

## Praxisrelevante Probleme und Auslegungsschwierigkeiten des Verbrauchervertragsrechts

<i>Norm</i>	<i>Problem</i>
§ 13 BGB	<p>Ist auch eine Wohnungseigentümergeinschaft (WEG) Verbraucher i. S. d. Gesetzes?</p> <p>Wer muss bei Verträgen mit WEGs belehrt werden? Jeder einzelne Wohnungseigentümer oder die Hausverwaltung als Vertreter der WEG (i d. R. ist die Hausverwaltung auch alleiniger Verhandlungspartner des Unternehmers bzw. weiß der Unternehmer nicht, wer im Einzelnen Mitglied der WEG ist)?</p> <p>Ist ein Verbraucher, der von einem Architekten vertreten wird, genauso schützenswert wie ein Verbraucher, der den Vertrag direkt mit dem Unternehmer schließt?</p> <p>In der Praxis haben die Unternehmer i. d. R. ausschließlich Kontakt zum Architekten, der sowohl das Leistungsverzeichnis als auch den Vertrag erstellt. Diese Verträge werden oftmals in den Büroräumen des Architekten schlussverhandelt und unterzeichnet. Nach der Definition des Gesetzes stellt dies einen Fall des „außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrags“ dar. Die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers ist in diesen Fallkonstellationen hingegen nicht ersichtlich. Muss der Unternehmer dennoch belehren? Muss die Belehrung in diesen Fällen an den Verbraucher direkt gerichtet werden oder reicht es aus, den Architekten (ggf. als Vertreter des Verbrauchers) zu belehren?</p> <p>Müssen bei Eheleuten beide Ehegatten belehrt werden, auch wenn nur einer der beiden Ehegatten während der Vertragsverhandlungen/-unterzeichnung Ansprechpartner des Unternehmers ist?</p>
§ 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB	<p>Der Begriff „Neubau eines Gebäudes“ ist unklar und bedarf einer Präzisierung.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ab wann ist ein Gebäude ein Gebäude (sind z. B. eine Garage oder ein Carport Gebäude i.S.d. Vorschrift)?</li> <li>- Wann liegt ein „Neubau“ vor? Nur bei einem kompletten Schlüsselfertigbau oder bereits beim veredelten Rohbau (ohne Innenausbau)?</li> <li>- Was gilt, wenn der Bauherr einzelne Leistungen selbst ausführt?</li> <li>- Was gilt, wenn der Bauherr den Neubau des Gebäudes gewerkeweise ausführen lässt? Greift dann für die ein-</li> </ul>

	<p>zelen Gewerke die Ausnahme des § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB oder nicht?</p> <p>Auch die Begriffsbestimmung von "erheblichen Umbaumaßnahmen" ist unklar und bedarf einer Präzisierung. Wann gilt eine Maßnahme als erheblich?</p>
AGB-Recht	<p>Informationspflichten werden teilweise als AGB angesehen. Inwiefern ist in diesen Fällen die Informationspflicht ordnungsgemäß erfüllt, wenn weitere Klauseln im gleichen AGB-Werk fehlerhaft sind, infolgedessen sie nicht nur zu einer geltungserhaltenen Reduktion, sondern zu einer Unwirksamkeit der gesamten AGB führen?</p>
§ 312b Abs. 1 Nr. 3 BGB	<p>Verträge, die abgeschlossen werden, unmittelbar nachdem der Verbraucher außerhalb der Geschäftsräume angesprochen wurde.</p> <p>Beispiel:</p> <p>Ein Verbraucher wird von einem Verkäufer eines Kfz-Betriebs auf der Neuwagen- und Gebrauchtwagenfläche (Ausstellungsfläche im Freien) angesprochen. Unmittelbar im Anschluss kommt es zu einem Vertragsschluss im Büro des Verkäufers.</p> <p>Unter Berücksichtigung der Ausführungen im Leitfaden der GD Justiz ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber unter § 312b Abs. 1 Nr. 3 BGB vornehmlich Sachverhalte versteht, in denen der Verbraucher werbemäßig angesprochen wird, z.B. in einer Fußgängerzone und es sodann zu einem Vertragsschluss unter Ausnutzung der noch andauernden Überumplungssituation kommt. Der Verbraucher betritt das Gelände eines Kfz-Betriebs bewusst und aus freien Stücken. Er muss auf dem Gelände eines Kfz-Betriebs mit einer Ansprache durch einen Mitarbeiter rechnen und erwartet dies regelmäßig auch.</p> <p>Gleichwohl lässt sich diese Einschätzung anhand des bloßen Gesetzestextes nicht verifizieren. Im Leitfaden der GD Justiz wird zudem bei der Frage der Definition von „Geschäftsräumen“ auf die Schlussfolgerung des Gerichtshofs in der Rechtssache C-423/97 verwiesen: <i>„Zu der Frage, ob der Vertrag außerhalb der Geschäftsräume des Gewerbetreibenden geschlossen wurde, ist festzustellen, dass dieser Begriff die Geschäftsräume bezeichnet, in denen der Gewerbetreibende gewöhnlich seine Tätigkeit ausübt und die deutlich als öffentliche Verkaufsräume gekennzeichnet sind.“</i></p>
§ 312c Abs. 1 BGB	<p>Die Definition von Fernabsatzverträgen verlangt, dass die Vertragsverhandlungen und der Vertragsschluss ausschließlich per Fernkommunikationsmittel erfolgen. Gilt der Besuch eines Handwerkers beim Kunden zwecks Erstellung eines Kosten-</p>

	<p>vorschlags als Vertragsverhandlung? Da im Nachgang zum Kundenbesuch sowohl der Kostenvoranschlag als auch das Angebot und die Annahme regelmäßig via Telefon, Fax oder E-Mail erfolgen, würde es sich in diesen Konstellationen um einen Fernabsatzvertrag handeln, wenn der Kundenbesuch nicht als "Verhandlung" anzusehen ist.</p> <p>War beabsichtigt, dass der Fernabsatzvertrag einen strengeren Anwendungsbereich erfährt als nach dem Wortlaut der RL? Dort heißt es in Art. 2 Nr. 7, dass <i>„bis einschließlich zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ausschließlich ein oder mehrere Fernkommunikationsmittel verwendet wird/werden.“</i> Hiernach würde ein persönlicher Kontakt zwecks Erstellung eines Kostenvoranschlags dazu führen, dass KEIN Fernabsatzvertrag vorliegt.</p> <p>Ein Fernabsatzvertrag ist ausgeschlossen, wenn "der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt". Im Rahmen der Verhandlungen im Europäischen Parlament wurden unter einem solchen Vertriebs- und Dienstleistungssystem ausschließlich Call-Center und Online-Shops verstanden. Nach dem Leitfaden der EU-Kommission sollen hierunter jedoch auch Telefon- und Faxanschlüsse sowie einfache E-Mail-Adressen fallen, wenn über diese Kommunikationsmittel "regelmäßig" Verträge geschlossen werden. Ab welcher Anzahl und Häufigkeit ist von einer "Regelmäßigkeit" auszugehen, so dass der Telefonanschluss als "für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems" anzusehen ist?</p> <p>Der Handwerksbetrieb ist beweispflichtig für die Tatsache, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems abgewickelt wird. Es ist davon auszugehen, dass die meisten der Handwerksbetriebe in der Regel keine Online-Shops betreiben, jedoch E-Mails, Telefax und Briefe sowie das Telefon nutzen, um kundenfreundliche Angebote für den Verbraucher zu erstellen und diesem die Vertragsannahme über die gleichen Kanäle zu ermöglichen.</p> <p>Wie ist es zu bewerten, wenn der persönliche Kontakt nicht mit dem Verbraucher sondern ausschließlich mit dem Architekten erfolgt ist? Kann ein Vertrag im „stationären Handel“ auch dann geschlossen werden, wenn zuvor ausschließlich Kontakt mit dem Architekten bestand, nicht aber mit dem Verbraucher? Müssen Architekt und Unternehmer sich tatsächlich persönlich treffen oder reicht ein telefonischer Kontakt aus?</p>
<p>§ 312f Abs. 1 BGB; Art. 246a § 4 Abs. 1 und 2 EGBGB</p>	<p>Bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ist der Unternehmer verpflichtet, dem Verbraucher alsbald eine Abschrift des Vertragsdokuments oder eine Bestätigung des Vertrags zur Verfügung zu stellen. Die Bestätigung muss die in Art. 246a EGBGB genannten Angaben nur enthalten, wenn der Unternehmer dem Verbraucher diese Informationen</p>

	<p>nicht bereits vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellt hat.</p> <p>Hingegen fordert Art. 246a § 4 Abs. 1 EGBGB, dass der Unternehmer dem Verbraucher die Informationen nach den §§ 1 bis 3 vor Abgabe von dessen Vertragserklärung in klarer und verständlicher Weise zur Verfügung zu stellen. Wie ist der Widerspruch zwischen § 312f Abs. 1 BGB („alsbald nach Vertragsschluss“) und Art. 246a § 4 Abs. 1 EGBGB („vor Abgabe der Vertragserklärung“) aufzulösen?</p> <p>Kann der Unternehmer die Informationen nach Art. 246a §§ 1 bis 3 EGBGB, insbesondere die Information/Belehrung über das Widerrufsrecht (Art. 246a § 1 EGBGB) dem Verbraucher rechtswirksam nach Vertragsschluss zukommen lassen? Reicht vor Vertragsschluss eine mündliche Belehrung über das Widerrufsrecht aus und kann der Unternehmer die Belehrung in Papierform nach Vertragsschluss übersenden?</p> <p>Was bedeutet klar und verständlich? Besteht ein Unterschied zwischen „klar und deutlich“ und „klar und verständlich“.</p>
<p>§ 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB</p>	<p>Die Vorschrift gilt wie andere dieses Absatzes nur für die "Lieferung von Waren". Steht diese Formulierung synonym für Kaufverträge in Abgrenzung zu Dienstleistungsverträgen? Oder gilt die Vorschrift für Verträge, auf die das Kaufrecht Anwendung findet? In diesem Fall wären auch Werklieferungsverträge erfasst. Die Abgrenzung von Werk- und Werklieferungsverträgen hängt stark von den konkreten Leistungsverpflichtungen ab und ist in seiner juristischen Einzelfallbetrachtung für Handwerker in der Praxis kaum nachzuvollziehen. Die Einordnung des zugrundeliegenden Vertrags erlangt jedoch mit Blick auf das Widerrufsrecht eine wirtschaftlich große Bedeutung.</p> <p>Die Richtlinie 2011/83/EU kennt den Werkvertrag nicht, sondern nur den Kauf- und den Dienstvertrag, Art. 2 Nr. 5 und 6 RL. Der deutsche Werkvertrag gemäß § 631 BGB ist ein gemischter Vertrag, der sowohl Elemente des Kauf- als auch des Dienstvertrags enthält. § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB übernimmt den Wortlaut von Art. 16 a) RL, ohne diese Besonderheit des deutschen Rechts zu beachten. Die deutsche Norm ist daher entweder europarechtskonform auszulegen oder ihr Wortlaut ist mit Blick auf die deutsche Besonderheit des Werkvertrags zu ändern. Vgl. hierzu auch den Erwägungsgrund 50 RL: „Bei Verträgen, die sowohl Waren als auch Dienstleistungen zum Gegenstand haben, sollten hinsichtlich der Waren die Vorschriften dieser Richtlinie über die Rücksendung von Waren und hinsichtlich der Dienstleistungen die Regelungen über die Abgeltung von Dienstleistungen gelten.“</p>
<p>§ 312g Abs. 2 Nr. 4 BGB</p>	<p>Ausgenommen vom Widerruf sind "Verträge zur Lieferung von Waren, wenn diese nach der Lieferung auf Grund ihrer Beschaffenheit untrennbar mit anderen Gütern vermischt wur-</p>

	den". Ist das Wort "vermischt" i.S.v. von § 948 BGB zu verstehen oder umfasst es dem Normzweck nach darüber hinaus die Verbindung (§§ 946, 947 BGB)?
§ 312g Abs. 2 Nr. 11 BGB	<p>Wie ist die Voraussetzung der "dringenden Reparatur- und Instandhaltungsarbeiten" auszulegen? Wo ist die Grenze zwischen dringenden und nicht dringenden Arbeiten in diesem Zusammenhang zu ziehen?</p> <p>Wie ist die Einschränkung zu verstehen, wonach die Ausnahme nicht hinsichtlich weiterer bei dem Besuch erbrachter Dienstleistungen, die der Verbraucher nicht ausdrücklich verlangt hat, gilt"? In der Regel verlangt der Verbraucher die weiteren Dienstleistungen vom Unternehmer. Besteht dann trotzdem ein Widerrufsrecht des Verbrauchers (auch wenn er die Erbringung der weiteren Dienstleistungen ausdrücklich verlangt hat), da im Regelfall hierbei ein aGV vorliegen wird?</p> <p>Welche Rechtsfolge ergibt sich, wenn der Unternehmer den Verbraucher nicht gem. Art. 246a § 1 EGBGB darüber informiert hat, dass ihm nach § 312b Abs. 2 Nr. 11 BGB ein Widerrufsrecht nicht zusteht?</p>
§ 355 Abs. 1 BGB	<p>Art. 11 Abs. 4 der RL lautet: „Die Beweislast für die Ausübung des Widerrufsrechts nach diesem Artikel obliegt dem Verbraucher.“ Ausweislich Erwägungsgrund 44 der RL obliegt dem Verbraucher auch die Beweislast, dass der Widerruf innerhalb der in der Richtlinie festgelegten Fristen erfolgt ist.</p> <p>Wer hat die Ausübung des Widerrufs zu beweisen?</p> <p>Muss der Verbraucher beweisen, dass er den Vertrag widerrufen hat bzw. dass der Widerruf dem Unternehmer zugegangen ist?</p> <p>Wer hat die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Widerrufsrechts zu beweisen (dass ein aGV bzw. Fernabsatzvertrag geschlossen worden ist)?</p>
§ 356 Abs. 3 S. 1 BGB	Die Widerrufsfrist beginnt nicht, bevor der Unternehmer den Verbraucher entsprechend den Anforderungen des Artikels 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 oder des Artikels 246b § 2 Absatz 1 des EGBGB unterrichtet hat. Die korrekte Belehrung über das Widerrufsrecht setzt voraus, dass der Unternehmer bei Verwendung des gesetzlichen Musters juristisch richtig einordnet, ob es sich um einen Kauf- oder Dienstleistungsvertrag handelt. Da die Unterscheidung zwischen Kauf- und Dienstleistungsverträgen im europäischen Sinn zu verstehen ist und damit auch Werkverträge erfasst sind, ist in jedem Einzelfall und anhand der vertraglichen Leistungsschwerpunkte zu prüfen, ob der Werkvertrag als Kauf- oder Dienstleistungsvertrag einzuordnen ist.

Da diese Einordnung im Einzelfall selbst unter juristisch geschulten Personen umstritten ist, ist offensichtlich, dass Handwerksbetriebe mit dieser Anforderung überfordert sind und deshalb Gefahr laufen, falsch über das Widerrufsrecht zu informieren.

Eine besondere Erschwernis in der Praxis ist auch darin zu sehen, dass ein juristischer Laie kaum zwischen einem Werkvertrag, einem Kaufvertrag mit Montageverpflichtung und einem Werklieferungsvertrag unterscheiden kann.

Beispiel:

Ein Kfz-Betrieb erhält einen Anruf eines Verbrauchers, der mit seinem Pkw auf einer Landstraße liegengelassen ist. Der Verbraucher bittet darum, dass sein Wagen in die Werkstatt geschleppt wird. Ein Mitarbeiter des Betriebs fährt zu dem Kunden. Dieser bittet noch vor Ort darum, dass das Fahrzeug nicht nur abgeschleppt, sondern in der Werkstatt auch repariert wird.

Es stellt sich die Frage, ob der Vertrag zum Abschleppen (Dienstleistung) bereits am Telefon oder erst vor Ort geschlossen wird. Geht man von einem Fernabsatzvertrag per Telefon aus, stellt sich bereits die Frage der Umsetzbarkeit der Informationspflichten. Es dürfte realitätsfern sein, dass der Betrieb den Verbraucher unmittelbar nach Auftragserteilung am Telefon auch über sein Widerrufsrecht informiert. Wird dagegen ein AGV angenommen, weil der Auftrag zum Abschleppen erst vor Ort unterschrieben wird, muss der Mitarbeiter dem Verbraucher vor Durchführung der Dienstleistung neben dem eigentlichen Auftragsformular eine korrekt ausgefüllte Widerrufsbelehrung und das Muster-Widerrufsformular übergeben. Zusätzlich muss er den Verbraucher auffordern, eine schriftliche Erklärung gemäß § 356 Abs. 4 BGB abzugeben. Andernfalls läuft er Gefahr, auf den Kosten der Dienstleistungen sitzenzubleiben. Zudem bedarf es einer Trennung zwischen den einzelnen Dienstleistungen, d.h. dem Abschleppvorgang und der späteren Reparatur. Das Fehlerpotenzial ist für den Kfz-Betrieb unverhältnismäßig hoch.

Abwandlung des Beispiels:

Der Verbraucher bittet um Pannenhilfe. Ein Mitarbeiter fährt zu dem Kunden. Nach ersten Reparaturversuchen stellt sich heraus, dass das Fahrzeug abgeschleppt werden muss.

Zunächst ist vom Kfz-Betrieb zu prüfen, ob es sich um eine dringende Reparatur- oder Instandhaltungsarbeit gemäß § 312g Abs. 11 BGB handelt. Dies wird der Kfz-Betrieb am Telefon sicherlich nicht feststellen können. Vor Ort muss der Mitarbeiter den Kunden im Hinblick auf die Reparatur zunächst über sein Widerrufsrecht informieren, ihm die entsprechenden Unterlagen übergeben und ihm sodann gemäß Art. 246a Abs. 3

	<p>Nr. 1 EGBGB erklären, dass ihm das Widerrufsrecht im Falle des § 312g Abs. 2 Nr. 11 BGB nicht zusteht (bzw. nicht zustehen könnte; er weiß es ja noch nicht). Stellt sich nach erster Sichtung heraus, dass das Fahrzeug abgeschleppt werden muss, muss dem Kunden sodann erklärt werden, dass er nunmehr doch wieder ein Widerrufsrecht hat (Abschleppvorgang + spätere Reparatur).</p> <p>Da er zu diesem Zeitpunkt noch nicht weiß, wie hoch die Reparaturkosten sein werden, helfen ihm die erleichterten Informationspflichten gemäß Art. 246a § 2 EGBGB nicht weiter.</p> <p>Fehler sind auch hier vorprogrammiert, die im Ergebnis dazu führen, dass der Betrieb eine Dienstleistung erbringt und die entstandenen Kosten mangels ordnungsgemäßer Belehrung nicht ersetzt verlangen kann (§ 361 Abs. 1 BGB).</p> <p>Viele Kfz-Betriebe in Deutschland (insbesondere in grenznahen Gebieten) verkaufen Fahrzeuge an Verbraucher aus dem europäischen Ausland. In der Praxis bestehen oftmals Unsicherheiten, ob dem ausländischen Verbraucher die gesetzlichen Informationen in deutscher Sprache übergeben werden können.</p>
§ 356 Abs. 3 S. 1 BGB	<p>Kann eine Widerrufsbelehrung „nachgeschoben“ werden, wenn sie versehentlich nicht erfolgt ist?</p> <p>In der Richtlinie, Art. 10 Abs. 2 heißt es hierzu: <i>„Hat der Unternehmer dem Verbraucher die in Artikel 1 genannten Informationen binnen 12 Monaten ab dem in Artikel 9 Absatz 2 genannten Tag erteilt, so endet die Widerrufsfrist 14 Tage nach dem Tag, an dem der Verbraucher diese Informationen erhalten hat.“</i></p> <p>Wie hat in einem solchen Fall die Belehrung zum Fristbeginn zu erfolgen? Der Gestaltungshinweis 1. a) der Musterwiderrufsbelehrung, Anlage 1 zu Art. 246 a § 1 Abs. 2 S. 2 gibt den zutreffenden Fristbeginn nicht wieder und andere zutreffende Gestaltungshinweis-Muster gibt es nicht. Erforderlich wäre ein Muster, in dem es heißt <i>„...des Vertragsschlusses, aber nicht bevor der Unternehmer den Verbraucher entsprechend den Anforderungen [...] unterrichtet hat“</i>. Für die nachgeschobene Widerrufsbelehrung gibt es derzeit kein (gesetzl.) Muster.</p> <p>Wenn ein Nachschieben der Widerrufsbelehrung entsprechend Art. 10 Abs. 2 der RL möglich ist, wie ist im Fall eines Widerrufs mit Leistungen, die der Unternehmer bereits erbracht hat, umzugehen? Kann der Unternehmer hierfür Wertersatz nach § 357 Abs. 8 BGB beanspruchen?</p>
§ 356 Abs. 4 BGB	<p>"Das Widerrufsrecht erlischt bei einem Vertrag zur Erbringung von Dienstleistungen auch dann, wenn der Unternehmer die Dienstleistung vollständig erbracht hat und mit der Ausführung</p>

der Dienstleistung erst begonnen hat, nachdem der Verbraucher dazu seine ausdrückliche Zustimmung gegeben hat und gleichzeitig seine Kenntnis davon bestätigt hat, dass er sein Widerrufsrecht bei vollständiger Vertragserfüllung durch den Unternehmer verliert."

Beispiel:

Der Unternehmer ist von der Erklärung und damit von der Mitwirkung des Verbrauchers abhängig. In der Praxis hat sich bereits gezeigt, dass Verbraucher den erforderlichen Beitrag nicht leisten:

Ein Verbraucher bringt abends sein Kfz zur Werkstatt und hinterlegt den Schlüssel im Nachtbriefkasten, damit der Handwerker am darauffolgenden Tag die Reparatur vornehmen und der Verbraucher den Wagen abends abholen kann. All dies wird zuvor telefonisch vereinbart. Der Kfz-Betrieb sendet dem Verbraucher die Informationspflichten und Belehrungen per E-Mail zu und bittet um Bestätigung, dass die Dienstleistung vor Ablauf der Widerrufsfrist aufgenommen werden darf. Selbst auf Nachfrage erhält der Betrieb allerdings keine Bestätigung. Nun hat der Handwerker die Wahl, die Reparatur unter Risiko des nachträglichen Widerrufs (ohne Anspruch auf Wertersatz!) vorzunehmen oder die Reparatur zu verweigern und sich dem Risiko auszusetzen, dass der Verbraucher verärgert und die längste Zeit Kunde des Betriebs war.

Abwandlung zum vorgenannten Beispiel:

Annahme: Vertragsschluss erfolgt nicht bereits am Telefon, sondern erst mit Einwurf des Schlüssels in den Nachtbriefkasten. Unter der jetzigen Gesetzeslage müssten zusätzlich zu den AGB und dem Auftragsformular die Widerrufsbelehrung, das Muster-Widerrufsformular und das Aufforderungsschreiben des Kunden im Sinne von § 356 Abs. 4 BGB in die Auftragstaschen gesteckt werden. Zur eigenen Absicherung des Kfz-Betriebs müsste es ein weiteres Formular beifügen, auf dem der Kunde den Erhalt der Unterlagen bestätigt. Zugleich muss der Kunde auf einem weiteren Formular die Aufforderung gemäß § 356 Abs. 4 BGB zur Durchführung der von ihm gewünschten Arbeitsleistung/Reparatur/Inspektion erklären.

Der administrative Aufwand und die rechtlichen Nachteile, die der Kfz-Betrieb erleiden kann, wenn er die Informationspflichten nicht erfüllt, stehen völlig außer Verhältnis zum intendierten gesetzlichen Verbraucherschutz.

Reicht es für die Belehrung über das vorzeitige Erlöschen des Widerrufsrechts aus, wenn der Unternehmer in seiner Widerrufsbelehrung folgende vorformulierte Ankreuzoption aufgenommen hat: „  *Der Auftraggeber verlangt, dass vor Ablauf der 14-tägigen Widerrufsfrist mit der Ausführung der Leistung durch den Auftragnehmer begonnen wird und bestätigt, dass er bei vollständiger Fertigstellung der Bauleistung innerhalb*

	<p><i>der Widerrufsfrist sein Widerrufsrecht verliert.“</i></p> <p>Der Verbraucher muss diese Option – wenn gewünscht – aktiv ankreuzen. Oder liegt in einer solchen Fallkonstellation eine nach § 309 Nr. 12 b BGB unzulässige AGB vor?</p> <p><i>(Anm: In den Leitlinien der EU-Kommission heißt es hierzu: "...the terms 'express request/consent' in this context should be interpreted as implying a positive action by the consumer, such as ticking a box on the website. The use of a pre-ticked box or of a clause in the general terms and conditions for this purpose is not likely to satisfy these requirements. The consumer's request/consent and acknowledgement can be expressed in one go.")</i></p>
<p>§ 357 Abs. 1 BGB</p>	<p>Kann der Verbraucher im Falle eines Widerrufs der Bauleistung, welche nicht in Natur zurückgewährt werden kann, sogar den Rückbau der erbrachten Teilleistung und die Wiederherstellung in den ursprünglichen Zustand vom Unternehmer verlangen?</p>
<p>§ 357 Abs. 8 BGB</p>	<p>Angesichts der Fehleranfälligkeit von Widerrufsbelehrungen (s.o. Ausführungen zu § 356 Abs. 3 S. 1 BGB) steht die Anknüpfung des Anspruchs auf Wertersatz bei Dienstleistungen an die formale Richtigkeit der Widerrufsbelehrung außer Verhältnis. Die Rechtsfolge eines Formfehlers (Ausschluss von Wertersatz) kann bei kostenintensiven Werkleistungen bis hin zur Existenzgefährdung führen und ist unter Berücksichtigung des Grundrechtsschutzes des Unternehmers einem gesetzlichen Korrektiv zu unterstellen.</p> <p>Eine solche Rechtsfolge begünstigt insbesondere den unredlichen Verbraucher, der einen Wissensvorsprung dergestalt dem Unternehmer gegenüber hat, dass er von seinem Widerrufsrecht Kenntnis hat und dieses bei einer unterlassenen oder fehlerhaften Widerrufsbelehrung bewusst erst dann ausübt, wenn die gesamte Werkleistung ordnungsgemäß erbracht ist. In einem solchen Fall kann der Unternehmer keinen Wertersatz vom Verbraucher verlangen, obwohl dieser das Verschulden des Unternehmers bewusst und unsittlich ausgenutzt hat und eigentlich nicht schützenswert ist.</p> <p>Im Gegensatz zum Kaufvertrag ist bei Dienst- bzw. Werkverträgen in der Regel eine Herausgabe der Dienst- bzw. Werkleistung durch den Verbraucher unmöglich, so dass der Unternehmer im Falle des Widerrufs immer auf einen Wertersatz angewiesen ist. Steht dem Unternehmer ein Wertersatzanspruch jedoch nur in den Fällen zu, in denen er den Verbraucher ordnungsgemäß über das Widerrufsrecht sowie den Wertersatz belehrt hat, würde dies eine deutliche Schlechterstellung im Vergleich zum Verkäufer darstellen. Beim Widerruf eines Kaufvertrages erhält der Verkäufer die gelieferte Ware unabhängig von jeglicher Belehrung in jedem Fall zurück. Die</p>

	<p>Belehrung zum Wertersatz hat hier nur Auswirkungen bei einem etwaigen Wertverlust der Ware. Eine derartige Schlechterstellung des Dienst- bzw. Werkunternehmers im Vergleich zum Verkäufer ist weder sachgerecht noch akzeptabel.</p> <p>Hierbei ist erschwerend zu berücksichtigen, dass § 361 Abs. 1 BGB weitergehende Ansprüche gegen den Verbraucher, z.B. aus § 812 BGB, explizit ausschließt.</p>
<p>§ 361 Abs. 3 BGB</p>	<p>Art. 11 Abs. 4 der RL lautet: „Die Beweislast für die Ausübung des Widerrufsrechts nach diesem Artikel obliegt dem Verbraucher.“ Ausweislich Erwägungsgrund 44 der RL obliegt dem Verbraucher auch die Beweislast, dass der Widerruf innerhalb der in der Richtlinie festgelegten Fristen erfolgt ist.</p> <p>Inwieweit trifft den Unternehmer die Beweislast, wenn der Beginn der Widerrufsfrist streitig ist? Muss der Unternehmer lediglich den Zeitpunkt des Vertragsschlusses beweisen, der bei Dienst- und Werkverträgen für den Beginn der Widerrufsfrist maßgeblich ist?</p> <p>Wer hat hiernach im Streitfall die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Widerrufsrechts zu beweisen?</p>
<p>Art. 246, Art. 246a § 1 EGBGB</p>	<p>Die umfassenden Informationspflichten sind dem Verbraucher zu erteilen, bevor dieser seine Willenserklärung zum Vertragsschluss abgibt. Diese Verpflichtung ist in der Praxis unter Zugrundelegung realistischer Umstände häufig nicht möglich.</p> <p><u>Beispiel (Nachtragssituation):</u></p> <p>Wie ist mit Nachträgen (zum ursprünglichen Hauptauftrag), die „auf der Baustelle“ beim Verbraucher beauftragt werden, umzugehen? Muss hierbei über das Widerrufsrecht belehrt werden oder greifen die Vorschriften hier nicht, da lediglich der Hauptauftrag ergänzt/geändert wird? Muss ggf. ein Hinweis/Verweis auf den Hauptvertrag erfolgen, wenn dieser im „stationären Handel“ abgeschlossen wurde („...unter den Bedingungen des Hauptvertrages“)? Oder ist ein Nachtrag alternativ als eigenständiger Vertrag i. S. d. BGB anzusehen, mit der Konsequenz, dass auf der Baustelle beauftragte Nachträge ein Widerrufsrecht des Verbrauchers gemäß § 312g Abs. 1 BGB auslösen können? Das hätte zur Folge, dass der Unternehmer bei jedem Nachtrag, der auf der Baustelle oder sonst außerhalb seiner Geschäftsräume beauftragt wird, den Verbraucher erneut informieren müsste, insbesondere über sein Widerrufsrecht. Für jeden Nachtrag würde zudem eine gesonderte Widerrufsfrist laufen.</p> <p>Zudem werden Verbraucher infolge der Aushändigung von einer derart hohen Anzahl an Informationen in ihrer Entscheidung zum Vertragsschluss verunsichert, da die Warnfunktion der Informationen bei wirtschaftlich unbedeutenden Instand-</p>

	<p>haltungsmaßnahmen oder Ausbesserungsarbeiten unverhältnismäßig ist und führt insbesondere bei Aushändigung im Nachgang zu Misstrauen gegenüber dem Handwerker.</p>
<p>Art. 246a § 2 EGBGB</p>	<p>Die Erleichterungen der Informationspflichten stellen in der Regel für die Praxis keine Lösung dar, da diese Option eine sofortige Leistungserfüllung und damit eine Barzahlung voraussetzt. Dies ist jedoch in der Praxis und insbesondere bei Nachtragsverträgen unüblich.</p>
<p>Anlage 1 Zu Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 2 EGBGB</p>	<p>Das Muster-Widerrufsformular hat sich in der jetzigen Form bereits nach kurzer Zeit als praxisfern erwiesen.</p> <p><b>1.</b> Es ist einem juristischen Laien bereits grundsätzlich nicht zuzumuten, unterschiedliche Widerrufsbelehrungen in Abhängigkeit der jeweiligen Vertragsart zu verwenden. Eine pauschale Widerrufsbelehrung unter Einbeziehung aller oder mehrerer Textbausteine des Gestaltungshinweises 1 der gesetzlichen Muster-Widerrufsbelehrung muss daher zwingend ermöglicht werden.</p> <p>Zum Hintergrund: Gestaltungshinweis 1 des Musters sieht derzeit vor, dass der Anwender nur einen der aufgeführten Textbausteine verwenden darf. Es muss daher zunächst nach der Vertragsart unterschieden werden, z.B. Werkvertrag oder Kaufvertrag, um den korrekten Fristbeginn festlegen zu können. Bei Vorliegen eines Kaufvertrags ist sodann nach der Anzahl der Waren bzw. nach der Belieferung zu unterscheiden (Gestaltungshinweise 1b-1e). Wenn, wie häufig, die genaue Liefervariante (Einmal- oder Mehrfachlieferung) im Voraus nicht bekannt ist, ist dem Verbraucher gemäß Leitfaden der GD Justiz (Seite 49) mitzuteilen, dass die Widerrufsfrist 14 Tage nach dem Tag abläuft, an dem der Verbraucher oder ein vom Verbraucher genannter Dritter, der nicht der Beförderer ist, in den physischen Besitz der letzten Ware oder Partie der Bestellung gelangt. Offensichtlich handelt es sich hierbei um eine fehlerhafte Übersetzung, da in der Verbraucherrechterichtlinie bzw. in der Muster-Widerrufsbelehrung weder von einem „physischen Besitz“ noch von „Partie“ die Rede ist. Insoweit bedarf es, sofern nicht bereits grundsätzlich ermöglicht wird, dass die Textbausteine des Gestaltungshinweises 1 kumulativ in der Widerrufsbelehrung verwendet werden können (pauschale Widerrufsbelehrung), einer redaktionellen Klarstellung, welcher konkrete Textbaustein des Gestaltungshinweises 1 in dem o.g. Fall Anwendung findet.</p> <p><b>2.</b> Gestaltungshinweis 4 beschreibt den Fall, dass der Anwender des Musters im Falle des Widerrufs die Ware nicht beim Verbraucher abholt. Die eigentliche Aussage, ob er die Waren abholt oder nicht, wird allerdings erst unter Gestaltungshinweis</p>

5 getroffen.

### **3. Gestaltungshinweis 5c) Wertersatz**

Ausweislich dieser Regelung und den weiteren Erläuterungen im Leitfaden der GD Justiz ist für die Frage der Wertersatzpflicht u.a. entscheidend, ob der Verbraucher mit der Ware nur so umgegangen ist und sie nur so in Augenschein genommen hat, wie er das in einem Geschäft hätte tun dürfen. Dies entspricht der EuGH Rechtsprechung im Fall Messner.

Erschwert wird diese Abgrenzung in der Praxis jedoch durch das sogenannte Wasserbetten-Urteil des BGH (Urteil vom 03.11.2010, Az. VIII ZR 337/09). Darin hat der BGH festgestellt, dass das Recht auf Prüfung der Sache/Ware neben dem Auspacken und Anschauen der Sache auch das Recht zum Ausprobieren umfasst. Zur Prüfung der Ware kann somit, je nach den allgemeinen Gepflogenheiten- auch eine bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme gehören (vgl. Palandt, 72. Auflage, § 312 e Rdnr. 3).

#### Beispiel:

Ein Verbraucher erwirbt via Fernabsatz ein Kfz zu einem Kaufpreis von 60.000 Euro bei einem Kfz-Betrieb. Das Fahrzeug wird an den Kunden ausgeliefert. Der Kunde lässt das Fahrzeug zu und fährt einige hundert Kilometer. Innerhalb der Widerrufsfrist –die Belehrung ist ordnungsgemäß erfolgt- tritt er vom Kaufvertrag zurück. Das Fahrzeug hat durch die Zulassung und die gefahrenen Kilometer einen erheblichen Wertverlust erlitten. Der Kfz-Betrieb kann das Fahrzeug nur noch mit einem entsprechenden Nachlass als Gebrauchtfahrzeug weiterverkaufen.

Derzeit ist immer noch unklar, ob die Zulassung und die Ingebrauchnahme eines Kraftfahrzeugs vom Prüfungsrecht des Verbrauchers umfasst sind. Für den Kfz-Betrieb ist diese Entscheidung jedoch von ganz erheblicher finanzieller Tragweite.

Unstreitig dürfte sein, dass ein Verbraucher beim Kauf eines Neuwagens diesen nicht vorab Probefahren und im Straßenverkehr ausprobieren kann. Der Kfz-Betrieb wird ihm stattdessen die Möglichkeit einräumen, einen Vorführwagen zu testen. Überträgt man jedoch die Wasserbetten Entscheidung des BGH auf diesen Fall, könnte man davon ausgehen, dass die Prüfung eines Fahrzeugs im Allgemeinen nur dann möglich ist, wenn man mit dem Fahrzeug fährt. Wo sodann die Grenze der Wertersatzpflicht sein soll (z.B. Kilometergrenze) ist völlig offen.

Bei Waren, die bestimmungsgemäß zum Einbau verwendet werden, wie z.B. Kfz-Ersatzteile, bedarf es einer Klarstellung, dass diese nicht zu Prüfzwecken eingebaut werden dürfen. Dies würde deutlich über ein Testen und Ausprobieren der Ware hinausgehen, so wie es in einem Ladengeschäft möglich

	ist.
Anlagen zu Art. 246a § 1 EGBGB	Die Widerrufsbelehrung folgt einem Baukastenprinzip. Die Verknüpfung einzelner Bausteine führt teilweise zu sprachlichen bzw. inhaltlichen Unklarheiten, wodurch der gesetzliche Rahmen (sei es nur durch wenige Wörter) verlassen werden muss. Inwiefern garantiert der Gesetzgeber dafür, dass die Widerrufsbelehrung auch in diesen Fällen abmahnsicher ist?