

Aufsatz ZR

Dr. Christoph Wendelstein und Georg Zander

Das neue Verbraucherrecht nach der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie

DOI 10.1515/jura-2014-0139

Am 20. September 2013 wurde das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie verkündet. Dieses trat am 13. Juni 2014 in Kraft. Dabei handelt es sich um die größte Reform des Verbraucherrechts seit der Schuldrechtsreform. Ziel dieses Beitrags ist die didaktische Aufbereitung der praxis- und damit auch klausurrelevantesten Folgen der Umsetzung.

Fälle:

Fall 1: Verbraucher V und Unternehmer U verhandeln in einem Park über einen Vertragsschluss. Der eigentliche Vertragsschluss erfolgt eine Woche später per E-Mail.

Fall 2: Unternehmer U spricht den Verbraucher V auf offener Straße an. Die eigentlichen Vertragsverhandlungen, das eigentliche Angebot und der Vertragsschluss erfolgen hingegen wie in dem Geschäftsmodell vorgesehen in unmittelbarem Anschluss per Fernkommunikationsmittel.
Fernabsatzvertrag oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag?

Fall 3: Student S lädt sich im App-Store zum Preis von 4,99 Euro die App »JURA für Examenkandidaten« des Repetitoriums R herunter. Eine Belehrung über ein etwaiges Widerrufsrecht oder sonstige Informationen erhält S nicht. Nach zwei Tagen muss er feststellen, dass die App seinen Erwartungen nicht annähernd entspricht. Kann S den Kauf rückgängig machen?
Variante: Sachverhalt wie zuvor, die App ist jedoch kostenlos. S muss lediglich Angaben zu seiner Person und seinem Studienverlauf machen sowie darin einwilligen, dass diese Daten auch an Dritte weitergegeben werden dürfen.

Christoph Wendelstein: Der Autor ist Akad. Rat a.Z. und Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privat- und Verfahrensrecht und Kreditvergleich von Prof. Dr. Michael Stürner, M. Juv. (Oxford) an der Universität Konstanz.

Georg Zander: Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für deutsches und Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht (Prof. Dr. Glöckner) an der Universität Konstanz

A. Einführung

Mit der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher (kurz: VRRL) werden die bisherigen Richtlinien über Haustürgeschäfte (RL 85/577/EWG) und Fernabsatzgeschäfte (RL 97/7/EG) zusammengeführt und überarbeitet. Ziel der VRRL ist es, durch eine Angleichung des Rechts der Mitgliedstaaten zu einem ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarktes und zu einem hohen Verbraucherschutzniveau beizutragen¹. Die Richtlinie geht gemäß ihrem Art. 4 – und darin liegt eine erstmalige Besonderheit – vom Grundsatz der Vollharmonisierung aus. Danach ist es den Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht erlaubt, strengere oder weniger strenge Verbraucherschutzzvorschriften vorzusehen. Lediglich in wenigen Bereichen wird den Mitgliedstaaten durch einzelne Vorschriften die Möglichkeit gegeben ein höheres Verbraucherschutzniveau vorzusehen (Grundsatz der Mindestharmonisierung)². Gemäß Art. 28 Abs. 1 S. 1 VRRL hatte Deutschland bis zum 13. Dezember 2013 Zeit, die Richtlinie in innerstaatliches Recht umzusetzen, um dieses – wie es Art. 28 Abs. 1 S. 3 VRRL vorsieht – ab dem 13. Juni 2014 anwenden zu können. Dieser Verpflichtung ist Deutschland mit dem Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung nachgekommen³. Hinsichtlich des Regelungsinhalts finden sich in der VRRL und damit auch in den deutschen Umsetzungsvorschriften gewisse Innovationen: Besonders hervorzuheben sind insoweit die Informationspflichten des Unternehmers im Rahmen allgemeiner Verbraucherverträge, ferner ein gewisser Rechtsrahmen für Verträge über digitale Inhalte sowie eine Reihe von Neuerungen im Bereich des Online-Vertragsschlusses zum Schutz der Verbraucher.

¹ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 4 VRRL.

² Vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 2 Satz 3 Hs. 2 VRRL.

³ BGBl. 2013, I S. 3642.

B. Änderungen in der Regelungssystematik

Die teilweise notwendigen Neuregelungen wurden innerhalb des BGB getroffen, wobei die Kodifikation der Informationspflichten überwiegend in das EGBGB (insbesondere Art. 246 und 246a EGBGB n.F.) ausgelagert wurde. Entsprechend dem Regelungszweck der Verbraucherrechtlinie war insbesondere eine Neuordnung und Neufassung der §§ 312ff. BGB notwendig.

Das 1. Kapitel bilden die §§ 312 und 312a BGB n.F., in denen der Anwendungsbereich und die allgemeinen Pflichten sowie Grundsätze bei allgemeinen Verbraucherverträgen geregelt werden. Allgemeine Verbraucherverträge sind Verträge zwischen einem Verbraucher und Unternehmer, die weder im Fernabsatz noch außerhalb eines Geschäftsraums geschlossen werden. Im Wesentlichen sind damit also die klassischen Ladengeschäfte, teilweise auch als stationäre Geschäfte bezeichnet, gemeint. Für diese Geschäfte wird durch § 312a Abs. 1 BGB n.F. i. V. m. Art. 246 EGBGB n.F. ein Kernbestand an vorvertraglichen Informationspflichten eingeführt.

Dem 2. Kapitel unterstehen die §§ 312b-312k BGB n.F. Diese Vorschriften enthalten Regelungen für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge, die rechtlich weitestgehend gleich behandelt werden. So bestehen etwa in beiden Fällen nach § 312d Abs. 1 BGB n.F. i. V. m. Art. 246a EGBGB n.F. Informationspflichten, die über diejenigen im Rahmen der allgemeinen Verbraucherverträge nach § 312a Abs. 1 BGB n.F. i. V. m. Art. 246 EGBGB n.F. weit hinausgehen. Unterschiede bestehen insoweit aber bezüglich der Form der Informationserteilung (Art. 246a § 4 Abs. 2 EGBGB n.F. einerseits und Abs. 3 andererseits). Auch im Bereich des Widerrufsrechts wird nicht zwischen Fernabsatzverträgen und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen differenziert. So normiert § 312g Abs. 1 BGB n.F. für beide Vertriebsformen ein gesetzliches Widerrufsrecht.

Die Folgen eines Widerrufs wurden nunmehr von den Rücktrittsrechtsfolgen getrennt: Der bisher in § 357 Abs. 1 BGB a.F. geregelte Rechtsfolgenverweis auf die §§ 346ff. BGB a.F. wurde gestrichen und die Rechtsfolgen des Widerrufs abschließend in den §§ 357ff. BGB n.F. geregelt.

Wie bei verbrauchererschützenden Vorschriften typisch, sind die Vorschriften der §§ 312ff. BGB n.F. national zwingendes Recht. Das bisher in § 312i BGB a.F. geregelte Umgehungsverbot hat in § 312k Abs. 1 BGB n.F. einen neuen Standort bekommen.

C. Anwendungsbereich der Vorschriften über Verbraucherverträge und besondere Vertriebsformen

I. Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich der §§ 312ff. BGB n.F. setzt zunächst einen Verbrauchervertrag i. S. v. § 312 Abs. 1 BGB n.F. i. V. m. § 310 Abs. 3 BGB voraus. Ein solcher liegt nach der Legaldefinition des § 310 Abs. 3 BGB vor, sofern ein Unternehmer i. S. v. § 14 BGB und ein Verbraucher i. S. v. § 13 BGB n.F. einen Vertrag schließen. Lediglich klarstellende Funktion gegenüber der bisherigen Rechtslage besitzt die Änderung des § 13 BGB n.F. im Hinblick auf sog. dual-use Verträge, also solche Verträge, die sowohl zu privaten als auch zu beruflichen Zwecken geschlossen wurden. Ob der persönliche Anwendungsbereich eröffnet ist, entscheidet entsprechend des Erwägungsgrunds 17 S. 2 zur VRRL eine Schwerpunkt Betrachtung: Entscheidend ist, ob der konkrete Vertrag überwiegend zu gewerblichen oder zu privaten Zwecken geschlossen wurde⁴. Bestellt etwa eine Designerin eine Lampe in ihr Loft, welches gleichermaßen als Wohnung und Atelier dient, ist zukünftig die Frage zu beantworten, ob die Lampe den Raum überwiegend zu privaten oder überwiegend zu geschäftlichen Zwecken beleuchten soll.

II. Sachlicher Anwendungsbereich

1. Positiver Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich des Schutzes des Verbrauchers setzt gemäß § 312 Abs. 1 S. 1 BGB n.F. die Entgeltlichkeit des Verbrauchervertrages voraus. Dies stellt insofern eine Modifikation des Anwendungsbereichs dar, als bisher nur im Rahmen von Haustürgeschäften das Tatbestandsmerkmal der »entgeltlichen Leistung« (§ 312

⁴ So auch OLG Celle, Urt. v. 11. 08. 2004 – 7 U 17/04, NJW-RR 2004, 1645, 1646; anders verfährt der EuGH, Urt. v. 20. 01. 2005, Rs. C 464/01 (Gruber), IPRax 2005, 537, 537 entgegen der ganz h.M. in der Literatur im Rahmen des europäischen Zuständigkeitsrechts. Nach seiner Auffassung ist die Berufung auf den Verbrauchergerichtsstand nach Art. 15f. EuGVVO ausgeschlossen, »es sei denn, der beruflich-gewerbliche Zweck ist derart nebensächlich, dass er im Gesamtzusammenhang des betroffenen Geschäftes nur eine ganz untergeordnete Rolle spielt, wobei die Tatsache, dass der nicht beruflich-gewerbliche Zweck überwiegt, ohne Bedeutung ist«.

Abs. 1 S. 1 BGB a.F.) vorausgesetzt wurde. Die Neuerung ist insoweit problematisch, als die VRRL an sich keine Beschränkung auf entgeltliche, pekuniäre Verträge vorsieht. Vielmehr soll die VRRL gemäß deren Art. 3 Abs. 1 grundsätzlich für alle Verbraucherverträge gelten. Die pekuniäre Vergütung kommt lediglich in Art. 2 Nr. 5 und 6 VRRL zum Ausdruck. Es gilt daher, das Tatbestandsmerkmal der »entgeltlichen Leistung« des § 312 Abs. 1 S. 1 BGB richtlinienkonform auszulegen. Es muss daher wohl ausreichen, wenn der Verbraucher durch den Vertrag eine irgendwie geartete Gegenleistungspflicht übernimmt. Diese muss nicht unbedingt pekuniärer Natur sein, sondern kann etwa auch in der Leistung einer Sicherheit bestehen⁵. Ob es für die Bejahung einer Entgeltlichkeit darüber hinaus genügt, dass der Verbraucher im Gegenzug für die jeweilige Verpflichtung des Unternehmers personenbezogene Daten weitergibt oder in die Speicherung, Nutzung oder Weitergabe solcher Daten einwilligt, wie dies etwa im Bereich von social networks oder App-Käufen der Fall ist, ist zweifelhaft. Jedenfalls kann den Gesetzgebungsmaterialien entgegen einiger Literaturstimmen⁶ kein dahingehender Wille des Gesetzgebers entnommen werden: Zwar wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens durch die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen die Auffassung vertreten, dass eine Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs auf entgeltliche Verträge zum einen gegen die VRRL verstoße und zum anderen auch sachlich nicht überzeuge, da die Preisgabe von Daten gerade im Kontext sogenannter Apps eine Art Ersatzwährung darstelle⁷. Ein auf entsprechende Änderung des Umsetzungsgesetzes gerichteter Antrag auf Annahme einer Entschließung wurde jedoch abgelehnt⁸. Auch die darauf folgenden Erläuterungen des Rechtsausschusses enthalten keine Ausführungen, die auf einen dahingehenden Willen des Gesetzgebers deuten.

Ob vor diesem Hintergrund in der Variante von *Fall 3* davon ausgegangen werden kann, dass der sachliche Anwendungsbereich der § 312ff. BGB n.F. eröffnet ist, erscheint zweifelhaft. Infolge einer richtlinienkonformen Auslegung wird man hiervon aber wohl dennoch ausgehen müssen.

2. Partielle Bereichsausnahmen

§ 312 Abs. 2 Nr. 1–13 BGB n.F. enthält eine enumerative Aufzählung von Bereichsausnahmen, bei denen lediglich die allgemeinen Pflichten bei Verbraucherverträgen gem. § 312a Abs. 1, 3, 4 u. 6 BGB n.F. gelten, selbst wenn der jeweilige Vertrag als außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag oder als Fernabsatzvertrag zu qualifizieren ist. Neben deutlich reduzierten Anforderungen an den Umfang der Informationsverpflichtung des Unternehmers wird dem Verbraucher bei Vorliegen einer dieser Bereichsausnahmen insbesondere auch kein Widerrufsrecht eingeräumt.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei der (Neu-) Kodifikation ganz überwiegend an die in Art. 3 Abs. 3 VRRL genannten Bereiche gehalten, obwohl eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der §§ 312ff. BGB n.F. auf weitere Vertragstypen zulässig gewesen wäre⁹. Daher ist auch die Einbeziehung des Wohnraummietvertrages durch § 312 Abs. 4 BGB in den sachlichen Anwendungsbereich der §§ 312ff. BGB n.F. zulässig, obwohl diese Verträge nach Art. 3 Abs. 3 lit. f VRRL ausdrücklich nicht in den sachlichen Anwendungsbereich der VRRL fallen¹⁰.

Von besonderer Praxisrelevanz dürfte zunächst die Bereichsausnahme des § 312 Abs. 2 Nr. 1 BGB n.F., welche Art. 3 Abs. 3 lit. i VRRL umsetzt, sein. Danach treten bei den in § 312 Abs. 1 Nr. 1 lit. a und b BGB n.F. näher bezeichneten Verträgen an die Stelle der privatrechtlichen Informationspflichten (§ 312a und 312d BGB n.F.) und des privatrechtlichen Widerrufsrecht grundsätzlich die in § 17 BeurkG genannten öffentlich-rechtlichen Aufklärungs- und Beratungspflichten des Notars. Zwar sind diese weder methodisch noch inhaltlich mit den privatrechtlichen Informationspflichten identisch, der Gesetzgeber scheint aber davon auszugehen, dass sie grundsätzlich gleichwertig sind. Dafür spricht sicherlich, dass der Notar nach § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 S. 2 BeurkG dem Verbraucher bei Verbraucherverträgen eine zweiwöchige Bedenkzeit einräumen soll. Diese dürfte in ihren Wirkungen der durch ein Widerrufsrecht intendierten »cooling off period« sehr ähnlich sein. Andererseits darf aber nicht übersehen werden, dass die Nichteinhaltung der Zweiwochenfrist des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 S. 2 BeurkG nach h.M. keine Beurkundungssperre nach sich zieht¹¹. Darüber hi-

⁵ Grüneberg, in: Palandt, BGB, 73. Auflage 2014, § 312 BGB nF Rn. 3.

⁶ Brönneke/Schmidt, VuR 2013, 3, 3.

⁷ Vgl. dazu BT-Drucks. 17/13951, 58f.

⁸ Vgl. dazu BT-Drucks. 17/13951, 61.

⁹ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 13 VRRL; sowie EuGH, Urt. v. 12.7.12, Rs. C-602/10 (Volksbank România), WM 2012, 2049, Rz. 40 zur ebenfalls vollharmonisierenden VerbrKrRL 2008; Unger, ZEuP 2012, 270, 275.

¹⁰ Stürmer, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 9. Auflage 2014, § 312 BGB Rn. 2.

¹¹ BGH NJW 2013, 1451, 1452.

naus hat sich in den sog. Schrottimmobilienfällen gezeigt, dass einige Notare (die sog. Mitternachtsnotare) gegen eine gewisse monetäre Entlohnung durchaus bereit sind, den an sich bestehenden Verbraucherschutz bewusst zu umgehen¹². Beurkundet daher ein Notar etwa einen Kaufvertrag über eine Wohnung, welcher als außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen zu qualifizieren ist, so steht dem Verbraucher zukünftig kein Widerrufsrecht zu.

Eine erhöhte Praxisrelevanz dürfte ferner der Bereichsausnahme des § 312 Abs. 2 Nr. 2 BGB n.F. zukommen. Danach sind auf Verträge über die Begründung, den Erwerb oder die Übertragung von Eigentum oder anderen Rechten an Grundstücken die §§ 312ff. BGB n.F. nicht anwendbar. Dass diese Verträge nach § 311b BGB im Grundsatz notariell zu beurkunden sind, ist mit Blick auf § 312 Abs. 2 Nr. 1 BGB n.F. unerheblich.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit § 312 Abs. 2 Nr. 12 BGB n.F. von der in Art. 3 Abs. 4 S. 1 VRRl eingeräumten Öffnungsklausel Gebrauch gemacht. Hiernach werden sofort zu vollziehende Kleingeschäfte im Rahmen eines außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrages vom sachlichen Anwendungsbereich ausgenommen. Voraussetzung für die Ausnahme ist, dass das vom Verbraucher zu zahlende Entgelt 40 Euro nicht übersteigt und die Leistungspflichten beider Parteien unmittelbar im Anschluss an den Vertragsschluss vollständig erfüllt werden sollen. Dies bedeutet, dass etwa ein Verbraucher, der auf einem belebten Platz oder einem Strand von einem Händler angesprochen wird und von diesem eine Sonnenbrille für 20 Euro erwirbt, kein Widerrufsrecht besitzt, obwohl es sich an sich um einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag handelt.

III. »Besondere« Vertriebsformen

1. Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag, § 312 b BGB n.F.

a) Schutzzweck und situativer Anwendungsbereich

Nach Auffassung des europäischen Gesetzgebers bestehen in Fällen, in denen der Verbraucher mit einem Unternehmer außerhalb von geschlossenen Geschäftsräumen kontrahiert, möglicherweise besondere Risiken für den Verbraucher. Insbesondere sei der Verbraucher in derartigen Situationen möglicherweise einer Überrumpelung oder ei-

ner anderweitigen unsachlichen Beeinflussung ausgesetzt¹³. Dies soll fortan – anders als noch im Rahmen der bisherigen Haustürgeschäfte nach Art. 1 Abs. 1 RL 85/577/EWG bzw. § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB – selbst dann gelten, wenn der Verbraucher den Besuch des Unternehmers herbeigeführt hat¹⁴. Lediglich das Widerrufsrecht entfällt in diesen Fällen innerhalb äußerst enger Grenzen nach Maßgabe des § 312g Abs. 2 Nr. 11 BGB n.F., welcher Art. 16 Abs. 1 lit. h VRRl umsetzt.

Im Übrigen wird der situative Anwendungsbereich des Verbraucherschutzes erheblich erweitert: Anstatt wie bisher bestimmte Örtlichkeiten bzw. Situationen (Haustür, Arbeitsplatz, Privatwohnung, Freizeitveranstaltungen, öffentliche Verkehrsmittel und -flächen) für Vertragsschlüsse zwischen Unternehmern und Verbrauchern als besonders gefahrträchtig zu erachten, reicht es nunmehr – aufgrund der Annahme einer lediglich *möglichen* unsachlichen Beeinflussung des Verbrauchers (!) – aus, dass der Vertrag außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers geschlossen wird. Eine Ausdehnung des situativen Anwendungsbereichs des Verbraucherschutzes kommt ferner darin zum Ausdruck, dass fortan selbst bei Verbraucherverträgen, die in einem Ladenlokal und damit im sogenannten stationären Betrieb geschlossen werden, nach Maßgabe des § 312a Abs. 2 BGB n.F. i. V. m. Art. 246 EGBGB n.F. bestimmte Informationspflichten des Unternehmers bestehen. Eine weitere Ausdehnung des Anwendungsbereichs besteht darüber hinaus darin, dass § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 BGB n.F. anders als noch § 312 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. keine Kausalität mehr zwischen besonderer Vertriebsituation und Abgabe der Willenserklärung des Verbrauchers verlangt.

b) Qualifikationsmerkmale eines außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrags

Welche Kriterien ein Verbrauchervertrag erfüllen muss, damit er als außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag zur qualifizieren ist, ist in § 312b Abs. 1 Nr. 1–4 BGB n.F. geregelt.

aa) § 312 b BGB Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F.

Nach § 312b BGB Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. ist ein Vertrag als außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen zu qualifizieren, wenn der Vertrag bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers an

¹² Vgl. LG Berlin, Urt. v. 13. 06. 2013 – (536) 4 Wi Js 2/08 (8/11); sowie Grziwotz, ZfIR 2009, 627.

¹³ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 21 S. 2 und Nr. 37 S. 3 VRRl.

¹⁴ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 21 S. 2 VRRl.

einem Ort geschlossen wird, der kein Geschäftsraum des Unternehmers ist. Damit kommt dem Tatbestandsmerkmal des Geschäftsraums fortan zentrale Bedeutung zu, da von dessen Verständnis insbesondere die Intensität der Informationspflichten sowie die potentielle Existenz eines Widerrufsrechts abhängt.

Nicht als Geschäftsraum des Unternehmers ist sicherlich die Privatwohnung des Verbrauchers sowie dessen Arbeitsplatz (wie bisher in § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 a.F.) anzusehen.

Im Detail bereitet die Definition des Begriffs des Geschäftsraums trotz dessen Legaldefinition in § 312b Abs. 2 S. 1 BGB n.F. und damit mittelbar diejenige des außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrags jedoch gewisse Schwierigkeiten: Nach der Definition sollen *unbewegliche* Gewerberäume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit dauerhaft ausübt, und *bewegliche* Gewerberäume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit für gewöhnlich ausübt als Geschäftsraum anzusehen sein. Somit ist bei den Anforderungen an das Merkmal des Geschäftsraums danach zu differenzieren, ob der Vertragsschluss in einem unbeweglichen oder beweglichen Gewerberaum erfolgt. Die Gesetzesbegründung will jedenfalls, unter streckenweise nahezu wörtlicher Übernahme der Erwägungsgründe 21 und 22 der VRRRL, Ladengeschäfte, Stände, Verkaufswagen, Verkaufsstätten und Markt-, Messe- und Ausstellungsstände, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit saisonal ausübt, als Geschäftsraum verstanden wissen¹⁵. Nicht zu den Geschäftsräumen sollen hingegen Straßen, Einkaufszentren, Strände, Sportanlagen sowie öffentliche Verkehrsmittel, die der Unternehmer ausnahmsweise für seine Geschäftstätigkeiten nutzt, gehören¹⁶. Da es sich nach § 312b Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. um einen Geschäftsraum *des* Unternehmers handeln muss, sind auch Verträge des Unternehmers, welche in Ladengeschäften anderer Unternehmer, in denen der Unternehmer Kunden anspricht bzw. hierzu lediglich einmalig oder sporadisch einen Stand aufstellt, als außerhalb von geschlossenen Geschäftsräumen geschlossene Verträge zu qualifizieren.

Kauft ein Verbraucher etwa am Abend in einem Restaurant, welches er mit seiner Ehefrau, Freundin oder Geliebten besucht, von einem Blumenhändler einen Strauß Rosen, so handelt es sich hierbei um einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag.

Letztlich muss für die Frage, ob es sich um einen Geschäftsraum i.S.v. § 312b Abs. 1 BGB n.F. handelt, der

Schutzzweck der Norm und eine darauf beruhende Abwägung der teilweise widerstreitenden Interessen von Verbraucher und Unternehmer maßgeblich sein. Stellt man hierauf ab, wird man jedenfalls in einem ersten Schritt danach differenzieren können, ob der Verbraucher mit dem Auftreten des Unternehmers rechnen musste oder ob eine Überrumpelungssituation für den Verbraucher vorliegt¹⁷.

bb) § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB n.F.

Durch § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB n.F. wird der Anwendungsbereich von § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB n.F. auf Verträge erweitert, bei denen der Verbraucher unter den dort genannten Umständen ein bindendes Vertragsangebot abgegeben hat. Maßgeblich ist die Überlegung, dass es für die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers keinen Unterschied machen soll, ob auch der Unternehmer seine Vertragserklärung außerhalb seiner Geschäftsräume abgegeben hat¹⁸.

cc) § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB n.F.

Als außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge sind nach § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB n.F. ferner solche Verträge zu qualifizieren, die zwar in den Geschäftsräumen des Unternehmers oder durch Fernkommunikationsmittel geschlossen werden, bei denen der Verbraucher jedoch *unmittelbar* zuvor außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers persönlich und individuell angesprochen wurde. § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB n.F. soll insbesondere das Ansprechen des Verbrauchers im öffentlichen Verkehrsraum vor dem Geschäft des Unternehmers erfassen, bei dem auch ein Flugblatt übergeben werden kann. Auch in diesen Situationen könne der Verbraucher unter Druck stehen oder einem Überraschungsmoment ausgesetzt sein¹⁹.

Nicht eingeschlossen sollen demgegenüber Fälle sein, in denen der Unternehmer zunächst in die Wohnung des Verbrauchers kommt, um ohne jede Verpflichtung des Verbrauchers lediglich Maße aufzunehmen oder eine Schätzung vorzunehmen, und der Vertrag erst zu einem späteren Zeitpunkt in den Geschäftsräumen des Unternehmers oder mittels Fernkommunikationsmittel auf der Grundlage der aufgenommenen Maße oder der Schätzung des Unterneh-

¹⁵ BT-Drucks. 17/12637, S. 49f.

¹⁶ BT-Drucks. 17/12637, S. 50; Erwägungsgrund Nr. 22 S. 3 VRRRL.

¹⁷ So auch *Grüneberg*, in: Palandt, (Fn. 5), § 312b BGB nF Rn. 2.

¹⁸ BT-Drucks. 17/12637, S. 49.

¹⁹ BT-Drucks. 17/12637, S. 49.

mers abgeschlossen wird. In diesen Fällen sei davon auszugehen, dass der Verbraucher genügend Zeit hatte, vor Vertragsschluss über einen Vertragsschluss nachzudenken²⁰. Eine ähnliche Regelung enthielt bislang § 312 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. In überschießender Umsetzung der RL 85/577/EWG²¹ wurde dort geregelt, dass es für die Annahme eines Haustürgeschäfts genügt, wenn der Verbraucher durch ein überraschendes Ansprechen in Verkehrsmitteln oder im Bereich öffentlich zugänglicher Verkehrsflächen »zum Vertragsschluss bestimmt worden ist«, selbst wenn der eigentliche Vertragsschluss in den Räumlichkeiten des Unternehmers erfolgte. Dies ermöglichte bislang die Auffassung, dass ein enger, zeitlicher oder räumlicher Zusammenhang zwischen Haustürsituation und Vertragsschluss nicht erforderlich ist, solange nur die Kausalität nicht unterbrochen ist. So war etwa der BGH bislang der Ansicht, dass selbst bei einem Abstand von drei Wochen zwischen Haustürsituation und Vertragsschluss theoretisch noch ein Haustürgeschäft vorliegen kann²². In solchen und vergleichbaren Situationen wird man zukünftig aufgrund des nunmehr deutlich engeren Wortlauts »unmittelbar« wohl nicht von einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag ausgehen können²³.

Darüber hinaus wurde die bislang in § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB a.F. enthaltene Regelung, dass ein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag ausscheidet, wenn die Initiative zum Vertragsschluss außerhalb von Geschäftsräumen des Unternehmers vom Verbraucher ausging, gestrichen. Somit fallen nunmehr bestimmte Streitigkeiten²⁴, die bislang im Zusammenhang mit von Unternehmern provozierten Bestellungen auftraten, weg. Folge dieser Streichung ist ferner, dass zukünftig Handwerkerverträge regelmäßig als außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge anzusehen sind. Allerdings genießen derartige Verträge gewisse Privilegierungen²⁵.

²⁰ Vgl. Erwägungsrund Nr. 21 VRRL; BT-Drucks. 17/12637, S. 49.

²¹ Vgl. *Wiedmann*, in: Gebauer/Wiedmann, *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2. Auflage 2010, Kap. 7 Rn. 50.

²² BGH NJW-RR 2009, 1275, 1277.

²³ *Hilbig-Lugani*, ZJS 2013, 441, 448; vgl. auch Erwägungsrund Nr. 21 S. 5 VRRL.

²⁴ Vgl. *Thüsing*, in: Staudinger, 16. Auflage 2012, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 311, 311a, 312, 312a – i, § 312 BGB Rn. 162ff.

²⁵ Erleichterte Informationspflichten bei bestimmten Reparatur- und Instandsetzungsarbeiten nach Art. 246a § 2 EGBGB n.F.; Erlöschen des Widerrufsrechts nach § 356 Abs. 4 S. 1 BGB n.F.; Ausnahmen beim Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 2 S. 1 Nr. 11 BGB n.F. und detaillierte Wertersatzpflicht des Verbrauchers nach § 357 Abs. 8 BGB n.F.

dd) § 312 b Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB n.F.

Als außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge sind nach § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB n.F. ferner solche Verträge zu qualifizieren, die auf einem Ausflug geschlossen werden, der von dem Unternehmer oder mit dessen Hilfe organisiert wurde, um beim Verbraucher für den Verkauf von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu werben. Unter diese Nummer fallen insbesondere die sog. Kaffeefahrten.

Die Vorschrift soll ferner dann anwendbar sein, wenn der Ausflug zu einem Geschäftsraum des Unternehmers führt, in dem dann der konkrete Vertrag geschlossen wurde, und der Ausflug damit nicht dem Vertragsschluss sondern an sich nur der Vertragsanbahnung dient²⁶. Die gewählte Formulierung »mit seiner Hilfe« soll zum Ausdruck bringen, dass auch der Fall erfasst werden soll, dass ein anderer Unternehmer den Ausflug organisiert als der Unternehmer, der für seine Waren oder Dienstleistungen auf dem Ausflug wirbt und mit den Verbrauchern kontrahiert²⁷. Erfasst sind also beispielsweise auch Fahrten zu einer Weinprobe, die ein Busunternehmer anbietet, welcher einem anderen Unternehmer Gelegenheit zum Verkauf gibt.

2. Fernabsatzvertrag, § 312 c BGB n.F.

a) Schutzzweck

Während § 312b BGB n.F. den Verbraucher insbesondere vor einer möglichen Überrumpelung durch den Unternehmer schützen soll, wird der Schutz des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen mit anderen Gründen gerechtfertigt: Anders als bei einem Vertragsschluss im Ladengeschäft des Unternehmers hat der Verbraucher bei einem Distanzgeschäft keine Möglichkeit, vor Abschluss des Vertrags die Ware zu sehen oder die Eigenschaften der Dienstleistung und des Dienstleistenden im Einzelnen zur Kenntnis zu nehmen²⁸. Das Schutzbedürfnis des Verbrauchers soll sich aus dieser »Unsichtbarkeit« des Vertragspartners und dessen Produkte ergeben²⁹. Entsprechend dieser Sichtweise richten sich die Vorschriften über den Fernabsatzvertrag nicht gegen die Umstände des Vertragsabschlusses sondern gegen das Risiko des Verbrauchers die Ware oder

²⁶ BT-Drucks. 17/12637, S. 49.

²⁷ BT-Drucks. 17/12637, S. 49.

²⁸ Vgl. bereits Erwägungsrund Nr. 14 Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 20. 05. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. 1997 Nr. L 144/19.

²⁹ *Medicus/Petersen*, *Bürgerliches Recht*, 24. Aufl. 2013, Rn. 338.

Dienstleistung des Unternehmers nicht vorab auf ihre Qualität und Eigenschaften prüfen zu können³⁰. Die Behandlung dieses Risikos soll durch eine umfassende vorvertragliche Informationsverpflichtung des Unternehmers (dazu unten D) sowie über die Einräumung eines Widerrufsrechts des Verbrauchers (dazu unten E) erfolgen.

b) Qualifikationsmerkmale eines Fernabsatzvertrages

Der Fernabsatzvertrag wird nunmehr in § 312c Abs. 1 BGB n.F. in Anlehnung an Art. 2 Nr. 7 VRRRL legaldefiniert. Danach soll der Begriff des Fernabsatzes alle Fälle erfassen, »in denen der Unternehmer oder eine in seinem Namen oder Auftrag handelnde Person und der Verbraucher für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwenden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt«.

aa) Ausschließliche Verwendung von Fernkommunikationsmitteln

Demgegenüber stellte § 312b Abs. 1 S. 1 BGB a.F. nach seinem Wortlaut bislang ausschließlich auf den Vertragsschluss als solchen ab und ließ daher die Auslegung zu, dass persönliche Kontakte im Rahmen der Vertragsanbahnung irrelevant seien³¹. Ein derartiges Verständnis ist durch den nunmehr klaren Wortlaut des § 312c Abs. 1 BGB n.F. fortan ausgeschlossen. In der Folge scheidet die Annahme eines Fernabsatzvertrages aus, wenn der Verbraucher beispielsweise anlässlich einer Tupperparty mit dem Unternehmer in persönlichem Kontakt verhandelt, die eigentliche Bestellung dann aber im Fernabsatz erfolgt. Auch in *Fall 1* kann nicht von einem Fernabsatzvertrag ausgegangen werden, da die Verhandlungen im Park in einem persönlichen Kontakt und daher nicht unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln stattfanden. Kein Fernabsatzvertrag liegt ferner vor, wenn die Vertragsverhandlungen in den Geschäftsräumen des Unternehmers stattfanden und lediglich der Vertragsschluss unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln erfolgte³². Demgegenüber soll ein Fernabsatzvertrag anzunehmen sein, wenn der Verbraucher die Geschäfts-

räume lediglich zum Zwecke der Information über die Ware oder Dienstleistung aufsucht und den Vertrag anschließend mittels Fernkommunikationsmittel verhandelt und abschließt³³. Schließlich sollen auch bloße Reservierungen eines Verbrauchers über ein Fernkommunikationsmittel zur Vornahme einer Dienstleistung, wie etwa der Telefonanruf eines Verbrauchers zur Terminvereinbarung mit einem Friseur oder zur Reservation eines Tisches in einem Restaurant, nicht als Fernabsatzvertrag anzusehen sein³⁴. Problematische Abgrenzungsfragen treten bei persönlichen Kontakten der Parteien nach einem Vertragsschluss im Fernabsatz auf. Als Beispiel sei der Fall genannt, das telefonisch ein Reparaturvertrag geschlossen wird und erst dann im persönlichen Kontakt geklärt werden soll, ob, wie und zu welchem Preis repariert werden kann. In solchen Fällen einer sukzessiven Konkretisierung des Vertrages wird man die Anwendbarkeit des § 312c BGB n.F. trotz des Ausschließlichkeitsmerkmals zu bejahen haben, sofern der Vertrag bereits im Fernabsatz geschlossen wurde. Fand im Fernabsatz hingegen lediglich eine Vertragsanbahnung statt und wurde der Vertrag erst nach endgültiger Konkretisierung im persönlichen Kontakt geschlossen, so wird eine Qualifikation als Fernabsatzvertrags wegen des Kriteriums der Ausschließlichkeit ausscheiden. Diese Differenzierung hat etwa auch Bedeutung für Verträge mit einem Arzt oder Anwalt, bei denen die zu erbringende Leistung regelmäßig erst nach einem persönlichen Kontakt konkretisiert werden kann.

bb) Fernkommunikationsmittel

Was unter einem Fernkommunikationsmittel zu verstehen ist, wird in § 312c Abs. 2 BGB n.F. legaldefiniert. Danach ist ein Fernkommunikationsmittel ein Kommunikationsmittel, das ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrages eingesetzt werden kann. Die in der Vorschrift aufgezählten Kommunikationsmittel sind hierbei nicht abschließend.

cc) Organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem

Nach wie vor bedarf die Annahme eines Fernabsatzvertrages – wie durch Art. 2 Nr. 7 VRRRL vorgegeben³⁵ –

³⁰ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 37 S. 1 VRRRL.

³¹ So entgegen der ganz h.M. und unter Nichtberücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben, Brönneke, in: Roßnagel, Beck'scher Kommentar zum Recht der Telemediendienste, 2013, § 312b BGB Rn. 49.

³² Vgl. Erwägungsgrund Nr. 20 S. 3 VRRRL; BT-Drucks. 17/12637, 50.

³³ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 20 S. 2 VRRRL; BT-Drucks. 17/12637, 50.

³⁴ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 20 S. 5 VRRRL.

³⁵ Dieses Tatbestandsmerkmal sollte nach dem Willen der Kommission ursprünglich entfallen, vgl. Art. 2 Abs. 6 des Vorschlags für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher vom 8. 10. 2009, KOM (2008) 614 endg.

gemäß § 312c Abs. 1 Hs. 2 BGB n.F. der Verwendung eines Fernabsatzsystems durch den Unternehmer. Die Reichweite dieses Tatbestandsmerkmals ist weitestgehend unklar, da es nach wie vor an einer gesetzlichen Definition fehlt. In der Gesetzesbegründung wird lediglich mitgeteilt, dass die Anforderungen an das Vorliegen eines solchen Fernabsatzsystems insgesamt nicht zu hoch sein sollten³⁶. So soll es genügen, wenn ein Unternehmer das System eines Dritten, wie häufig im Bereich sog. Online-Plattformen, für sich gebraucht³⁷. Nicht ausreichen soll es zur Bejahung dieses Merkmals hingegen, wenn der Unternehmer auf einer Website lediglich über sich, seine Produkte und Dienstleistungen informiert und seine Kontaktdaten preisgibt³⁸.

Im Hinblick auf die gesteigerte Intensität der Informationspflichten und die potentielle Existenz eines Widerrufsrechts und dem damit verbundenen Eingriff in die Freiheiten der Unternehmer, dürfen die Anforderungen an das Vorliegen eines Fernabsatzsystems jedoch auch nicht zu niedrig angesetzt werden. Im Ergebnis wird man zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals verlangen müssen, dass der Unternehmer in seinem Betrieb die personellen, sachlichen und organisatorischen Voraussetzungen dafür geschaffen hat, regelmäßig Verträge im Fernabsatz zu schließen. So wird es wohl nicht ausreichen, dass der Unternehmer lediglich die technischen Kommunikationsmittel für seinen »normalen« Geschäftsbetrieb bereithält³⁹. Darüber hinaus muss bei systematischer Auslegung des Tatbestandes berücksichtigt werden, dass diejenigen Sachverhaltselemente, welche den Vertragsschluss durch Fernkommunikationsmittel begründen, ohne das Hinzutreten weiterer Umstände nicht zugleich das Tatbestandserfordernis des Fernabsatzsystems ausfüllen dürfen⁴⁰. Anderenfalls würde das zusätzliche Tatbestandsmerkmal des Fernabsatzsystems leer laufen.

3. Außerhalb von geschlossenen Geschäftsräumen geschlossene Verträge vs. Fernabsatzverträge

Die Zuordnung zu einem der beiden »Vertragstypen« ist nicht bloß von akademischem Interesse, sondern kann durchaus praktische Folgen haben. So ist etwa die Form der vorvertraglichen Informationspflichten unterschied-

lich ausgestaltet⁴¹. Gleiches gilt für die nachvertraglichen (Bestätigungs-) Pflichten⁴². Dennoch kann die Zuordnung zu einem der beiden Vertragstypen im Einzelfall überaus schwierig sein. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn sowohl kennzeichnende Elemente des außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrages als auch des Fernabsatzvertrages den Vertragsschluss prägen. Ein solches Beispiel zeigt *Fall 2*: U und V haben einen Verbrauchervertrag miteinander geschlossen. Da U im Rahmen der Vertragsanbahnung auf offener Straße – also außerhalb eines Geschäftsraumes des U – angesprochen wurde und der Vertragsschluss im Anschluss per Fernkommunikationsmittel erfolgte, ist § 312b Abs. 1 Nr. 3 BGB n.F. tatbestandlich erfüllt, so dass der Vertrag an sich als ein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag zu qualifizieren ist. Gleichzeitig ist jedoch auch der Tatbestand des § 312c Abs. 1 BGB n.F. erfüllt, da ein bloßer Kontakt zur Information im Rahmen der Vertragsanbahnung oder auch beim Vertragsschluss nicht ausreichend sein soll um die Ausschließlichkeit des Fernkommunikationsmittels zu negieren⁴³.

Konkurrieren verbraucherschützende Normen, soll nach überwiegendem Verständnis das sog. Günstigkeitsprinzip gelten⁴⁴. Nach diesem ist grundsätzlich die für den Verbraucher günstigere Regel anzuwenden. Dazu müsste jedoch zwischen § 312b Abs. 1 Nr. 3 BGB n.F. und § 312c Abs. 1 BGB n.F. überhaupt ein echtes Konkurrenzverhältnis bestehen. Eine solches ließe sich mit der Begründung verneinen, dass § 312c Abs. 1 BGB n.F. *lex specialis* gegenüber § 312b Abs. 1 Nr. 3 BGB n.F. ist, so dass die beiden Normen nicht nebeneinander zur Anwendung gelangen würden, ein Konkurrenzverhältnis mithin nicht bestünde. Für eine solche Annahme lässt sich ins Feld führen, dass § 312c Abs. 1 BGB n.F. mit dem Tatbestandsmerkmal des Fernabsatzsystems tatbestandlich ein »Mehr« erfordert. Denn nur für den Fall, dass der Unternehmer über ein solches Fernabsatzsystem verfügt, stellt sich überhaupt ein Abgrenzungsproblem. Darüber hinaus muss die Abgrenzung aber auch nach dem potentiellen Risiko des Verbrauchers beurteilt werden. Dabei ist nicht zu leugnen, dass der Verbraucher in einer derartigen Situation sowohl dem Risiko eines übereilten Vertragsschlusses als auch dem Risiko die Ware oder Dienstleistung nicht auf ihre Eigenschaften prüfen zu können, potentiell ausgesetzt ist.

³⁶ BT-Drucksache 17/12637, S. 50.

³⁷ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 20 S. 6 VRRL; BT-Drucks. 17/12637, 50.

³⁸ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 20 S. 7 VRRL; BT-Drucks. 17/12637, 50.

³⁹ Vgl. *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum BGB (im Folgenden: MüKo), Band 2, 6. Aufl., 2012 § 312b Rn. 58.

⁴⁰ *Glöckner*, BauR 2014, 411, 418.

⁴¹ Vgl. Art. 246 a § 4 Abs. 2 EGBGB n.F. einerseits und Art. 246 a § 4 Abs. 3 EGBGB n.F. andererseits.

⁴² Vgl. § 312f Abs. 1 BGB n.F. einerseits und § 312f Abs. 2 BGB n.F. andererseits.

⁴³ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 20 S. 2 VRRL.

⁴⁴ *Grüneberg*, in: Palandt, (Fn. 5), § 312c n.F.Rn. 9.

Wenn der europäische Gesetzgeber einen bloßen Kontakt im Rahmen der Vertragsanbahnung oder des Vertragsschlusses allerdings nicht als ausreichend erachtet um das Ausschließlichkeitsmerkmal des Fernkommunikationsmittels zu verneinen, könnte dies so zu interpretieren sein, dass in diesen Fällen der Schutz des Fernabsatzvertrages gewährt werden soll. Trotz dieser Überlegungen ist die gesamte Wertung und Abwägung der sich widerstreitenden Interessen schwierig und daher auch angreifbar.

D. Vorvertragliche Informationspflichten des Unternehmers

I. Sinn und Zweck von Informationspflichten

Informationspflichten gehören zu den »klassischen« Verbraucherschutzinstrumenten. Ihnen liegt die Annahme zugrunde, dass der Verbraucher an einem Informationsdefizit leidet, während der Unternehmer die entscheidungserheblichen Informationen hat (sog. »Informationsasymmetrie«). Ziel einer Informationsverpflichtung des Unternehmers ist es den Verbraucher in die Lage zu versetzen, eine wohlinformierte und auf seine Bedürfnisse abgestimmte Entscheidung zu treffen⁴⁵.

Dabei divergiert die Intensität der Informationsverpflichtung des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher je nach Situation des Vertragsabschlusses. Wird der Vertrag beispielsweise in einem Ladengeschäft des Unternehmers geschlossen, gelten andere Informationspflichten (§ 312a Abs. 2 S. 1 BGB n.F. i.V.m. Art. 246 Abs. 1, 2 EGBGB n.F.) als wenn dieselbe Ware außerhalb eines geschlossenen Geschäftsraums oder im Fernabsatz erworben wurde (§ 312d Abs. 1 BGB n.F. i.V.m. Art. 246a EGBGB n.F.). Im Einzelnen:

II. Informationspflichten bei stationären Verbraucherverträgen

Die Informationspflichten des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher bei stationären⁴⁶ Ladengeschäften richten sich nach § 312a Abs. 2 S. 1 BGB n.F. i.V.m. Art. 246

Abs. 1, 2 EGBGB n.F. Danach hat der Unternehmer grundsätzlich die privatrechtliche Pflicht den Verbraucher vor Abschluss des Vertrages nach Maßgabe des Art. 246 EGBGB n.F. zu informieren. Dass die Information vor Vertragsschluss zu erfolgen hat, ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus § 312a BGB aber aus Art. 246 Abs. 1 S. 1 EGBGB n.F. sowie aus Art. 5 Abs. 1 VRRl.

1. Bereichsausnahme des Art. 246 Abs. 2 EGBGB n.F.

Im Rahmen stationärer Verbraucherverträge existieren jedoch gewisse Ausnahmen von der Informationsverpflichtung. So nach Art. 246 Abs. 2 EGBGB n.F., wenn es sich um einen sofort zu vollziehenden Vertrag handelt, der ein Geschäft des täglichen Lebens zum Gegenstand hat. Diese Ausnahme sieht die VRRl zwar selbst nicht vor, lässt es aber in Art. 5 Abs. 3 VRRl zu, dass die Mietgliedstaaten eine derartige Regelung treffen. Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 VRRl wie auch der identische des Art. 246 Abs. 2 EGBGB n.F. ist in Teilen missglückt. So soll die Ausnahme nur greifen, wenn ein Geschäft des täglichen Lebens den Vertragsgegenstand bildet und der Vertrag *sofort erfüllt* wird. Es kann aber wohl kaum eine Rolle spielen, ob der Vertrag sofort erfüllt wird. Entscheidend dürfte vielmehr sein, ob der Vertrag sofort erfüllt werden soll oder nicht. Wann ein Geschäft des täglichen Lebens vorliegt, soll sich nach Auffassung des deutschen Gesetzgebers aus dem Blickwinkel der Verkehrsauffassung ergeben und genauso wie bei § 105a BGB ausgelegt werden⁴⁷.

2. Inhalt und Umfang der Informationspflichten

Der Inhalt und Umfang der Informationspflichten des Unternehmers im Rahmen des stationären Handels beurteilt sich – in Umsetzung des Art. 5 VRRl – nach Art. 246 Abs. 1 Nr. 1–8 EGBGB n.F. Insbesondere hat der Unternehmer den Verbraucher über die wesentlichen Eigenschaften der Ware bzw. Dienstleistung (Nr. 1), seine Identität (Nr. 2), den Gesamtpreis der Ware oder Dienstleistung (Nr. 3) und bestehende gesetzliche Mängelgewährleistungsrechte (Nr. 5) zu informieren. Hinsichtlich der Informationen nach Art. 246 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB n.F. ist interessant, dass diese Pflichtangaben in Deutschland bereits aus öffentlichem Recht (§§ 1 ff. PAngV) resultieren.

⁴⁵ Eidenmüller, in: Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, Revision des Verbraucher-acquis, 2011, S. 161.

⁴⁶ Dass nur stationär geschlossene Verträge, die keine Finanzdienstleistungen zum Inhalt haben von den in Art. 246 EGBGB n.F. genannten Informationspflichten erfasst sein sollen, ergibt sich aus § 312a III 2 BGB n.F.

⁴⁷ BT-Drs. 17/12637, 74.

3. Verbraucherrechtsspezifische Folgen der Nichtbeachtung

Erfüllt der Unternehmer seine Informationspflichten aus Art. 246 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB nicht oder nicht vollständig, kann er gemäß § 312a Abs. 2 S. 2 BGB n.F. vom Verbraucher Fracht-, Liefer- und Versandkosten sowie sonstige Kosten nicht verlangen. Ob sich der Unternehmer darüber hinaus noch anderweitigen Rechtsfolgen ausgesetzt sehen kann, ist eine schwer zu beantwortende Frage, welcher später nachgegangen wird⁴⁸, da sie sich auch außerhalb des stationären Handels stellt.

III. Informationspflichten im Fernabsatz und bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen

1. Keine mit Art. 246 Abs. 2 EGBGB n.F. vergleichbare Bereichsausnahme

Die Informationspflichten des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher richten sich gemäß § 312d Abs. 1 BGB n.F. bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen grundsätzlich nach Art. 246a EGBGB n.F. Dieser enthält keine dem Art. 246 Abs. 2 EGBGB n.F. vergleichbare Bereichsausnahme, so dass die Informationspflichten auch außerhalb von sofort zu vollziehenden Geschäften des täglichen Lebens bestehen⁴⁹.

2. Inhalt, Umfang und Form der Informationspflichten

Wie § 312d Abs. 1 BGB n.F. i.V.m. Art. 246a EGBGB n.F. zeigt, sollen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge hinsichtlich der Informationspflichten des Unternehmers grundsätzlich gleich behandelt werden. Jedoch gibt es von diesem Grundsatz gewisse Ausnahmen (vgl. Art. 246a § 3 und § 4 Abs. 2 bzw. Abs. 3 EGBGB n.F.). Gerade im Hinblick auf diese partiellen Unterschiede ist es notwendig den außerhalb eines Geschäftsraums geschlossenen Vertrag sauber vom Fernabsatzvertrag zu unterscheiden⁵⁰. Im Vergleich zu den allgemeinen Informationspflichten im Rahmen

von Verbraucherverträgen nach Art. 246 Nr. 1–8 EGBGB n.F. sind die Informationspflichten des Unternehmers im Bereich des Art. 246a § 1 Nr. 1–16 EGBGB n.F. deutlich dichter. Darüber hinaus sind bei der Informationserteilung nach Maßgabe der Art. 246a § 3, § 4 EGBGB n.F. gewisse formale Anforderungen einzuhalten. So muss die Information gemäß Art. 246a § 4 Abs. 1 EGBGB n.F. stets in klarer, verständlicher Weise erfolgen (sog. Transparenzgebot).

Bei einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag muss der Unternehmer die Informationen zudem in lesbarer Art und Weise auf einem Papier oder, wenn der Verbraucher zustimmt, auf einem anderen dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellen (Art. 246a § 4 Abs. 2 S. 1, 2 EGBGB n.F.). Lediglich im Rahmen von Reparatur- und Instandsetzungsarbeiten können die Informationspflichten des Art. 246a § 2 Abs. 2 EGBGB n.F. gemäß Art. 246a § 4 Abs. 2 S. 4 EGBGB n.F. in anderer Form erfüllt werden, wenn der Verbraucher hiermit ausdrücklich einverstanden ist.

Bei einem Fernabsatzvertrag müssen die Informationen hingegen gemäß Art. 246a § 4 Abs. 3 S. 1 EGBGB n.F. in einer den benutzten Fernkommunikationsmitteln angepassten Weise zur Verfügung gestellt werden. Sofern ein dauerhafter Datenträger zur Verfügung gestellt wird, muss dieser lesbar sein und die Person des erklärenden Unternehmers muss genannt werden, Art. 246a § 4 Abs. 3 S. 2 EGBGB n.F. Gewisse Erleichterungen finden sich für den Fernabsatzvertrag in Art. 246a § 3 EGBGB n.F.

3. Rechtsfolgen der erteilten Information

Gemäß § 312d Abs. 1 S. 2 BGB n.F. werden die in Erfüllung der Informationspflichten bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen und bei Fernabsatzverträgen nach Art. 246a EGBGB n.F. gemachten Angaben Inhalt des Vertrages, sofern die Vertragsparteien nicht ausdrücklich eine andersartige Vereinbarung getroffen haben. Schlüssiges Handeln oder Schweigen genügt daher für eine abweichende Parteivereinbarung nicht. Die gemachten Informationen sollen wohl auch dann Vertragsbestandteil werden, wenn sie unvollständig oder unrichtig sind. Insbesondere im Hinblick auf etwaige Mängelgewährleistungsrechte kann dies von entscheidender Bedeutung sein.

Eine dem § 312d Abs. 1 S. 2 BGB n.F. vergleichbare Vorschrift für im Rahmen des stationären Handels geschlossene Verträge bzw. die in diesem Kontext geltenden allgemeinen Informationspflichten existiert nicht. Ob sich daraus zukünftig Unterschiede ergeben, bleibt abzuwar-

⁴⁸ Vgl. dazu unten IV.

⁴⁹ Vgl. aber § 312 Abs. 2 Nr. 12 BGB n.F., der eine Ausnahme bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen vorsieht. Dazu bereits oben C.II.2.

⁵⁰ Vgl. dazu bereits oben C.III.3.

ten. Jedenfalls ist in Ermangelung einer derartigen Vorschrift zur Beantwortung der Frage, ob und bejahendenfalls in welchem Umfang die geleistete Information Einfluss auf das vertragliche Leistungsprogramm des Unternehmers nimmt, auf die allgemeine Rechtsgeschäftslehre zurückzugreifen⁵¹.

4. Nachvertragliche Dokumentations- bzw. Bestätigungspflichten des Unternehmers

In Umsetzung von Art. 7 Abs. 2 sowie Art. 8 Abs. 7 VRRL hat der Gesetzgeber in § 312f BGB n.F. weitere Pflichten des Unternehmers bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (§ 312f Abs. 1 BGB n.F.) und Fernabsatzverträgen (§ 312f Abs. 2 BGB n.F.) normiert. Der Unternehmer ist fortan verpflichtet, dem Verbraucher nach Vertragsschluss eine Abschrift des Vertrags respektive eine Bestätigung des Vertrags, in welcher der Vertragsinhalt wiedergegeben ist, zu überlassen. Nach dem Willen des Gesetzgebers dient die Norm dem Schutz des Verbrauchers, indem sie ihm den Vertragsinhalt transparent vor Augen führen soll⁵². Darüber hinaus kann die Dokumentations- und Bestätigungspflicht dem Verbraucher im Fall einer streitigen Auseinandersetzung mit dem Unternehmer die Beweisführung erleichtern. Verletzt der Unternehmer seine Dokumentationspflicht, sollen nach dem Willen des Gesetzgebers Ansprüche auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB sowie im Einzelfall ein Rücktrittsgrund nach § 324 BGB in Betracht kommen⁵³. Divergieren der Inhalt der Vertragsbestätigung und der tatsächliche geschlossene Vertrag, richtet sich der Vertragsinhalt gemäß der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre nach dem von den Parteien tatsächlich Vereinbarten. Ist der Inhalt des Vertrags strittig, soll im Zweifel die für den Verbraucher günstigere Regel gelten⁵⁴.

5. Verbraucherrechtsspezifische Folgen der Nichtbeachtung

Verletzt der Unternehmer seine Informationspflichten aus § 312d Abs. 1 BGB n.F. i.V.m. Art. 246a EGBGB n.F., löst dies – differenziert nach der jeweils verletzten Infor-

⁵¹ Glöckner, BauR 2014, 411, 424f. geht davon aus, dass sich daraus kaum Unterschiede zur Regelung des § 312d Abs. 1 S. 2 BGB n.F. ergeben werden.

⁵² Vgl. BT-Drucks. 17/12637, 55.

⁵³ Vgl. BT-Drucks. 17/12637, 55.

⁵⁴ Vgl. Grüneberg, in: Palandt, (Fn. 5), § 312f BGB n.F. Rn. 5.

mationspflicht – eine Vielzahl unterschiedlichster Rechtsfolgen aus:

Kommt der Unternehmer etwa seiner Pflicht zur Aufklärung über das Widerrufsrecht nach Maßgabe des Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 oder des Art. 246b § 2 Abs. 1 EGBGB n.F. bei Vertragsschluss nicht nach, verlängert sich die Widerrufsfrist grundsätzlich auf 12 Monate und 14 Tage ab dem in § 355 Abs. 2 S. 2 BGB n.F. oder in § 356 Abs. 3 S. 1 BGB n.F. genannten Zeitpunkt. Der Unternehmer kann in diesen Fällen die Information jedoch erteilen bzw. richtig nachholen und so die 14-tägige Widerrufsfrist, gerechnet ab dem Tag, in dem der Verbraucher die Information über sein Widerrufsrecht erhalten hat, in Gang setzen (§ 356 Abs. 3 S. 1 BGB n.F.)⁵⁵.

Kommt der Unternehmer seiner Pflicht zur Information über Fracht-, Liefer- oder Versandkosten sowie der sonstigen Kosten aus § 312d Abs. 1 BGB n.F. i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 EGBGB n.F. nicht oder nicht vollständig nach, kann er diese Kosten gemäß § 312e BGB n.F. in Umsetzung von Art. 6 Abs. 6 VRRL vom Verbraucher nur insoweit verlangen, als er hierüber informiert hat.

Eine ähnliche Rechtsfolge sieht das Gesetz für die Verletzung der Pflicht zur Information über die Kosten der Rücksendung nach Widerruf (§ 312d Abs. 1 BGB n.F. i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EGBGB n.F.) vor. Diese trägt gemäß § 357 Abs. 6 S. 1 BGB n.F. der Verbraucher nur dann, wenn und soweit er hierüber informiert wurde. Anderenfalls hat sie der Unternehmer zu tragen.

Informiert der Unternehmer den Verbraucher nicht über die Bedingungen, die Fristen und das Verfahren zur Ausübung seines Widerrufsrechts (§ 312d Abs. 1 BGB n.F. i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EGBGB n.F.), kann der Unternehmer gemäß § 357 Abs. 7 BGB n.F. keinen Wertersatz für die Verschlechterung der Ware verlangen. Gleiches gilt nach § 357 Abs. 8 BGB n.F. im Rahmen von Dienstleistungen.

IV. Allgemeine Rechtsfolgen der Verletzung von Informationspflichten bezogen auf sämtliche Informationspflichten

Verletzt der Unternehmer eine seiner Informationspflichten gegenüber dem Verbraucher, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen dieses pflichtwidrigen Handelns⁵⁶. Neben den bereits oben genannten spezifisch verbraucher-

⁵⁵ Vgl. hierzu Art. 10 VRRL, der diese Rechtsfolge deutlicher zum Ausdruck bringt als das deutsche Umsetzungsrecht.

⁵⁶ Ob in diesem Kontext von Sanktionen gesprochen werden sollte, ist überaus fraglich, da dieser Begriff stark mit Sühne und Buße und

schutzrechtlichen Rechtsfolgen stellt sich die Frage, ob das allgemeine privatrechtliche Instrumentarium, insbesondere die allgemeinen Regelungen über den Schadensersatz (§§ 280 ff. BGB) auf diese Pflichten zur Anwendung gelangen. Nach ganz überwiegender Auffassung kann sich derjenige Unternehmer, der seine Informationspflichten gegenüber dem Verbraucher nicht oder unvollständig bzw. falsch erfüllt, aus *culpa in contrahendo* Schadensersatzpflichtig machen⁵⁷. Der ersatzfähige Schaden wird ganz überwiegend in dem Abschluss des Vertrages gesehen, so dass unter gewissen Voraussetzungen über die Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB) die Loslösung vom Vertrag verlangt werden kann⁵⁸. Darüber hinaus sei aber auch das negative Interesse zu ersetzen, so dass auch die Nachteile ersatzfähig wären, die dem Verbraucher durch das enttäuschte Vertrauen auf den Fortbestand des später aufgelösten Vertrags entstanden sind⁵⁹. Das bei dieser Sichtweise in der Mehrheit der Fälle verbleibende Korrektiv zur Vermeidung einer zu weitgehenden Haftung des Unternehmers ist einzig die haftungsbegründende Kausalität⁶⁰. Diese fehlt, wenn die pflichtwidrige Unterlassung der Information durch den Unternehmer für den Verbraucher derart unwichtig war, dass der Verbraucher den Vertrag auch bei vollständiger Information in gleicher Gestalt abgeschlossen hätte.

Die in diesem Kontext auftretende Problematik besteht im Folgenden: Billigt man dem Verbraucher einen Schadensersatzanspruch aus *culpa in contrahendo* wegen Informationspflichtverletzung gegen den Unternehmer gerichtet auf Vertragsauflösung zu, werden bestimmte Vorschriften über das Widerrufsrecht in Teilen ausgehebelt. Insbesondere erlischt das schadensrechtliche »Lösungsrecht« nicht allerspätestens nach 12 Monaten und 14 Tagen (§ 356 Abs. 3 S. 2 BGB n.F.), sondern verjährt nach drei Jahren (§ 195, 199 BGB). Auch richten sich die Rechtsfolgen der Vertragsauflösung im Rahmen der schadensrechtlichen Loslösung nicht nach den §§ 357 ff. BGB n.F., sondern nach Bereicherungsrecht. Wie die dabei auftretenden Unstimmigkeiten zu rechtfertigen bzw. zu koor-

dinieren sind, bedarf einer vertieften Auseinandersetzung, die an dieser Stelle nicht geleistet werden kann.

E. Widerrufsrecht des Verbrauchers

I. Sinn und Zweck von Widerrufsrechten

Während Informationspflichten bereits den *Abschluss* eines nicht auf die Bedürfnisse des Verbrauchers passenden Vertrages verhindern wollen⁶¹, sollen Widerrufsrechte sicherstellen, dass ein solcher Vertrag – wenn er bereits geschlossen wurde – nicht zwangsläufig zur *Durchführung* gelangen muss⁶². Hierzu gewähren Widerrufsrechte dem Verbraucher ein einseitiges Lösungsrecht und bilden somit eine Ausnahme vom Grundsatz *pacta sunt servanda*. Dadurch greifen sie graduell intensiver in die Privatautonomie von Unternehmer und Verbraucher ein als Informationspflichten.

II. Änderungen und Entstehung

Nach wirksamer Ausübung eines Widerrufsrechts ist der Verbraucher gemäß § 355 Abs. 1 S. 1 BGB n.F. nicht mehr an seine auf den Abschluss der Vertrages gerichtete Willenserklärung gebunden. Wie bisher setzt § 355 Abs. 1 S. 1 BGB n.F. dabei das Bestehen eines gesetzlichen Widerrufsrechts voraus. Ein solches gesetzliches Widerrufsrecht des Verbrauchers ist nunmehr in § 312g Abs. 1 BGB n.F. kodifiziert, welcher die bisherigen §§ 312 Abs. 1 S. 1 und 312d Abs. 1 S. 1 BGB a.F. zusammenführt. Voraussetzung für das Bestehen eines Widerrufsrechts des Verbrauchers ist nach § 312g Abs. 1 BGB n.F. die Qualifikation eines Verbrauchervertrages als außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag oder Fernabsatzvertrag. Im Rahmen des stationären Handels bestehen also grundsätzlich keine gesetzlichen Widerrufsrechte. Die Neuregelung in § 312g Abs. 1 BGB differenziert grundsätzlich nicht mehr zwischen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen und Fernabsatzverträgen⁶³. Liegt einer dieser beiden »Vertragstypen« vor, erhält der Verbraucher grundsätzlich auch ein Widerrufsrecht. Rechtstechnisch wird nun ausdrücklich, in der Sache aber ohne Änderung, auf § 355 BGB n.F. verwiesen. Bezüglich der Rechtsfolgen ist § 357

damit eher mit Strafe verbunden ist. Ob auch dem Privatrecht derartige Zwecke immanent sind, ist fraglich.

⁵⁷ Stürmer, in: Prütting/Wegen/Weinreich, (Fn. 10), § 312e BGB Rn. 13; Glöckner, BauR 2014, 411, 427; vgl. hinsichtlich des Willens des Gesetzgebers auch BT-Drucks. 17/12637, 54.

⁵⁸ Vgl. insoweit die Darstellung bei Glöckner, BauR 2014, 411, 428f., der allerdings im Ergebnis für einen restriktiven Schadensbegriff eintritt (S. 429f.).

⁵⁹ Stürmer, in: Prütting/Wegen/Weinreich, (Fn. 10), § 312e BGB Rn. 14.

⁶⁰ Glöckner, BauR 2014, 411, 428.

⁶¹ Vgl. dazu bereits oben D.I.

⁶² Eidenmüller, in: Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, (Fn. 45), S. 161.

⁶³ Eine Ausnahme besteht insoweit lediglich nach Maßgabe des § 312g Abs. 2 Nr. 12, 13 sowie Abs. 3 Hs. 1 BGB n.F.

BGB n.F. nunmehr abschließend und verweist nicht mehr auf das Rücktrittsrecht (vgl. u. E).

III. Ausnahmetatbestände und Erlöschensgründe

Das dem Verbraucher nach § 312g Abs. 1 BGB n.F. eingeräumte Widerrufsrecht kann entweder nach § 312g Abs. 2 S. 1 Nr. 1–13 BGB n.F. ausgeschlossen sein oder nach Maßgabe des § 356 Abs. 4 u. 5 BGB n.F. erlöschen. Wie anhand des abweichenden Wortlauts bereits deutlich wird, unterscheiden sich die beiden Regelungsformen grundsätzlich⁶⁴ dadurch, dass entweder von Anfang an kein Widerrufsrecht bestand (§ 312g Abs. 2 BGB n.F.) oder ein solches zwar bestand aber zum Erlöschen gekommen ist (§ 356 Abs. 4 u. 5 BGB n.F.). Demgegenüber unterscheiden sich die Ausnahmetatbestände von den Erlöschensgründen auf der Rechtsfolgenseite im Ergebnis nicht: Liegt einer der Ausnahmetatbestände oder Erlöschensgründe tatbestandlich vor, schließen beide gleichsam das Widerrufsrecht des Verbrauchers aus.

1. Ausnahmetatbestände des § 312g Abs. 2 BGB n.F.

Die Ausnahmetatbestände des § 312g Abs. 2 BGB n.F. wurden in Umsetzung des vollharmonisierten und abschließenden Art. 16 Abs. 1 VRRRL formuliert. Einige dieser Fallgruppen entsprechen dabei denjenigen Fallgruppen, in denen bereits bislang bei Fernabsatzverträgen sowie den früheren Haustürwiderrufsverträgen ein Widerrufsrecht ausgeschlossen war. Wie bisher sollen sich die meisten der Ausschlussstatbestände entweder aus dem überwiegenden Interesse des Unternehmers, die zurückgenommene Ware nur schwerlich anderweitig absetzen zu können oder aus der evidenten Missbrauchsgefahr eines Widerrufsrechts durch den Verbraucher rechtfertigen⁶⁵. Ersteres kann exemplarisch an § 312g Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB n.F. illustriert werden: Besäße der Verbraucher beim Erwerb von schnell verderblichen Waren ein Widerrufsrecht, käme es unter Umständen dazu, dass der Unternehmer im Falle des Widerrufs bereits verdorbene Ware zurückerhält, für welche

er offensichtlich keine Verwendung mehr hätte⁶⁶. Der Gedanke von Missbrauch durch den Verbraucher wird beispielsweise an § 312g Abs. 2 S. 1 Nr. 7 BGB n.F. deutlich: Könnte der Verbraucher einen im Fernabsatz oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Abonnementvertrag durch ein Widerrufsrecht rückgängig machen, könnte er die Zeitung zunächst lesen und sodann von seinem Widerrufsrecht Gebrauch machen.

Zwar hat sich der Gesetzgeber davon verabschiedet, das Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen für den Fall auszuschließen, dass der Unternehmer von dem Verbraucher zu diesem nach Hause bestellt worden ist⁶⁷, ein Rest dieses Gedankens bleibt jedoch in § 312g Abs. 2 S. 1 Nr. 11 BGB n.F. erhalten. Hiernach besteht für den Verbraucher bei Verträgen, bei denen der Verbraucher den Unternehmer ausdrücklich zu einem Besuch aufgefordert hat, um dringende Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten vorzunehmen, kein Widerrufsrecht. Nach Auffassung des Gesetzgebers entscheidet demnach das Verständnis des Tatbestandsmerkmals der Dringlichkeit darüber, ob dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zusteht oder nicht. Nach recht engem Verständnis soll Dringlichkeit nur dann gegeben sein, wenn die Reparatur zur sofortigen Wiederherstellung der Funktionstauglichkeit erforderlich ist und der Verbraucher auf die umgehende Reparatur angewiesen ist⁶⁸.

2. Erlöschensgründe des § 356 Abs. 4 u. 5 BGB n.F.

a) Erbringung von Dienstleistungen, § 356 Abs. 4 BGB n.F.

Während nach § 312d Abs. 3 BGB a.F. das Widerrufsrecht des Verbrauchers bisher nur bei im Fernabsatz geschlossenen Dienstleistungsverträgen erlosch, sofern der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers und vor dessen Ausübung seines Widerrufsrechts vollständig erfüllt wurde, erweitert der nun eingeführte § 356 Abs. 4 S. 1 BGB n.F. diesen Gedanken. Die Norm erfasst nun sämtliche Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen⁶⁹, unabhängig davon, ob der Vertrag im Fernabsatz oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen wurde. Während es auf die Erbringung der Ge-

⁶⁴ Der Gesetzgeber war insoweit inkonsequent, als dass auch die Ausnahmetatbestände des § 312g Abs. 2 Nr. 3, 4 und 6 BGB n.F. wie eben die Erlöschensgründe nach § 356 Abs. 4 und 5 BGB n.F. erst ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers voraussetzen, damit dieser sein an sich bestehendes Widerrufsrecht verliert.

⁶⁵ Vgl. *Schmidt/Brönneke*, VuR 2013, 448; vgl. zur bisherigen Rechtslage *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 20. Aufl. 2012, Rn. 594.

⁶⁶ Liegen in diesem Fall auch die Voraussetzungen des § 357 Abs. 7 BGB nicht vor, erhält der Unternehmer auch keinen Wertersatz.

⁶⁷ Bisher § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB a.F.

⁶⁸ *Grüneberg*, in: Palandt, (Fn. 5), § 312g BGB n.F. Rn. 14.

⁶⁹ Lediglich Verträge über Finanzdienstleistungen haben in § 356 Abs. 4 S. 2 BGB n.F. eine eigene Regelung erhalten.

genleistung durch den Verbraucher nicht mehr ankommt, muss der Unternehmer nach wie vor die Dienstleistung vollständig erbracht haben. Unter eine vollständige Erbringung der Dienstleistung wird man lediglich eine vertragsgemäße Leistung fassen können. Eine Schlechtleistung führt daher – unabhängig vom Bestehen sekundärer Ansprüche – nicht zum Erlöschen des Widerrufsrechts⁷⁰. Beginnt etwa ein Dachdecker auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers bereits vor Ablauf der Widerrufsfrist mit dem Eindecken des Daches, wobei er hierfür anstatt der vereinbarten Tonziegel Betonziegel verwendet, erlischt das Widerrufsrecht des Verbrauchers bis zum vertragsgemäßen Eindecken mit Tonziegeln jedenfalls nicht nach § 356 Abs. 4 BGB n.F.

Darüber hinaus setzt der Erlöschenstatbestand des § 356 Abs. 4 S. 1 BGB n.F. voraus, dass der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung erst begonnen hat, nachdem der Verbraucher diesem hierzu seine ausdrückliche Zustimmung erteilt und seine Kenntnis davon bestätigt hat, dass er sein Widerrufsrecht bei vollständiger Vertragserfüllung durch den Unternehmer verliert. Das Erfordernis einer ausdrücklichen Zustimmung des Verbrauchers soll dazu führen, dass die bloße Hinnahme der Erfüllung nicht ausreicht um das Widerrufsrecht zum Erlöschen zu bringen⁷¹.

b) Lieferung unverkörperter digitaler Inhalte, § 356 Abs. 5 BGB n.F.

Was der Gesetzgeber unter digitalen Inhalten verstanden wissen will, hat er in § 312f Abs. 3 S. 1 BGB n.F. durch die Aufnahme einer gesetzlichen Definition zum Ausdruck gebracht. Zentrales Merkmal der Definition ist die fehlende Verkörperung der Daten. Nach der Gesetzesbegründung sollen daher sämtliche Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, wie etwa Computerprogramme, Anwendungen (Apps), Spiele, Musik, Videos oder Texte unter die Definition zu fassen sein⁷². Ob die Daten heruntergeladen, gespeichert und erst danach sichtbar gemacht werden oder bereits während des Herunterladens in Echtzeit sichtbar gemacht werden (Streaming), soll unerheblich sein⁷³.

Während bisher strittig war, ob dem Verbraucher bei Verträgen über digitale Inhalte ein Widerrufsrecht zusteht oder ob ein solches nach § 312d Abs. 4 Nr. 1 Var. 3 BGB a.F.

ausgeschlossen ist⁷⁴, trifft § 356 Abs. 5 BGB n.F. nun eine eigene Regelung für diese Fälle. Danach steht dem Verbraucher grundsätzlich auch bei digitalen Inhalten ein Widerrufsrecht zu, welches jedoch unter den Voraussetzungen des § 356 Abs. 5 BGB n.F. erlöschen kann. Wie bei § 356 Abs. 4 BGB n.F. wird das Erlöschen des Widerrufsrechts auch bei § 356 Abs. 5 BGB n.F. davon abhängig gemacht, ob der Unternehmer mit der Ausführung des Vertrages (regelmäßig der Beginn des Downloads oder Streamings)⁷⁵ erst begonnen hat, nachdem der Verbraucher hierzu seine ausdrückliche Zustimmung erteilt hat und wiederum bestätigt hat, dass er Kenntnis davon hat hierdurch sein Widerrufsrecht zu verlieren. Da es in *Fall 3* an einer solchen Zustimmung und Belehrung des S fehlt, kann dieser den Vertrag über den Kauf der App wirksam widerrufen.

IV. Ausübung

1. Widerrufsrecht als Gestaltungsrecht

Das Widerrufsrecht ist ein Gestaltungsrecht, welches dem Verbraucher ein einseitiges Lösungsrecht von einem *zunächst wirksam* geschlossenen Vertrag gewährt⁷⁶. Wie alle Gestaltungsrechte ist auch die Ausübung des Widerrufsrechts bedingungsfeindlich⁷⁷. Die wirksame Ausübung eines Widerrufsrechts folgt den bei Gestaltungsrechten gewöhnlichen Grundsätzen: Der Verbraucher muss gegenüber dem Unternehmer den Widerruf frist- und formgerecht erklären.

2. Widerrufsfrist

a) Fristbeginn

aa) Grundregel bei Dienstleistungsverträgen und Verträgen über digitale Inhalte

Ausgehend von § 355 Abs. 2 S. 2 BGB n.F. beginnt die Widerrufsfrist grundsätzlich mit dem Vertragsschluss zu

⁷⁰ Vgl. auch *Grüneberg*, in: Palandt, (Fn. 5), § 356 BGB n.F. Rn. 9.

⁷¹ BT-Drs. 17/12637, 61.

⁷² BT-Drs. 17/12637, 55.

⁷³ BT-Drs. 17/12637, 55.

⁷⁴ Für einen Ausschluss nach § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB a.F. beispielsweise *Grüneberg*, in: Palandt, (Fn. 5), § 312d Rn. 9 m. w. N. Dagegen *Tommer*, in: HK-VertriebsR, 2002, § 312d Rn. 29f.

⁷⁵ *Grüneberg*, in: Palandt, (Fn. 5), § 356 BGB n.F. Rn. 11.

⁷⁶ Vgl. die Formulierung in § 355 Abs. 1 S. 1 BGB n.F. »nicht mehr gebunden«.

⁷⁷ Hiervon unberührt bleibt die Möglichkeit des sog. »Eventualwiderrufs« also eines Widerrufs des Verbrauchers für den Fall, dass die primär vorgetragene Rechtsverteidigung keinen Erfolg hat. Vgl. hierzu *Masuch*, in: MüKo, (Fn. 39), § 355 BGB Rn. 41 m. w. N.

laufen. Diese Grundregel gilt sowohl bei Dienstleistungsverträgen als auch bei Verträgen über digitale Inhalte⁷⁸.

bb) Ausnahmeregelung für Kaufverträge über Verbrauchsgüter

In Anbetracht der in § 356 Abs. 2 BGB n.F. normierten Sondervorschrift bei einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag oder einem Fernabsatzvertrag wird die Grundregel des § 355 Abs. 2 S. 2 BGB n.F. jedoch in der Rechtspraxis eher die Ausnahme darstellen⁷⁹. Für den praktisch bedeutsameren Verbrauchsgüterkauf trifft § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB n.F. eine abweichende Regelung. Danach beginnt die Widerrufsfrist grundsätzlich erst mit Erhalt der Ware zu laufen.

cc) Belehrungserfordernis

Unabhängig davon, ob es sich um einen Vertrag über Verbrauchsgüter oder Dienstleistungen handelt, beginnt die Widerrufsfrist ohne Rücksicht auf § 356 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB n.F. *frühestens*, wenn der Verbraucher ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist, § 356 Abs. 3 S. 1 BGB n.F. Wurde der Verbraucher also erst nach Vertragsschluss oder Erhalt der Ware über sein Widerrufsrecht form- und inhaltsgerecht informiert, beginnt die Widerrufsfrist auch erst mit Zugang der Widerrufsbelehrung zu laufen. Wird der Verbraucher bereits vor Vertragsschluss oder Erhalt der Ware über sein Widerrufsrecht belehrt, bleibt es bei der Regel des § 356 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB n.F.

b) Fristlänge

Gemäß § 355 Abs. 2 S. 1 BGB n.F. beträgt die Widerrufsfrist grundsätzlich 14 Tage. Darüber hinaus wurden die Möglichkeiten einer Verlängerung der Widerrufsfrist erheblich modifiziert. Anders als zuvor ist für die Möglichkeit einer Verlängerung der Frist nur noch die fehlende Belehrung über das Widerrufsrecht von Bedeutung. Daher ist die in § 355 Abs. 4 S. 1 BGB a.F. normierte Verlängerung der Widerrufsfrist ersatzlos entfallen. Statt wie bisher bei verspäteter Belehrung über das Widerrufsrecht des Verbrauchers dessen Widerrufsrecht auf einen Monat zu verlängern⁸⁰, bleibt es nun auch in diesen Fällen ab dem Zeitpunkt der Belehrung bei einer Frist von 14 Tagen. Die

Möglichkeit eines »ewigen Widerrufsrechts« des Verbrauchers⁸¹, bei gänzlich unterbliebener oder unzureichender Belehrung über dessen Widerrufsrecht, ist in Umsetzung von Art. 10 VRRL ebenfalls entfallen. Nach § 356 Abs. 3 S. 2 BGB n.F. erlischt das Widerrufsrecht nunmehr spätestens nach zwölf Monaten und 14 Tagen.

c) Fristwahrung

Für die Wahrung der Widerrufsfrist genügt nach § 355 Abs. 1 S. 5 BGB n.F. die rechtzeitige Absendung der Widerrufserklärung. Da die Widerrufserklärung des Verbrauchers eine empfangsbedürftige Willenserklärung gem. § 130 Abs. 1 BGB ist, wird sie dem Unternehmer gegenüber jedoch erst mit Zugang wirksam. Somit trägt der Verbraucher zwar gem. § 355 Abs. 1 S. 5 BGB n.F. nicht das Verzögerungsrisiko aber das Verlustrisiko seiner Widerrufserklärung⁸².

d) Fristberechnung

Die Fristberechnung richtet sich nach den allgemeinen Regelungen der §§ 187 ff. BGB (§§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Var. 1, 193 BGB).

3. Form des Widerrufs

Während die Widerrufserklärung des Verbrauchers bislang nach § 355 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. in Textform erfolgen musste, hat der Gesetzgeber in § 355 Abs. 1 S. 2 BGB n.F. das Textformerfordernis nunmehr aufgegeben. Die Widerrufserklärung des Verbrauchers ist zukünftig formlos möglich und bedarf keiner Begründung, § 355 Abs. 1 S. 4 BGB n.F. Ebenso wie das Textformerfordernis hat der Gesetzgeber die ausdrückliche Möglichkeit einer konkludenten Widerrufserklärung durch die Rücksendung der Ware, die bisher in § 355 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. ausdrücklich genannt war, ersatzlos gestrichen. Nach überwiegender Meinung ist die Erklärung des Widerrufs durch die bloße Rücksendung der Ware daher künftig nicht mehr möglich⁸³. Zwar erscheint es trotz des geänderten Wortlauts auch zukünftig methodisch möglich in der bloßen Rücksendung der Ware ein eindeutiges Verhalten des Verbrauchers, gerichtet auf die Widerrufung des Vertrags, zu sehen. Ob eine solche Deutung des Begriffs der Eindeutigkeit überzeugt, ist je-

⁷⁸ Vgl. § 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB n.F.

⁷⁹ Vgl. auch *Grüneberg*, in: Palandt, (Fn. 5), § 355 BGB n.F. Rn. 10.

⁸⁰ Vgl. § 355 Abs. 2 S. 3 BGB a.F.

⁸¹ Vgl. § 355 Abs. 4 S. 3 BGB a.F.

⁸² *Medicus/Lorenz*, (Fn. 65), Rn. 598.

⁸³ *Grüneberg*, in: Palandt, (Fn. 5), § 355 n.F. Rn. 6; *Stürner*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 9. Auflage 2014, § 55 BGB Rn. 7.

doch eine Frage der Abwägung der sich widerstreitenden Interessen. Jedenfalls bleibt es den Parteien vorbehalten zu vereinbaren, dass die bloße Rücksendung der Waren als Widerrufserklärung gelten soll⁸⁴. Wie bei Gestaltungsrechten und deren Erklärung üblich, muss der Verbraucher auch nicht das Wort »Widerruf« verwenden⁸⁵. Aus der Erklärung des Verbrauchers muss jedoch gemäß § 355 Abs. 1 S. 4 BGB n.F. eindeutig hervorgehen, dass der Verbraucher an dem Vertrag nicht mehr festhalten möchte.

F. Rückabwicklung des widerrufenen Vertrages, §§ 355 ff. BGB n.F.

Macht der Verbraucher wirksam von seinem Widerrufsrecht Gebrauch, bringt er das zwischen ihm und dem Unternehmer bestehende Schuldverhältnis *ex nunc* zum Erlöschen. Dabei stellt § 355 Abs. 1 S. 1 BGB n.F. nunmehr ausdrücklich klar, dass nach Ausübung des Widerrufsrechts durch den Verbraucher auch der Unternehmer nicht mehr an den Vertrag gebunden ist. Etwaige Erfüllungsansprüche der Parteien aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis bestehen somit nicht mehr. Wurden bis zu diesem Zeitpunkt bereits Leistungen von den Parteien erbracht, ordnet das Gesetz die Rückabwicklung dieser Leistungen an, § 355 Abs. 3 S. 1 BGB n.F.

I. Abwicklungsverhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer

Während § 357 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. bisher eine Rechtsfolgenverweisung auf das Rücktrittsfolgenrecht der §§ 346 ff. BGB enthielt und somit ein Rückgewährschuldverhältnis entstand, ist diese Verweisung nunmehr entfallen. Gleichwohl bleibt es dabei, dass nach wirksamer Ausübung eines Widerrufsrechts ein Rückabwicklungsverhältnis zwischen den Parteien entsteht. Dies zeigt § 355 Abs. 3 S. 1 BGB n.F., welcher auch die Anspruchsgrundlage für die jeweilige Rückgewährpflicht bildet. Da es sich bei dem Rückabwicklungsverhältnis um ein Schuldverhältnis im Sinne der §§ 280 ff. BGB handelt, sind bei Verletzung der Rückgewährpflichten grundsätzlich auch Schadenersatzansprüche wegen Verletzung der in diesem Schuldverhältnis verankerten Pflichten der Parteien denkbar. Hinsichtlich

der Ansprüche des Unternehmers muss dabei stets der Ausschluss des § 361 Abs. 1 BGB n.F. beachtet werden, wonach weitere Ansprüche des Unternehmers infolge des Widerrufs wegen des abschließenden Charakters der §§ 355 ff. BGB n.F. grundsätzlich ausgeschlossen sein sollen⁸⁶. Vom Ausschluss sind jedoch nur solche Ansprüche erfasst, die in den §§ 355 ff. BGB n.F. auch tatsächlich eine Regelung erfahren haben⁸⁷. Kommt der Verbraucher beispielsweise mit seiner Pflicht zur Rücksendung der Ware in Verzug, steht dem Unternehmer ein Anspruch auf Ersatz seines Verzögerungsschadens nach Maßgabe der §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB zu⁸⁸. Unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB kann der Unternehmer darüber hinaus Schadensersatz statt der Rückgewährleistung verlangen. Erforderlich hierfür ist allerdings eine angemessene Fristsetzung nach Ablauf der 14-Tagesfrist des § 357 Abs. 1 BGB. Eine rechtswirksame Fristsetzung durch den Unternehmer im Sinne des § 281 Abs. 1 S. 1 BGB vor Ablauf dieser Frist ist nicht möglich, da ihm in diesem Zeitraum (noch) kein fälliger Anspruch gegen den Verbraucher auf Rückgewähr der Vertragsleistung zusteht (§ 271 Abs. 2 BGB, § 357 Abs. 1 BGB n.F.).

1. Anspruch auf Rückgewähr des bereits Geleisteten, § 355 Abs. 3 S. 1 BGB n.F.

Soweit die Parteien bereits Leistungen erbracht haben, dient § 355 Abs. 3 S. 1 BGB n.F. als Anspruchsgrundlage für die Rückforderung. Dabei verpflichtet § 355 Abs. 3 S. 1 BGB n.F. als Grundnorm die Parteien zur unverzüglichen Rückgewähr der empfangenen Leistung. Für Fernabsatzverträge und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge legt § 357 Abs. 1 BGB n.F. hierbei abweichend von § 271 Abs. 1 BGB fest, dass die Leistungszeit 14 Tage beträgt. Für den Unternehmer beginnt die Frist unverändert mit dem Zugang und für den Verbraucher mit der Abgabe der Widerrufserklärung, § 355 Abs. 3 S. 2 BGB n.F. Während bei Geldleistungen lediglich der Geldwert herauszugeben ist, sind sonstige Leistungen grundsätzlich *in natura* herauszugeben. Falls dies nicht möglich sein sollte, ist anstelle der Rückgewähr des empfangenen Leistungsgegenstandes vom Verbraucher Wertersatz zu leisten⁸⁹. Da

⁸⁴ Grüneberg, in: Palandt, (Fn. 5), § 355 n.F. Rn. 6.

⁸⁵ BGH NJW 1996, 1964, 1965.

⁸⁶ Vgl. Art. 1 Abs. 5 VRRG.

⁸⁷ Vgl. Kaiser, in: Staudinger, 15. Auflage 2012, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 346–361, § 357 Rn. 57; Grüneberg, in: Palandt, (Fn. 5), § 361 n.F. Rn. 1.

⁸⁸ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 48 S. 2; sowie zur bisherigen Rechtslage Kaiser, in: Staudinger, (Fn. 87), § 357 Rn. 55.

⁸⁹ Vgl. dazu unten F.I.2.

dem Widerruf lediglich eine schuldrechtliche, nicht jedoch eine dingliche Wirkung zukommt, sind die Parteien u. U. auch zur Rückübereignung des empfangenen Gegenstandes verpflichtet.

Grundsätzlich sind die Rückgewährpflichtigen Zug um Zug zu erfüllen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht jedoch beim Verbrauchsgüterkauf: Bisher konnte der Unternehmer bei bestimmten Vertragstypen durch die Ersetzung des Widerrufsrechts durch ein Rückgaberecht faktisch eine Vorleistungspflicht des Verbrauchers begründen, § 356 Abs. 1 BGB a. F. Da das Rückgaberecht nun entfallen ist, besteht diese Möglichkeit fortan nicht mehr. Dem Unternehmer steht jedoch gemäß § 357 Abs. 4 BGB n. F. bei einem Verbrauchsgüterkauf bis zum Nachweise der Versendung durch den Verbraucher ein Zurückbehaltungsrecht zu.

Bei der Rücksendeverpflichtung des Verbrauchers handelt es sich – wie bisher – um eine Schickschuld, bei welcher der Unternehmer die Transportgefahr trägt, § 355 Abs. 3 S. 3 BGB n. F. Anders als bisher trägt nun aber der Verbraucher nach Maßgabe des § 357 Abs. 6 BGB n. F. die Kosten der Rücksendung. Auf der anderen Seite erhält der Verbraucher etwaige Zahlungen für die ursprüngliche Lieferung der Sache zurück, § 357 Abs. 2 S. 1 BGB n. F.

2. Wertersatzverpflichtung des Verbrauchers, § 357 Abs. 7–9 BGB n. F.

Kann der Verbraucher dem Unternehmer die empfangene Leistung, etwa in Folge von Zerstörung, Verschlechterung oder Verbrauch, nicht rückgewähren, hat er grundsätzlich Wertersatz zu leisten, sofern er über diese Rechtsfolge nach Maßgabe des Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 EGBGB n. F. belehrt wurde. § 357 Abs. 7 bis 9 BGB n. F. differenziert bei der Frage nach einer Wertersatzverpflichtung des Verbrauchers zwischen Warenlieferungsverträgen, Dienstleistungsverträgen und Verträgen über digitale Inhalte. Wegen des abschließenden Charakters der §§ 355 ff. BGB n. F. und der Aufgabe des Verweises in das Rücktrittsfolgenrecht, bestimmt sich die Wertersatzverpflichtung des Verbrauchers nun ausschließlich nach § 357 Abs. 7 bis 9 BGB n. F.

a) Verträge über die Lieferung einer Ware, § 357 Abs. 7 BGB n. F.

Zwar soll der Verbraucher die Möglichkeit haben die Ware auf ihre Beschaffenheit, Eigenschaften und Funktionsweise überprüfen zu können (sog. Prüfungsrecht des Verbrau-

chers)⁹⁰, dies jedoch nur sofern dies notwendig war, § 357 Abs. 7 Nr. 1 BGB n. F. Was notwendig ist, lässt sich nur für den Einzelfall bestimmen. Als Richtlinie soll der Verbraucher nach der Gesetzesbegründung mit der Ware jedenfalls nur so umgehen und sie nur so in Augenschein nehmen dürfen, wie er das in einem Ladengeschäft hätte tun dürfen⁹¹. Ein Kleidungsstück soll der Verbraucher daher beispielsweise anprobieren nicht jedoch tragen dürfen⁹². Geht die Nutzung über die notwendige Prüfung hinaus und führt dies zu einem Wertverlust der Ware, hat der Unternehmer, sofern er den Verbraucher entsprechend Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EGBGB n. F. über sein Widerrufsrecht informiert hat, einen Anspruch auf Wertersatz gegen den Verbraucher. Dem vollständigen Wertverlust ist der Untergang der Ware gleichgestellt. Die Anknüpfung an einen tatsächlichen Wertverlust zeigt, dass bloße Gebrauchsvorteile des Verbrauchers zu keiner Wertersatzverpflichtung führen. Die Höhe des Wertersatzes richtet sich im Umkehrschluss zu § 357 Abs. 8 S. 4 BGB n. F. wohl nach dem objektiven Wert der Ware, sofern dieser das vertragliche Entgelt nicht übersteigt⁹³.

b) Dienstleistungsverträge, § 357 Abs. 8 BGB n. F.

Bei einem Dienstleistungsvertrag ist es dem Verbraucher regelmäßig nicht möglich die empfangene Leistung herauszugeben. Beispielhaft sei der Fall genannt, dass der Unternehmer den Rasen des Verbrauchers gemäht hat. In diesen Fällen wäre es nicht sach- und interessengerecht dem Verbraucher durch die Ausübung des Widerrufs eine unentgeltliche Leistung zukommen zu lassen, weshalb § 357 Abs. 8 BGB n. F. grundsätzlich eine Wertersatzpflicht des Verbrauchers statuiert. Allerdings zeigt die Einräumung eines Widerrufsrechts, dass der Gesetzgeber grundsätzlich davon ausgeht, dass sich der Verbraucher in einer ausgleichsbedürftigen Situation des Schwächeren befindet. Diese beiden Aspekte berücksichtigend ist nach § 357 Abs. 8 S. 1 BGB n. F. Voraussetzung für eine Wertersatzverpflichtung des Verbrauchers bei einem Dienstleistungsvertrag ein ausdrückliches Leistungsverlangen des Verbrauchers. Der Verbraucher muss sich ausdrücklich damit einverstanden erklärt haben, dass der Unternehmer vor Ende der Widerrufsfrist – also trotz bestehenden Wider-

⁹⁰ *Grüneberg*, in: Palandt, (Fn. 5), § 357 BGB n. F. Rn. 9.

⁹¹ BT-Drucks. 17/12637, 63; weitergehend *Grüneberg*, in: Palandt, (Fn. 5), § 357 BGB n. F. Rn. 9, der dem Verbraucher eine intensivere Testmöglichkeit als im Laden zugesteht, da anders als im Laden Beratungs-, Vergleichs- oder Vorführmöglichkeiten fehlten.

⁹² BT-Drucks. 17/12637, 63.

⁹³ Vgl. BGH NJW 2012, 3428, 3430f.

rufsrechts – mit der Erbringung der Leistung beginnt. Bei einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag muss dies sogar auf einem dauerhaften Datenträger geschehen, § 357 Abs. 8 S. 3 BGB n.F. Wie auch bei § 357 Abs. 7 BGB n.F. trifft den Unternehmer die Pflicht den Verbraucher über dessen Widerrufsrecht zu unterrichten. Für die Berechnung des Wertersatzes ist nach § 357 Abs. 8 S. 4 BGB n.F. das vertraglich vereinbarte Entgelt maßgeblich.

c) Verträge über die Lieferung digitaler Inhalte, § 357

Abs. 9 BGB n.F.

Wie bereits oben dargestellt⁹⁴, wird dem Verbraucher grundsätzlich auch bei Verträgen über die Lieferung digitaler Inhalte ein Widerrufsrecht eingeräumt. Übt der Verbraucher dieses Widerrufsrecht aus, ist er nach § 357 Abs. 9 BGB n.F. nicht zum Wertersatz verpflichtet. Sofern das Widerrufsrecht des Verbrauchers also nicht nach § 356 Abs. 5 BGB erloschen ist – was in der Hand des Unternehmers liegt – besteht für den Verbraucher im Falle des Widerrufs in den meisten Fällen keine pekuniäre Verpflichtung dem Unternehmer gegenüber, da er häufig auch nicht in der Lage sein wird, die Inhalte *in natura* herauszugeben. Gleichwohl wird er die Inhalte regelmäßig löschen müssen.

⁹⁴ Vgl. dazu oben E.II.

II. Schutz des Verbrauchers bei verbundenen oder zusammenhängenden Verträgen

Nach wie vor soll der Verbraucher bei einem verbundenen Vertrag vor dem sogenannten Aufspaltungsrisiko⁹⁵ der beiden Verträge geschützt werden, § 358 f. BGB n.F. So führt die Ausübung des Widerrufs nach § 358 Abs. 1 BGB n.F. insbesondere dazu, dass der Verbraucher auch den mit dem widerrufenen Vertrag verbundenen Vertrag widerruft. Die Annahme eines verbundenen Vertrages setzt die wirtschaftliche Einheit eines Vertrages mit einem Darlehensvertrag voraus, § 358 Abs. 3 S. 1 BGB n.F.

In Umsetzung von Art. 15 VRRL hat der deutsche Gesetzgeber den gleichen Schutz des Verbrauchers nunmehr auch für den Fall eingeführt, dass zwar kein verbundener aber ein zusammenhängender Vertrag vorliegt, § 360 Abs. 1 BGB n.F. Was unter einem zusammenhängenden Vertrag zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber mit dessen Legaldefinition in § 360 Abs. 2 S. 1 BGB n.F. zum Ausdruck gebracht. Zentrale Voraussetzung für die Annahme eines zusammenhängenden Vertrags ist danach eine direkte kausale Verknüpfung der beiden Verträge⁹⁶. Wie § 360 Abs. 1 S. 1 BGB n.F. zeigt, sind die Vorschriften über den zusammenhängenden Vertrag gegenüber den Vorschriften über den verbundenen Vertrag subsidiär und finden daher lediglich dann Anwendung, wenn nicht bereits tatbestandlich ein verbundener Vertrag vorliegt.

⁹⁵ Siehe hierzu *Medicus/Lorenz*, (Fn. 65), Rn. 606.

⁹⁶ Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, (Fn. 5), § 360 BGB n.F. Rn. 2.