verbraucher handelt, zu verbessern. Das wichtigste Beispiel hierfür ist nach wie vor die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG (VGK-RL),¹ die auch durch die neue Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU² weitgehend unberührt geblieben ist.

Ändert sich durch gesetzliche Regelungen und eine sehr verbraucherfreundliche Rechtsprechung des EuGH und des BGH etwas am Kopf der Lieferkette, so führt das grds. auch in den dahinter folgenden Gliedern zu Veränderungen. Sowohl der europäische als auch der deutsche Gesetzgeber haben sich dieser Problematik im Rahmen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bzw. ihrer Umsetzung in das deutsche Recht angenommen – durch eine eigenständige, aber leider nur sehr kurSORISCHE Regelung des Unternehmerregresses (Art. 4 Richtlinie 1999/44/EG; § 478 f. BGB).

Eine der aufsehenerregendsten und am häufigsten besprochenen zivilrechtlichen Entscheidungen der letzten Jahre war das Urteil des EuGH in der Rechtssache Quelle.³ In dieser Entscheidung hatte der EuGH bekanntlich bestimmt, dass Art. 3 der VGK-RL verhindere, dass bei der Nacherfüllung vom Verbraucher Wertersatz für die verbliebene Nutzung des vertragswidrigen Verbrauchsguts verlangt werden könne.⁴ Der deutsche Gesetzgeber hat diese europäischen Vorgaben in § 474 Abs. 5 S. 1 BGB umgesetzt, sich dabei aber auf das von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erfasste Verhältnis Unternehmer – Verbraucher beschränkt. Eine Erstreckung auch auf das Verhältnis zwischen zwei Unternehmern wurde, wie bereits zuvor durch den BGH,⁵ ausdrücklich abgelehnt. Der hierdurch entstehende Widerspruch zur Rechtslage nach einem Rücktritt ist nach Ansicht des BGH hinzunehmen.⁶

1 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbraucher, ABl. Nr. L 171, S. 12.

2 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG und der Richtlinie 1999/44/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG, ABl. EU L 304/64.

3 EuGH NJW 2008, 1433 (Quelle).

4 EuGH NJW 2008, 1433, 1434 f. (Quelle).

5 BGH NJW 2009, 427, 429.

6 BGH NJW 2010, 148; dazu Höpfner, NJW 2010, 127.

Dass diese Rechtslage eher unglückliche Konsequenzen für die Rückgriffsansprüche im Rahmen einer Lieferkette hat, ist unschwer zu erkennen.

Auch eine weitere Entwicklung des Nutzungssatzrechts wurde in Luxemburg angestoßen. Ausgangspunkt war hier die Entscheidung des EuGH zu Nutzungssatzansprüchen nach Widerruf eines Fernabsatzvertrages in der Rechtssache *Messner*.⁷ Aufgrund der grds. vollharmonisierenden Verbraucherrechterichtlinie, die 2014 auch in Deutschland umgesetzt wurde, sind die hier entwickelten Grundsätze inzwischen europaweit verbindlicher Standard.⁸ Anders als im Rahmen der Nacherfüllung ist eine Wertersatzpflicht für die gezogenen Nutzungen insoweit grds. zulässig, unterliegt allerdings bestimmten Voraussetzungen.⁹

Da bereits vor den neueren europäischen Entwicklungen das Nutzungssatzrecht im BGB keinesfalls stimmig war, ist nunmehr ein äußerst unübersichtlicher Flickenteppich entstanden, dessen Verknüpfungen mehr als brüchig erscheinen. Die wenig gegückten Nahtstellen treten im Zusammenhang mit Lieferketten besonders deutlich hervor.

Im Rahmen dieser Abhandlung möchte ich daher zunächst noch einmal die Ausgangssituation im BGB im Hinblick auf Nutzungssatz bei Nacherfüllung, Rücktritt und Widerruf ins Gedächtnis rufen (B.) und anschließend auf die Auswirkungen im Rahmen einer Lieferkette eingehen (C.). Die Konsequenzen hängen dabei auch von der Reichweite des Ausschlusses von Nutzungssatz durch § 474 Abs. 5 S. 1 BGB (D.) bzw. von dem Wertersatzanspruch in § 357 Abs. 7 BGB ab (E.), die im Folgenden ebenfalls genauer zu betrachten sind. Abschließend werden dann mögliche Lösungsansätze für das Problem der Lieferketten diskutiert (F.) und die Ergebnisse in Thesenform zusammengefasst (G.).

B. Nutzungssatz bei Nacherfüllung und Widerruf

I. Definition der Nutzung

Nach einem Rücktritt vom Kaufvertrag muss der Käufer gezogene Nutzungen herausgeben oder für die Nutzung der Kaufsache gem. § 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB Wertersatz leisten.¹⁰ Der Begriff der Nutzung umfasst

⁷ EuGH NJW 2009, 3015 (Messner).

⁸ Vgl. Art. 4 der Richtlinie 2011/83/EU vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG und der Richtlinie 1999/44/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG, ABIEU L 304/64.

⁹ Art. 14 Abs. 2 Richtlinie 2011/83/EU vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG und der Richtlinie 1999/44/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG, ABIEU L 304/64.

¹⁰ MüKoBGB/Gaier, 6. Aufl. 2012, § 346 Rn. 23; Staudinger/Kaiser, BGB, 2012, § 346 Rn. 242; s. a. zur Rechtfertigung eines Unterschieds zum Schadensersatzrecht Höpfner, NJW 2010, 127.

gem. § 100 BGB Gebrauchsvorteile und Früchte einer Sache oder eines Rechts.¹¹

Gebrauchsvorteile werden grds. danach berechnet, wie viel von der üblicherweise möglichen Nutzungsdauer einer Sache beim Käufer verstrichen ist, und diese Zeit wird dann prozentual in das Verhältnis zum Gesamtwert der Sache gesetzt. Nutzt der Käufer eine Sache, deren Gesamthaltbarkeit 5 Jahre beträgt, für ein Jahr und hat die Sache einen Gesamtwert von 1000 €, so beträgt der Gebrauchsvorteil 200 €. Für Kraftfahrzeuge gilt nach vielfach vertretener Ansicht die Formel: Bruttokaufpreis multipliziert mit der zurückgelegten Fahrstrecke geteilt durch die voraussichtliche Gesamtaufleistung.¹² Ist hingegen die voraussichtliche Nutzbarkeit der Sache, wie etwa bei einem Grundstück, unbegrenzt, so wird stattdessen auf den objektiven Mietwert der Sache zurückgegriffen.¹³

Zu beachten ist allerdings, dass die im Folgenden zu behandelnden Vorschriften über den Nutzungsersatz nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers europäische Vorgaben der VGK-RL und der Verbraucherrechterichtlinie umsetzen sollen. Inwieweit diesen Richtlinien ein eigenes, möglicherweise von § 100 BGB abweichendes Verständnis des Begriffs der Nutzung entnommen werden kann, ist unklar. In der Quelle-Entscheidung bezieht sich der EuGH zwar mehrmals auf den auch in der Vorlagefrage verwendeten Begriff der Nutzung, erläutert diesen aber nicht weiter.¹⁴ Aus der Antwort des EuGH kann jedoch abgeleitet werden, dass auch nach seinem Verständnis die Nutzung Gebrauchsvorteile erfasst. Art. 14 Abs. 2 Verbraucherrechterichtlinie spricht hingegen nur von dem Wertverlust, der durch den Umgang mit der Ware herbeigeführt wurde (s.a. B.III.). Den Begriff der Nutzung verwendet die Verbraucherrechterichtlinie nicht. Zwischen dem Wertverlust durch Abnutzung und dem Gebrauchsvorteil als Nutzungsgewinn besteht aber oft eine gewisse Parallelität, mitunter sogar Deckungsgleichheit. Auch die Verbraucherrechterichtlinie enthält daher zumindest mittelbar Vorgaben für den Bereich des Nutzungsersatzes, ohne jedoch den Nutzungsbegriff zu präzisieren.

II. Nutzungsersatz und Nacherfüllung

Ob hingegen auch dann Nutzungsersatz zu zahlen ist, wenn der Käufer im Rahmen einer Nacherfüllung eine neue Kaufsache erhält und die bisher genutzte mangelhafte Sache im Gegenzug nach § 439 Abs. 4 BGB zurückgegeben muss, war lange Zeit sehr umstritten. Der Wortlaut des § 439 Abs. 4

11 Siehe für weitere Einzelheiten etwa MüKoBGB/Gaier (Fn. 10), § 346 Rn. 25.

12 MüKoBGB/Gaier (Fn. 10), § 346 Rn. 27.

13 MüKoBGB/Gaier (Fn. 10), § 346 Rn. 28; BeckOK/Fritzsche, BGB, 36. Ed. 2015, § 100 Rn. 10; siehe aber auch Martens, AcP 210 (2010), 689, 695 ff.

14 EuGH NJW 2008, 1433 (Quelle).

BGB scheint für eine solche Ersatzpflicht zu sprechen. In den Gesetzesmaterialien findet sich zudem folgende Formulierung:

„Deshalb muss der Käufer, dem der Verkäufer eine neue Sache zu liefern und der die zunächst gelieferte fehlerhafte Sache zurückzugeben hat, gemäß §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1 RE auch die Nutzungen, also gemäß § 100 auch die Gebrauchsvorteile, herausgeben. Das rechtfertigt sich daraus, dass der Käufer mit der Nachlieferung eine neue Sache erhält und nicht einzusehen ist, dass er die zurückzugebende Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen können soll und so noch Vorteile aus der Mängelhaftigkeit ziehen können soll.“¹⁵

Gleichwohl lehnte eine starke Ansicht in der Literatur eine Nutzungersatzpflicht bei einer zur Mängelbeseitigung erfolgten Nachlieferung ab.¹⁶ Der BGH bejahte wiederum andererseits im Grundsatz eine solche Ersatzpflicht, legte jedoch die Frage, ob dadurch im Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gegen Art. 3 VGK-RL verstoßen werde, dem EuGH vor.¹⁷ Diese Vorlage führte zur eingangs erwähnten Quelle-Entscheidung. Der EuGH verwarf die Nutzungersatzpflicht als richtlinienwidrig und verkündete, dass „(die) vom Gemeinschaftsgesetzgeber gewollte Garantie der Unentgeltlichkeit bedeutet, dass jede finanzielle Forderung des Verkäufers im Rahmen der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts [...] ausgeschlossen ist.“¹⁸

In der Folgeentscheidung aus dem Jahre 2008 kam der BGH aufgrund einer richtlinienkonformen Auslegung der §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB zunächst zu dem Ergebnis, dass zumindest in Verbraucher/Unternehmer-Konstellationen keine Wertersatzpflicht bestehe.¹⁹ Für das Verhältnis zwischen zwei Unternehmern bleibe es hingegen grds. bei der Wertersatzpflicht.²⁰ Er führte hierzu aus:

„Hingegen bleibt es in Fällen, in denen kein Verbrauchsgüterkauf i. S. des § 474 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt, bei der uneingeschränkten Anwendung des § 439 Abs. 4 BGB. Eine Ausdehnung der teleologischen Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB auch auf solche Fälle widerspräche dem Wortlaut und

15 BT-Drs. 14/6040, S. 232 f.

16 MüKoBGB/Lorenz, 5. Aufl. 2008, Vor § 474 Rn. 19; Büdenbender, in: AnwKomm-BGB, 2005, § 439 Rn. 43; Oechslers, Schuldrecht BT, VertragsR, 2003, S. 147; Schulz, Der Ersatzlieferungs- und Nachbesserungsanspruch des Käufers im internen deutschen Recht, im UCC und im CISG, 2002, S. 507; Brömmelmeyer, JZ 2006, 493, 498 f.; Gsell, NJW 2003, 1969; Roth, JZ 2001, 475, 489; Schulze/Ebers, JuS 2004, 336, 339 f.; Schwab, JuS 2002, 630, 636; Ball, NZV 2004, 217, 221 f.; Rott, BB 2004, 2478; Hoffmann, ZRP 2001, 347, 349; Saenger/Zurlinden, EWir 2005, 819; Woitkewitsch, VuR 2005, 1; Wagner/Michal, ZGS 2005, 368; Muthorst, ZGS 2006, 90; Beck, JR 2006, 177.

17 BGH NJW 2006, 3200.

18 EuGH NJW 2008, 1433, 1434, Rn. 34 (Quelle).

19 BGH NJW 2009, 427, 428.

20 BGH NJW 2009, 427, 429.

dem eindeutig erklärten Willen des Gesetzgebers, dem Verkäufer für den Fall der Ersatzlieferung einen Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen zuzubilligen [...]. Da solche Fälle außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie liegen, ergibt sich insoweit aus der fehlenden Richtlinienkonformität auch keine planwidrige Regelungslücke.“

Dieser Auffassung hat sich auch der deutsche Gesetzgeber angeschlossen, indem er die europäischen Vorgaben nicht etwa durch eine Anpassung der allgemeinen, für alle Kaufverträge geltenden Vorschrift in § 439 Abs. 4 BGB, sondern durch eine Änderung im Recht des Verbrauchsgüterkaufs in § 474 Abs. 2 S. 1 BGB (heute: § 474 Abs. 5 S. 1 BGB) umsetzte.²¹ Es entspricht daher der heute ganz herrschenden Ansicht, dass eine Nutzungsersatzpflicht bei einer Nachlieferung zwar im Verhältnis Unternehmer/Verbraucher ausgeschlossen ist, zwischen zwei Unternehmern aber grds. besteht.²²

III. Nutzungersatz und Widerruf

Zahlreiche Parallelen bestehen zu der Frage, inwieweit ein Verbraucher nach dem Widerruf eines Kaufvertrages Nutzungsersatz zu zahlen hat. Der EuGH stellte insoweit in der Rechtssache *Messner* fest, dass Art. 6 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 Fernabsatzrichtlinie²³ einer mitgliedstaatlichen Regelung entgegenstünden, „nach der der Verkäufer vom Verbraucher für die Nutzung einer durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekauften Ware in dem Fall, dass der Verbraucher sein Widerrufsrecht fristgerecht ausübt, generell Wertersatz für die Nutzung der Ware verlangen kann“.²⁴

Dabei räumte der EuGH allerdings auch ein, dass dadurch eine Verpflichtung des Verbrauchers zum Wertersatz nicht ausgeschlossen werde, soweit diese Pflicht an eine mit den Grundsätzen von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung unvereinbare Art und Weise der Benutzung des Gegenstandes anknüpfe und die Wirksamkeit und Effektivität des Widerrufsrechts nicht beeinträchtigt werde.²⁵

Auch hierauf reagierte der deutsche Gesetzgeber zunächst mit der Einführung einer Sonderregelung in § 312e BGB a. F.²⁶ Durch die 2014 umgesetzte

21 Siehe auch BT-Drs. 16/10607, S. 5.

22 BeckOK/Faust, BGB, 36. Ed. 2014, § 439 Rn. 34; MüKoBGB/Lorenz, 6. Aufl. 2012, § 474 Rn. 33; MüKoBGB/H.P. Westermann, 6. Aufl. 2012, § 439 Rn. 17; Erman/Grunewald, BGB, 14. Aufl. 2014, § 439 Rn. 19; JurisPK/Pammler, BGB, 7. Aufl. 2014, § 439 Rn. 129 ff.; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, 2013, § 439 Rn. 141; HK/Saenger, BGB, 8. Aufl. 2014, § 439 Rn. 9; a. A. Csell, JZ 2009, 522, 525; Soergel/Lobinger, BGB, 13. Aufl. 2010, § 346 Rn. 48.

23 Richtlinie 97/7/EG vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABIEG Nr. L 144, S. 19.

24 EuGH NJW 2009, 3015 (Messner).

25 EuGH NJW 2009, 3015, 3016, Rn. 25 ff. (Messner).

26 § 312e Abs. 1 BGB lautete in der vom 4.8.2011 bis zum 12.6.2014 geltenden Fassung: „(1) Bei Fernabsatzverträgen über die Lieferung von Waren hat der Verbraucher abweichend von § 357

horizontale Verbraucherrechterichtlinie²⁷ ist diese Rechtslage inzwischen aber überholt. Die Verbraucherrechterichtlinie hat die Rechtsprechung des EuGH quasi in Richtlinienform gegossen. Art. 14 Abs. 2 Verbraucherrechterichtlinie bestimmt:

„Der Verbraucher haftet für einen etwaigen Wertverlust der Waren nur, wenn dieser Wertverlust auf einen zur Prüfung der Beschaffenheit, Eigenschaften und Funktionsweise der Waren nicht notwendigen Umgang mit den Waren zurückzuführen ist. Der Verbraucher haftet in keinem Fall für den Wertverlust der Waren, wenn er vom Unternehmer nicht gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe h über sein Widerrufsrecht belehrt wurde.“

Die Umsetzung der Richtlinie erfolgte unter anderem durch § 357 Abs. 7 BGB, der eine Wertersatzpflicht des Verbrauchers für einen Wertverlust der Ware vorsieht, wenn dieser auf einen Umgang mit der Ware zurückzuführen ist, der zur Prüfung der Beschaffenheit, der Eigenschaften und der Funktionsweise der Waren nicht notwendig war, und der Unternehmer den Verbraucher ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht unterrichtet hat.²⁸ § 361 BGB legt darüber hinaus fest, dass infolge des Widerrufs keine weiteren Ansprüche gegen den Verbraucher bestehen und dass von diesen Vorschriften auch nicht durch eine vertragliche Vereinbarung zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden kann.²⁹ Zwar besteht ein Widerufsrecht grds.

Absatz 1 Wertersatz für Nutzungen nach den Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt nur zu leisten,

1. soweit er die Ware in einer Art und Weise genutzt hat, die über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise hinausgeht, und
2. wenn er zuvor vom Unternehmer auf diese Rechtsfolge hingewiesen und nach § 360 Absatz 1 oder 2 über sein Widerrufs- oder Rückgaberecht belehrt worden ist oder von beidem anderweitig Kenntnis erlangt hat.

§ 347 Absatz 1 Satz 1 ist nicht anzuwenden.“

²⁷ Richtlinie 2011/83/EU vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG und der Richtlinie 1999/44/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG, ABLEU L 304/64.

²⁸ § 357 Abs. 7 BGB bestimmt: „Der Verbraucher hat Wertersatz für einen Wertverlust der Ware zu leisten, wenn

1. der Wertverlust auf einen Umgang mit den Waren zurückzuführen ist, der zur Prüfung der Beschaffenheit, der Eigenschaften und der Funktionsweise der Waren nicht notwendig war, und
2. der Unternehmer den Verbraucher nach Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche über sein Widerrufsrecht unterrichtet hat.“

²⁹ § 361 Abs. 1 und 2 BGB lauten: „(1) Über die Vorschriften dieses Untertitels hinaus bestehen keine weiteren Ansprüche gegen den Verbraucher infolge des Widerrufs.

(2) Von den Vorschriften dieses Untertitels darf, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. Die Vorschriften dieses Untertitels finden, soweit nichts anderes bestimmt ist, auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.“

ohnehin nur bei Beteiligung eines Verbrauchers, die Nutzungs- bzw. Werterersatzpflicht ist jedoch, anders als bei einer Nacherfüllung, nicht ausgeschlossen, sondern nur an bestimmte Voraussetzung geknüpft.

C. Konsequenzen im Rahmen einer Lieferkette

I. Nacherfüllung

Eine Konsequenz der verbraucherschützenden Sonderregelungen ist, dass es im Rahmen einer Lieferkette zu einer Haftungsverlagerung kommen kann, die aus vielerlei Gründen wenig sachgerecht erscheint. Leidtragender ist insoweit in der Regel der (Zwischen-)Händler, der sich in einer Sandwichposition zwischen den rechtlich besonders geschützten Verbrauchern und den ihm an Verhandlungsmacht oft überlegenen Herstellern befindet. Besondere Vorschriften, die dem Händler, wie bei §§ 478, 479 BGB, einen privilegierten Regress ermöglichen würden, fehlen für die Nutzungsersatzansprüche bislang.

Beispiel: *Händler U bezieht einen fabrikneuen Sportwagen bei Hersteller H und verkauft ihn weiter an den Verbraucher V. Nach 1,5 Jahren Nutzung durch V muss U den Wagen wegen eines unbehebbaren Mangels (z. B. die angekündigten Verbrauchswerte werden ganz erheblich überschritten) zurücknehmen und durch Lieferung eines neuen Modells des gleichen Wagens nacherfüllen.*

Nutzungsersatzansprüche des U gegen V sind gem. § 474 Abs. 5 S. 1 BGB ausgeschlossen. Verlangt U, der den versteckten Mangel ohne eigene Werkstatt bei einer Untersuchung auch nicht hätte erkennen können,³⁰ nunmehr Nacherfüllung von H, wird H seinerseits Nutzungsersatzansprüche geltend machen, für die § 474 Abs. 5 S. 1 BGB gerade nicht greift, da U und H jeweils Unternehmer sind. Diese Ansprüche des H wären von ihrer Höhe her auch durchaus erheblich.³¹ Dass V und nicht U selbst den PKW genutzt hat, ist für den Anspruch auf Nutzungsersatz irrelevant. Es kommt auf die Abnutzung des PKW im Zeitpunkt der Rückgabe an und nicht darauf, wer den PKW konkret genutzt hat. Andernfalls würde es zu dem merkwürdigen Ergebnis kommen, dass der durch eine Abnutzung erlittene Wertverlust der Ware bei einer Regresskette immer auf der ersten Stufe hängen bleiben würde.³² Eine derartige Äquivalenzstörung im Rahmen der Rückabwicklung kann aber nicht sinnvoll sein.

³⁰ Andernfalls würde § 377 HGB eingreifen.

³¹ Vgl. etwa OLG München, NZV 2007, 210.

³² Beispiel: Unternehmer U bestellt vom Händler H eine Druckermaschine, die H seinerseits vom Großhändler F bezieht. Muss die Maschine aufgrund ihrer Mangelhaftigkeit zurückgenommen und jeweils durch Nachlieferung einer neuen Maschine nacherfüllt werden, müsste U an H für die Nutzung der Maschine Wertersatz leisten, nicht jedoch H an F, weil ja nicht H selbst, son-

Auch die §§ 478 f. BGB können insoweit nicht zugunsten des U in Stellung gebracht werden, da sie keine Regelung zu möglichen Gegenansprüchen des Herstellers enthalten. Im Ergebnis würde sich der Verbraucherschutz daher ausschließlich zum Nachteil des Händlers U auswirken, der gegenüber H für die durch V gezogenen Nutzungen einstehen muss, ohne selbst bei V Regress nehmen zu können, obwohl nicht er, sondern H für den Mangel letztlich verantwortlich ist.

Ein solches Ergebnis ist aus mehreren Gründen bedenklich: Regressansprüche des U gegen H kommen nur in Betracht, wenn der Mangel bereits in der Sphäre des H entstanden ist. Über § 478 Abs. 3 BGB kann U sich dabei auch auf die Beweislastumkehr des § 476 BGB stützen. Dass die Ursache für die Vertragsstörung aus der Sphäre des Herstellers stammt, ist aber auch in der Praxis der Regelfall. Durch vertragliche Vereinbarungen mit den Verbrauchern kann sich der Händler nicht schützen, da die Regelung in § 474 Abs. 5 S. 1 BGB nicht dispositiv ist (vgl. 475 Abs. 1 S. 1 BGB). Um einen vertraglichen Ausschluss von Nutzungersatzansprüchen im Verhältnis zum Lieferanten durchzusetzen, wird dem Händler oft die notwendige Marktmacht fehlen. Die Gefahr, dass Händler diese fehlende Regressmöglichkeit beim Hersteller letztlich einpreisen und insgesamt höhere Preise verlangen würden, ist daher nicht von der Hand zu weisen. Der Verbraucherschutz hätte sich dann aber in sein Gegenteil verkehrt und im Ergebnis zu einer höheren Belastung aller Verbraucher geführt.

Eine andere denkbare Konsequenz wäre, dass Händler eine Nacherfüllung durch Neulieferung gegenüber Verbrauchern nunmehr kategorisch verweigern und stattdessen stets auf eine Rückabwicklung über die Rücktrittsregelungen drängen würden. Wie bereits erläutert (s. o. A. I.)³³ wären in diesem Fall nämlich Nutzungersatzansprüche gegen den Verbraucher sehr wohl möglich. Dass ein Verbraucher einmal tatsächlich auf seinem Recht auf Nacherfüllung bestehen und dieses auch gerichtlich einfordern würde, dürfte eine sehr seltene Ausnahme darstellen. In aller Regel wird ein ökonomisch denkender Käufer nach einer ernsthaften und endgültigen Verweigerung der Nacherfüllung durch den Verkäufer vom Kaufvertrag zurücktreten. Das bisher sehr gut funktionierende gestufte Gewährleistungssystem,³⁴ von dem auch nicht zuletzt der Verbraucher als Käufer profitiert, würde dadurch

dern nur U die Maschine genutzt hätte. H wäre durch diesen Nutzungersatzanspruch aber in ungerechtfertigter Weise bereichert. U wiederum könnte sich unter Umständen mit dem Argument verteidigen, nicht er, sondern nur sein Arbeitnehmer bzw. Subunternehmer A habe die Maschine genutzt und müsse daher an H Nutzungersatz zahlen.

³³ BGH NJW 2010, 148.

³⁴ Siehe etwa *Skamel*, Nacherfüllung beim Sachkauf, 2008; rechtsvergleichend *Kim*, Die Nacherfüllung als Rechtsbehelf des Käufers nach CISG, deutschem und koreanischem Recht, 2014; *Kandler*, Kauf und Nacherfüllung, 2004.

aber aus den Angeln gehoben und das Nacherfüllungsrecht praktisch bedeutungslos.

Diese Erwägungen sprechen dafür, bei der dargestellten Rechtslage nicht stehen zu bleiben, sondern nach Lösungsmöglichkeiten für diese Netzwerkstörung zu suchen.

II. Widerruf

Da ein verbraucherschützendes Widerrufsrecht einen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher voraussetzt, besteht es nur an der Spitze der Lieferkette. Es ermöglicht dem Händler nicht, nun seinerseits bei vorgelagerten Gliedern innerhalb der Lieferkette Regress zu nehmen. Das Widerrufsrecht räumt dem Verbraucher bei bestimmten Vertriebsformen eine letztlich voraussetzunglose Überlegungsfrist ein, die auch besteht, wenn die vom Unternehmer erbrachte Leistung völlig tadellos ist und zu 100% dem Bestellten entspricht.³⁵ Es ist daher die zwingende Konsequenz der vom Unternehmer gewählten Vertriebsform. Die Verantwortlichkeit für diese autonome unternehmerische Entscheidung kann nicht im Rahmen einer Regresskette weiter verschoben werden.

Die Nutzungsersatzproblematik wird zudem dadurch entschärft, dass zum einen ein Widerruf grds. innerhalb einer relativ kurzen Frist (§ 355 Abs. 2 BGB – 2 Wochen) erfolgen muss und zum anderen Wertersatzansprüche nach § 357 Abs. 7 BGB, anders als bei einer Nacherfüllung, grds. auch gegenüber einem Verbraucher möglich sind.

Schwieriger wird die Risikoverteilung innerhalb der Lieferkette, wenn zu dem Widerrufsrecht des Verbrauchers eine mangelhafte Leistung des Herstellers hinzutritt. Aufgrund der Mängelhaftigkeit der Ware stehen dem Händler Sachmängelgewährleistungsansprüche gegen den Hersteller zu. Wer sollte in diesem Verhältnis aber für Wertverluste und Abnutzungen der Ware aufkommen, die bereits beim widerrufenden Verbraucher eingetreten sind?

Bevor nach möglichen Lösungsansätzen gesucht wird, ist es auch hier erforderlich, die Voraussetzungen und den genauen Umfang der Wertersatzpflicht des Verbrauchers nach einem Widerruf zu analysieren. Hierin liegt, genau wie bei der Darstellung der Reichweite des Ausschlusses von Nutzungsersatz durch § 474 Abs. 5 S. 1 BGB, ein eigenständiger Schwerpunkt dieser Abhandlung. Die Auswirkungen für Regressansprüche im Rahmen einer Lieferkette lassen sich nur beurteilen, wenn über die genaue Wirkungsweise der verbraucherschützenden Vorschriften an der Spitze der Lieferkette Klarheit besteht.

³⁵ Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 20. Aufl. 2012, Rn. 585.