

Lenkeit, BauR 2017, 454

Thema: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 1

Zeitschrift: BauR - Baurecht

Autor: Olaf Lenkeit

Rubrik: Aufsätze

Referenz: BauR 2017, 454 - 468 (Heft 3)

Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 1

von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Olaf Lenkeit, Berlin

Widerrufsrechte haben als ein zentrales Verbraucherschutzelement eine lange Historie¹. Bei Verträgen am Bau haben Widerrufsrechte bisher keine Rolle gespielt. Durch die neue gesetzliche Regelung des Bauvertragsrechts² im BGB und die hiermit verbundene Einführung eines Verbraucherbaurechts³ ändert sich dieser Blickwinkel. Dabei besteht spätestens seit dem 13.06.2014 mit Inkrafttreten der gesetzlichen Regelungen aus der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie (im Folgenden: VRRL)⁴ ein breiter Anwendungsbereich für Verträge am Bau, die mit Verbrauchern⁵ geschlossen werden. Eine Vielzahl von Verträgen werden außerhalb von Geschäftsräumen des Unternehmers oder im Fernabsatz⁶ mit Verbrauchern geschlossen und unterliegen daher den teilweise zwingenden Bestimmungen der §§ 312 ff. , 355 ff. BGB .⁷ Mit § 650k wird für Verbraucherbauverträge ein neues eigenständiges Widerrufsrecht in das BGB eingeführt.

Dieser Beitrag beschäftigt sich in zwei Teilen mit den wichtigsten Fragen zu Voraussetzungen und Folgen eines Verbraucherwiderrufs im Richtlinienbereich und für das neue Baurecht. Im ersten Teil werden die Grundlagen und der Anwendungsbereich der neuen Vorschriften vorgestellt. Der zweite Teil im nächsten Heft der BauR erläutert eingehend die Widerrufsfolgen, wobei besonders auf den Wertersatzanspruch des Unternehmers und einige Spezialfragen eingegangen wird.

A. Grundlagen des Widerrufsrechts

Mit der Eingliederung der gesetzlichen Regelungen zur Umsetzung der VRRL in deutsches Recht und deren Inkrafttreten zum 13.06.2014 wurde das gesetzliche Verbraucherwiderrufrecht grundlegend neu gestaltet. Wegen des Anspruchs der VRRL auf Vollharmonisierung verblieb dem Gesetzgeber hierbei nur wenig Spielraum. Die vor dem 13.06.2014 geltenden gesetzlichen Regelungen unterscheiden sich teilweise grundlegend vom aktuellen Recht, so dass stets darauf geachtet werden muss⁸, welche Fassung des Gesetzes maßgeblich ist.⁹ Höchstrichterliche Rechtsprechung zur aktuellen Rechtslage ist – soweit ersichtlich – bisher nicht ergangen. Die nachfolgend zitierten Entscheidungen des BGH¹⁰ betreffen gesetzliche Fassungen, die nicht mehr in Kraft sind!

Die Neuregelungen zum Bauvertrag und die hiermit verbundene Einführung besonderer Verbraucherschutzvorschriften für Bauverträge in einem gesonderten Kapitel 3 zum Untertitel Werkvertragsrecht beruhen hingegen nicht auf einer europäischen Vor-

-
- 1 Hierzu umfassend Glöckner, in: Glöckner/von Berg, Fachanwaltskommentar Bau- und Architektenrecht, 2. Aufl. 2015, Einl V.; zur Entwicklung des Bauvertragsrechts in Deutschland Glöckner/Huang, BauR 2016, 896 ff. und Glöckner, VuR 2016, 123 ff.
 - 2 Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 01.03.2016, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, .
 - 3 Hierzu Glöckner, VuR 2016, 123 u. 163; Pause, BauR 2017, 430 ; zum Referentenentwurf vgl. Stellungnahme des Instituts für Baurecht Freiburg e.V. vom November 2015, erarbeitet unter Mitarbeit von Glöckner/Kirberger/Dingler/Klein/Lenkeit/Orlowski, http://ifbf.de/downloads/ifbf_StellungnahmeRefE_25112015.pdf; Pause/Vogel, NZBau 2015, 667; Kramme, ZfR 2016, 81; Orlowski, ZfBR 2016, 419.
 - 4 RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der RL 93/13/EWG des Rates und der RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der RL 85/577/EWG des Rates und der RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2011 L 304, ABLEU Jahr 2011 L Seite 64.
 - 5 Die Bezeichnung folgt dem gesetzlichen Begriff in § 13 BGB . Er steht für Verbraucherinnen und Verbraucher oder Konsumenten consumer gleichbedeutend.
 - 6 In diesem Aufsatz nicht behandelt werden können die Besonderheiten der Widerrufsrechte von Finanzdienstleistungen, Energielieferungen, Teilzeit-Wohnrechtverträgen und Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte oder Verbraucherdarlehensverträgen sowie hiermit verbundene o. zusammenhängende Verträge insb. Bürgschaften.

- 7 §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind im Folgenden solche des BGB.
- 8 Eine Stichwortsuche im Internet mit vermeintlichem Treffer kann fatal fehlerhaft sein.
- 9 Betrachtet wird nur die aktuelle Rechtslage. Widerrufsrechte nach alter Rechtslage konnten nach dem 27.06.2015 nicht mehr ausgeübt werden und werden daher vernachlässigt.
- 10 Von der Fortgeltung der dort aufgeführten Grundsätze für das aktuelle Recht bei den verwendeten Zitaten gehe ich aus.

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 1 - BauR 2017 Heft 3 - 455
 >>

gabe, sondern aus der Erkenntnis, eine große und als besonders regelungsbedürftig angesehene Schutzlücke im Verbraucherrecht zu schließen.¹¹

Der Anwendungsbereich des Widerrufsrechts allgemein¹² und speziell bei Verträgen am Bau ist vielfältig. Betroffen sind alle Verträge über die Ausführung von Bauleistungen unterhalb der Schwelle des Verbraucherbauvertrages bzw. der Schwelle von § 312 Abs. 2 Nr. 3 und somit z.B. komplette Hauserrichtungsverträge in Einzelgewerksvergabe, Erschließungsverträge oder Sanierungsmaßnahmen, die nicht mit einem kompletten Neubau vergleichbar sind. Betroffen sind auch Planerverträge, die der Architekt mit dem Verbraucher schließt, und zwar auch dann, wenn die Planung ein Gebäude zum Gegenstand hat, für das auch eine anteilige freiberufliche Nutzung, z.B. als Arztpraxis oder Rechtsanwaltskanzlei vorgesehen ist, wenn äußerlich betrachtet die private Nutzung überwiegt.¹³ Auch Mietverträge über Trocknungsgeräte, die außerhalb von Geschäftsräumen (oder im Fernabsatz) geschlossen werden, sind widerrufbar.¹⁴ Ausdrücklich betroffen sind Verträge über die Dach- und Fassadensanierungen nicht nur mit Unternehmern, die gezielt im Wohngebiet vermeintlich sanierungsbedürftige Häuser suchen und deren Bewohner ansprechen („Klinken putzen“)¹⁵, sondern auch die Verträge des ehrbaren Handwerksmeisters, der die Familie vor Ort aufsucht, alle Einzelheiten der Ausführung gewissenhaft bespricht und dabei den Vertrag abschließt. Selbstverständlich gehören in den Anwendungsbereich Verträge über die Lieferung von Baumaterialien¹⁶, über die Lieferung von Selbstbausätzen und Kaminen, den Einbau eines Treppenliftes¹⁷ oder eines Wintergartens¹⁸.

Mit der Neuregelung des Bauvertragsrechts wird ein eigenständiges Widerrufsrecht für Verbraucherbauverträge, d.h. beim Bau eines neuen Gebäudes oder erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude für den Verbraucher verbunden mit entsprechenden Informations- und Belehrungspflichten für den Unternehmer geschaffen.

In der Beratungspraxis werden das Bestehen und die wirksame Ausübung eines Widerrufsrechtes meist nur zu prüfen sein, wenn es um die Rückgabe bereits ausgetauschter Leistungen, die Erstattung von Kosten, den Anspruch des Unternehmers auf Wertersatz oder des Verbrauchers auf Ausgleich eventueller Nachteile aus dem widerrufenen Vertrag geht. Anspruchsgrundlagen sind die §§ 355 Abs. 3 Satz 1, 355 Abs. 1, 312g Abs. 1, 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Nr. 11, 312b o. 312c o. 650k, 356 o. 356d, 357 Abs. o. 357d.¹⁹

I. Bestehen eines Verbraucherschützenden Widerrufsrechts im Richtlinienbereich

Ein Recht zum Widerruf der Vertragserklärung nach den §§ 355 ff. ist nur gegeben, wenn eine andere Vorschrift hierauf verweist. Es muss sich um einen Verbrauchervertrag handeln, bei dem in der Regel neben dem Widerrufsrecht und der besonderen Informationspflicht über das Bestehen des Widerrufsrechts auch allgemeine Informationspflichten des Unternehmers bestehen.

1. Anwendungsbereich der §§ 312 ff.

Es muss zunächst die Vertragserklärung eines Verbrauchers vorliegen, die auf den Abschluss eines Verbrauchervertrages i.S.v. § 310 Abs. 3 gerichtet ist. Der Vertrag selbst braucht dabei noch nicht geschlossen zu sein. Entsprechend § 312 Abs. 1 soll es sich um einen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher handeln, der eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand hat.

11 So die langjährige Forderung der Verbraucherverbände.

12 Für Makler: Grams, ZfR 2014, 319; für Miete: Streyll, NZM 215, 433; Mediger, NZM 2015, 185; für Kunsthandel: Strobl, NJW 2015, 721; für online-Handel: Föhlich/Dyakova, MMR 2013, 71; für Verwalterverträge der WEG: Jacoby, ZWE 2016, 68; für Anwaltsverträge: Ernst, NJW 2014, 817; Härting, NJW 2016, 2937; für arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge: Fischinger/Werthmüller, NZA 2016, 193.

13 Vgl. BGH, Urt. v. 10.03.2016 – VII ZR 214/15 für die Privilegierung zur Sicherheitsleistung gem. § 648a Abs. 6 Nr. 2.

14 Vgl. LG Münster, Urt. v. 04.11.2015 – 2 O 127/15.

15 Angeblich beruht der Ansatz des Richtliniengesetzgebers zum Ausschluss des Wertersatzes auf entsprechenden

- 16 Wobei hier die Grenzziehung zur Bereichsausnahme von § 312g Abs. 2 Nr. 4 (untrennbare Vermischung) zu beachten ist, wenn bspw. Kies, Zement und Wasser geliefert werden, um eine Betonmischung vor Ort herstellen zu können.
- 17 Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 10.11.2009 – 19 U 34/09 .
- 18 BGH, Urt. v. 19.11.1998 – VII ZR 424/97 .
- 19 „Eine übersichtliche Normenkette mit einfach zu lesenden Vorschriften führt sicher ans Ziel. Für einen Verbraucher dürfte das nicht viel schwieriger zu bewältigen sein als für einen Juristen“, in Anlehnung an die Polemik von Streyll, NZM 2015, 433 (434) zum Widerruf im Wohnungsmietrecht.

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 1 - BauR 2017 Heft 3 - 456
<< >>

a) Begriff des Verbrauchers

Verbraucher ist jede natürliche Person, die Rechtsgeschäfte zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können (§ 13). Durch das neu eingefügte Wort „überwiegend“ wird klargestellt²⁰, dass Verbraucher auch derjenige ist, der ein Rechtsgeschäft zu gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Zwecken abschließt, wenn diese nicht überwiegen. Mit der Neuregelung wird der Verbraucherbegriff im deutschen Recht bei Mischverträgen damit deutlich großzügiger gehandhabt.²¹ Durch die Rechtsprechung ist klargestellt, dass rechtsgeschäftliches Handeln einer natürlichen Person grundsätzlich als Verbraucherhandeln anzusehen ist und dass bei Zweifelsfällen, in welche Sphäre das konkrete Handeln einzuordnen ist, zu Gunsten der Verbrauchereigenschaft zu entscheiden sein wird.²² Eine Zurechnung entgegen dem mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln objektiv verfolgten Zweck kommt daher nur dann in Betracht, wenn die erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die natürliche Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Zwecke handelt.²³ Dies war nach Ansicht des BGH²⁴ bei einer Rechtsanwältin, die mehrere Lampen bestellt und in ihre Kanzlei hatte liefern lassen, nicht der Fall, so dass ein Widerrufsrecht gegeben war.

b) Mehrere Personen

Nicht völlig geklärt ist, ob Personenmehrheiten als Verbraucher gelten.²⁵ Entschieden hat der Bundesgerichtshof²⁶ über die Verbrauchereigenschaft der Wohnungseigentümergeinschaft. Er kommt zum Ergebnis, dass eine Verbrauchereigenschaft der WEG vorliegt, wenn ihr mindestens eine natürliche Person angehört, die Verbraucher ist, so dass die WEG als Verbraucher zu behandeln ist.²⁷ Dem steht ausdrücklich nicht entgegen, dass die WEG vom Verwalter vertreten wurde.²⁸

c) Entgeltliche Leistung

Dem Wortlaut nach stellt § 312 Abs. 1 auf eine entgeltliche Leistung des Unternehmers ab. Diese wird im Regelfall vorliegen, weil der Verbraucher den Kaufpreis oder die Vergütung in Geld oder vergleichbaren Zahlungsmitteln entrichtet. Unschädlich ist dabei, wenn das Entgelt (weisungsgemäß) an Dritte entrichtet wird und ebenso, wenn das Entgelt in einem separaten Vertrag versprochen wird.²⁹ Kritisch ist aber, dass sich das Merkmal der Entgeltlichkeit in Art. 2 Nr. 5 und 6 VRRL zwar findet, aber nicht in der Abgrenzung des Anwendungsbereichs der VRRL selbst, weil Art. 3 VRRL „jegliche Verträge“ einbezieht.³⁰ Hieraus wird geschlussfolgert, dass das Merkmal der Entgeltlichkeit im Interesse eines umfassenden Verbraucherschutzes unbeachtlich ist.³¹ Jedenfalls sei der Begriff im Interesse des Verbraucherschutzes weitmöglichst auszulegen.³² Auf die Frage der Entgeltlichkeit kann es jedoch ankommen bei einer Bürgschaft.³³ Aufhebungs- und Änderungsverträge stellen in der Regel Verträge über eine entgeltliche Leistung dar.³⁴

Anwendung findet die Vorschrift auch, wenn der Verbraucher als Gegenleistung Daten zur Verfügung stellt. Daten sind Geldwerte, worauf die Geschäftsmodelle vieler Internetdienste aufbauen.³⁵ Da es sich oft nur vordergründig um „kostenlose Angebote“ handelt, ist auch die Weitergabe personenbezogener Daten bzw. die Einwilligung zu deren Speicherung, Nutzung oder Weitergabe als Entgelt für eine Leistung des Unternehmers anzusehen.³⁶

20 BT-Drucks. 17/13951, S. 61.

21 Loacker, JZ 2013, 234 (236).

22 Vgl. BGH, Urt. v. 30.09.2009 – VIII ZR 7/09, Rdnr. 10.

- 23 BGH, a.a.O. Rdnr. 11.
- 24 BGH, a.a.O.
- 25 Ausführlich hierzu MünchKomm.-Micklitz/Pumhagen, 7. Aufl. 2015, § 13 Rdnr. 17-21; Tamm, in: Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, 2. Aufl. 2016, § 2.
- 26 BGH, Urt. v. 25.03.2015 – VIII ZR 243/13 .
- 27 Zu einem Rahmenvertrag über die Belieferung mit Erdgas.
- 28 Vgl. BGH a.a.O. Rdnr. 57.
- 29 MünchKomm.-Wendehorst, 7. Aufl. 2016, § 312 Rdnr. 18.
- 30 Wendehorst, a.a.O. Rdnr. 19.
- 31 So ggf. Brönneke/Schmidt, VuR 2014, 3, unter Verweis auch auf die Gesetzesmaterialien, wo zur Begründung ausgeführt ist „lediglich Verträge, bei denen überhaupt keine Gegenleistung geschuldet wird, insbesondere also Schenkungsverträge, sind demnach vom Anwendungsbereich ausgeschlossen“ (BT-Drucks. 17/1391, S. 110); Schärftl, JuS 2014, 577 (578).
- 32 So MünchKomm.-Wendehorst, § 312 Rdnr. 19; Palandt/Grüneberg, 76. Aufl., 2017, § 312 Rdnr. 3.
- 33 Die im Rahmen dieses Aufsatzes nicht behandelt wird, hierzu Stürmer, in: Prütting/Wegen/Weinreich PWW, 11. Aufl. 2016, § 312 Rdnr. 7. Ausführlich hierzu auch Tamm, in: Tamm/Tonner, § 8 Rdnr. 18.
- 34 Franz, JuS 2007, 14; differenzierend Fischinger/Werthmüller, NZA 2016, 193 (196) für die Abfindung beim arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrag.
- 35 Brönneke/Schmidt, VuR 2014, 3; Tamm, a.a.O., § 8 Rdnr. 23; Stürmer, JA 2015, 30 (35).
- 36 Brönneke/Schmidt, VuR 2014, 3.

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 1 - BauR 2017 Heft 3 - 457
 << >>

Auch wenn § 312 eindeutig darauf zugeschnitten ist, dass der Unternehmer die vertragstypische Leistung erbringt und der Verbraucher die Vergütung entrichtet, sind weder nach dem Wortlaut des Gesetzes noch nach der Vorgabe der Richtlinie so genannte „umgekehrte Verbraucherverträge“ ausgeschlossen.³⁷ So ist z.B. denkbar, dass der mit der Sanierung beauftragte Unternehmer dem Auftraggeber unter Verweis auf moderne Heizmöglichkeiten den antiken Ofen abschwätzt, um ihn „zu entsorgen“.³⁸ Auch in dieser Konstellation besteht Verbraucherschutz und der Unternehmer hat den Verbraucher zutreffend zu informieren und über sein Widerrufsrecht zu belehren.

d) Ausnahmen vom Anwendungsbereich

Verschiedene Ausnahmen vom Anwendungsbereich sind in § 312 Abs. 2 genannt. Hier wird durch die gesetzliche Regelung ein Schutzbedürfnis des Verbrauchers für bestimmte, den Unternehmer treffende Pflichten nicht gesehen. Für das Vorliegen dieser Ausnahmetatbestände ist der Unternehmer darlegungs- und beweispflichtig.³⁹ Für eine Reihe von abschließend aufgezählten Verträgen gelten nach § 312 Abs. 2 nur die Offenbarungspflicht bei Telefonanrufen und Entgeltbegrenzungen. Hierzu gehören notariell beurkundete Verträge (Nr. 1), Grundstücksverträge (Nr. 2) aber vor allem auch „große“ Bauverträge (Nr. 3)⁴⁰ sowie „Bagatelverträge“ (Nr. 12⁴¹). Für diese Verträge entfallen das Widerrufsrecht aber auch die verbraucherschützenden Informationspflichten nach §§ 312a, 312d ff.⁴²

Nach § 312 Abs. 2 Nr. 1 fallen notariell beurkundete Verträge über Finanzdienstleistungen aus dem Anwendungsbereich.⁴³ Die Ausnahme wird begründet mit den Aufklärungs- und Beratungspflichten des Notars nach § 17 BeurkG.⁴⁴ Verträge über die Begründung, den Erwerb oder die Übertragung von Grundstücken sind ebenfalls nach § 312 Abs. 2 Nr. 2 befreit. Gleiches gilt für Verkäufe aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nach Nr. 13.

Bauverträge sind nicht generell vom Anwendungsbereich ausgenommen, sondern nur Verträge über den Bau von neuen Gebäuden oder damit vergleichbare erhebliche Umbaumaßnahmen (§ 312 Abs. 2 Nr. 3) – jetzt als Verbraucherbauvertrag bezeichnet (§ 650h). Die hierzu in der Gesetzesbegründung für die Ausnahme abgegebene Erklärung, wonach ein besonderer Verbraucherschutz nicht notwendig sei, weil sich der Verbraucher für derartige Geschäfte einer Tragweite des Vertragsabschlusses bereits bewusst sei, war nicht überzeugend und bildete die Situation der bauwilligen Verbraucher, insbesondere in der aktuellen Marktlage nicht ab. Der Verbraucher befindet sich in der Anbahnung eines Vertrages über den Bau eines neuen Gebäudes sehr häufig in der gleichen Verhandlungssituation und verfügt gerade bei einem so komplexen Vertrag wie der Neuerrichtung eines Hauses über ein hohes Informationsdefizit gegenüber dem fachkundigen Unternehmer.

Die vielfältig geäußerte Kritik hieran⁴⁵ war und ist berechtigt. Sie hat schließlich dazu geführt, dass die

Empfehlung aus dem Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim BMJ⁴⁶ zur Aufnahme der gesetzlichen Regelung über ein Widerrufsrecht für Verbraucherbauverträge nach § 650k⁴⁷ geführt hat (siehe III).

2. Informationspflichten § 312a

Das Europäische Verbraucherrecht verfolgt mit der Schaffung einheitlicher Verbraucherrechtsstandards das Ziel, den Binnenmarkt funktions-

37 Vgl. hierzu Maume, NJW 2016, 1041.

38 Zu denken ist auch an die Aufstellung von Werbeschildern für den Unternehmer oder die Einräumung von Hausbesichtigungsmöglichkeiten als Referenzobjekt.

39 Insoweit gilt die Rechtsprechung zum alten Recht, vgl. BGH, Urt. v. 15.04.2010 - III ZR 218/09 .

40 Siehe jetzt aber § 650k.

41 Sofort gegenseitig erfüllte Verträge bei einem Entgelt, das 40 € nicht übersteigt.

42 Im Interesse eines hohen Verbraucherschutzes hat der Gesetzgeber davon abgesehen, die §§ 312 ff. für die Bereichsausnahmen für gänzlich unanwendbar zu erklären, Palandt/Grüneberg, § 312 Rdnr. 23.

43 Vgl. Art. 3 Abs. 3 Buchst. i) VRRL.

44 Erfasst sind notarielle Verträge aber nur, wenn sich die Pflicht zur Beurkundung aus dem Gesetz ergibt. Auf Verträge, die notariell beurkundet werden, obwohl eine Verpflichtung hierzu nicht besteht, trifft dies nur dann zu, wenn der Notar darüber belehrt, dass die Informationspflichten nach § 312d Abs. 1 und das Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 entfallen, vgl. PWW/Stürmer, § 312 Rdnr. 11.

45 Vgl. Glöckner, BauR 2014, 411 (416) ; Brönneke/Schmidt, VuR 2014, 3 (6).

46 Vgl. den veröffentlichten Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz vom 18.06.2013, S. 13 ff., 15, http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Abschlussbericht_der_Arbeitsgruppe_Bauvertragsrecht_beim_BMJ.pdf?__blob=publicationFile , site zul. besucht am 09.01.2017.

47 Der Text in § 312 Abs. 2 wird angepasst und Nr. 3 lautet neu: Verbraucherbauverträge nach § 650h Abs. 1.

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau - Teil 1 - BauR 2017 Heft 3 - 458

<< >>

fähig zu gestalten. Es geht um den Schutz des universellen, auf dem Binnenmarkt agierenden und entsprechend aufgeschlossenen Verbrauchers.⁴⁸ Die Stellung des Verbrauchers am Markt soll durch objektive Informationen gestärkt werden und strukturelle Ungleichgewichtslagen sollen ausgeglichen werden. Pflichtangaben und Informationsgebote in den Verbraucherrichtlinien sollen der Herstellung realer Entscheidungsfreiheit dienen und gleichzeitig Geschäftsabläufe effizienter machen.⁴⁹

Mit § 312a Abs. 2 BGB wird ein acht Punkte umfassender Katalog von vorvertraglichen Informationspflichten eingeführt, die prinzipiell für alle (übrigen) Verbraucherverträge gelten, sofern diese nicht einer spezielleren Regelung zur Information unterliegen.⁵⁰ Diese allgemeinen Informationspflichten gelten nicht für Geschäfte des täglichen Lebens, die bei Vertragsschluss sofort erfüllt werden. Es besteht keine Informationspflicht, wenn sich eine Information ohnehin aus den Umständen ergibt.⁵¹ Im Übrigen erfolgt der Verweis auf Art. 246 EGBGB .⁵²

Nach § 312a Abs. 3 kann eine Vereinbarung über die Zahlungspflicht zu Nebenkosten nur ausdrücklich getroffen werden.⁵³ Damit ist ohne eine ausdrückliche Vereinbarung, die mit dem Verbraucher getroffen wird und entsprechender Information, kein Anspruch auf Ersatz von Nebenkosten gegeben.⁵⁴ Ein solcher ergibt sich für den Architekten dann insbesondere auch nicht isoliert aus § 14 HOAI .

Für Verträge, die notariell beurkundet werden, gelten nach der gesetzlichen Regelung weder die allgemeinen⁵⁵ noch die besonderen⁵⁶ Informationspflichten. Dies führt dazu, dass eine originäre Belehrungspflicht des Notars an den Verbraucher darüber entsteht, dass der Verbraucher im Rahmen der Beurkundung gerade nicht die sonst gesetzlich vorgeschriebenen Informationen erhält.

Eine eingeschränkte Informationspflicht besteht nach Art. 246a § 2 EGBGB , wenn der Verbraucher bei einem Vertrag über Reparatur- und Instandhaltungsarbeiten die Dienste des Unternehmers anfordert, wobei selbst dann noch vor Vertragsschluss auf einem dauerhaften Datenträger die Identität und die Kontaktdaten offen gelegt werden müssen, während über die wesentlichen Eigenschaften der Leistungen und das Widerrufsrecht formlos informiert werden darf, sofern sich der Verbraucher damit ausdrücklich einverstanden erklärt.⁵⁷ Weitere Voraussetzung ist, dass die geschuldete Vergütung 200 € nicht übersteigt und die beiderseitigen Leistungen sofort erfüllt werden müssen. Damit dürfte der Anwendungsbereich

endgültig entfallen. Die betreffende Leistung dürfte dann aus steuerrechtlicher Sicht für den Verbraucher als so genannte haushaltsnahe Dienstleistung oder Handwerkerleistung i.S.v. § 35a EStG⁵⁸ anzusehen sein, was die Frage aufwirft, ob der Unternehmer zwar nicht aus dem eingeschränkten Katalog der Informationspflichten, aber aus dem Rechtsgedanken von § 241 Abs. 2 verpflichtet ist, den Verbraucher hierauf hinzuweisen und eine hierfür geeignete Abrechnung zu erstellen. Einen steuerlichen Vorteil erlangt der Verbraucher allerdings nur, wenn die Zahlung durch den Verbraucher an den Unternehmer nicht in bar, sondern durch Überweisung auf die ausgestellte Rechnung erfolgt. Da der Handwerker wiederum seine Rechnung in der Regel nicht sofort bei Abschluss der Arbeiten ausstellen kann, wird in diesen Fällen das Kriterium der sofortigen beiderseitigen Erfüllung nicht erreicht werden können. Dies wiederum hat zur Folge, dass der Handwerker in den genannten Fällen aus der Privilegierung der erleichterten Informationspflichten fällt und der umfassenden Informationsverpflichtung unterliegt.

3. Ausschließende Einzelmaßnahmen § 312g Abs. 2, 3

Trotz einer grundsätzlichen Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 312b ff. ist in § 312g Abs. 2⁵⁹

48 Glöckner, in: Glöckner/von Berg, Einleitung V Rdnr. 5.

49 Vgl. Glöckner, a.a.O. Rdnr. 8.

50 Z.B. für AGV u. Fernabsatzverträge in § 312d; zudem enthält § 312a Abs. 1 die Offenlegungspflicht bei Telefonanrufen des Unternehmers.

51 Vgl. Tamm, VuR 2014, 9 (10) zur Frage, wann solche „Umstände“ vorliegen.

52 Dessen Katalog von aufgelisteten Informationen allerdings nicht abschließend ist, da die VRRL insoweit nur die Mindestharmonisierung vorgesehen hat (Art. 5 Abs. 4 VRRL).

53 Zu den Kostenregelungen im Einzelnen Schomburg, VuR 2014, 18.

54 Zu den einzelnen Sanktionsmöglichkeiten detailliert: Tamm, VuR 2014, 9.

55 § 312a Abs. 2.

56 § 312d.

57 Wendehorst, NJW 2014, 557 (581) [BGH 15.10.2013 - XI ZB 2/13], die dieses als ein „erleichtertes Informationsregime“ bezeichnet, allerdings mit lächerlich schmalen Anwendungsbereich bezeichnet.

58 Hierzu: BMF-Schreiben vom 15.02.2010 (Überarbeitet 10.01.2014).

59 Typischerweise fehlende andere Verwertbarkeit (Nr. 1–4), Ausschluss von Spekulationen (Nr. 5, 8), Missbrauchsgefahr (Nr. 6, 7).

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 1 - BauR 2017 Heft 3 - 459

<< >>

und 3⁶⁰ ein weiterer Katalog⁶¹ von Einzelmaßnahmen genannt, für die ein Widerrufsrecht nicht besteht.⁶² Bedeutsam für Verträge am Bau ist § 312g Abs. 2 Nr. 1, wonach kein Widerruf möglich ist, wenn die Lieferung von Waren⁶³ betroffen ist, die nicht vorgefertigt sind und für deren Herstellung eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher maßgeblich ist oder die eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten sind. Kein Widerrufsrecht besteht nach § 312g Abs. 2 Nr. 4 bei der Lieferung von Waren, wenn diese nach ihrer Lieferung untrennbar mit anderen Gütern vermischt werden.⁶⁴

Ein Ausschlussbestand nach § 312g Abs. 2 betrifft *nur* das Widerrufsrecht und ändert nichts an den Informationspflichten.⁶⁵

II. Situative Voraussetzungen

Ein Widerrufsrecht besteht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, bei Fernabsatzverträgen und bei Verbraucherbauverträgen.⁶⁶ Die Bedeutung Europäischer Verbraucherrichtlinien im Bereich der Verträge am Bau war in der Vergangenheit gering. Mit den Neuregelungen zu den außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen durch die Verbraucherrechtlinie haben sich aber teilweise umfassende und von der Baupraxis bisher nur partiell wahrgenommene Veränderungen ergeben. Der Anwendungsbereich von Verträgen, die außerhalb von Geschäftsräumen oder im Fernabsatz geschlossen werden, dürfte erheblich sein. Der bisherige Ausschluss des besonderen Verbraucherschutzes in denjenigen Fällen, in denen der Unternehmer auf Wunsch des Verbrauchers zu dessen Wohnung kommt⁶⁷, existiert jedenfalls nicht mehr.

1. Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (AGV)

Der Außergeschäftsraumvertrag (AGV)⁶⁸ ist ein Vertrag, den der Verbraucher mit dem Unternehmer außerhalb von dessen Geschäftsräumen schließt. Es handelt sich um eine völlig neue Kategorie, die mit der früheren „Haustürsituation“ nur noch beschränkt Gemeinsamkeiten hat. Zwar lässt sich aus Erwägungsgrund 37 der VRRL noch immer herleiten, dass die gesetzliche Intention der Begegnung eines Überraschungseffekts des Verbrauchers beibehalten wurde. Das Bestehen eines Widerrufsrechts für AGV ist jedoch nicht davon abhängig, dass der Verbraucher etwa eine Beeinträchtigung seiner Willensfreiheit für den konkreten Vertragsabschluss nachweisen müsste, sondern das Widerrufsrecht besteht, wenn objektiv eine der in § 312b Abs. 1 abschließend aufgezählten Situationen vorliegt. Der Verbraucher hat dann die Möglichkeit einer nachvertraglichen Bedenkfrist, die auch dann besteht, wenn er nicht überrascht oder überrumpelt wurde.

a) Verbrauchervertrag

Voraussetzung ist zunächst, dass ein Verbrauchervertrag i.S.v. § 310 Abs. 3 vorliegt. Es muss sich um eine Vertragsbeziehung zwischen dem Verbraucher und dem Unternehmer handeln.⁶⁹ Bei so genannten dual-use-Geschäften kommt es auf den Schwerpunkt der Zielsetzung an.⁷⁰ Wird für den Verbraucher ein Vertreter tätig, so kommt es darauf an, ob der Vertreter das Geschäft in einer Situation geschlossen hat, die dem AGV entspricht.⁷¹ Wird der Verbraucher z.B. im Rahmen einer Einzelgewerksvergabe durch einen Architekten vertreten, so handelt dieser Architekt in der Regel als Unternehmer, da die Vergabe zu seiner eigenen unternehmerischen Tätigkeit zählt. Unter Verweis auf die Rechtsprechung zur Haustürwiderrufssituation

-
- 60 Subsidiarität des 312g gegenüber speziell gesetzlich geregelten Widerrufsrechten, z.B. in § 495 für Verbraucherdarlehensverträge.
- 61 Selbst das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufsrechts ist nicht zu Gänze in § 312g geregelt, sondern wird ergänzt durch § 356 Abs. 4 und 5; vgl. MünchKomm.-Wendehorst, § 312g Rdnr. 2.
- 62 Die Ausschlüsse greifen jedoch nicht, wenn die Parteien etwas anderes vertraglich vereinbart haben, vgl. Palandt/Grüneberg, § 312g Rdnr. 3; MünchKomm.-Wendehorst, § 312g Rdnr. 13 f.
- 63 Die Vorschrift ist als Ausnahme eng auszulegen. Sie kann nicht auf Bauleistungen oder Planungen übertragen werden.
- 64 Was zu zahlreichen Wertungswidersprüchen führen kann, vgl. MünchKomm.-Wendehorst, § 312g Rdnr. 27 ff.
- 65 MünchKomm.-Wendehorst, § 312g Rdnr. 12.
- 66 Auch bei weiteren Vertragstypen wie Finanzgeschäften, die hier aber nicht behandelt werden.
- 67 Vgl. § 312 Abs. 1 Nr. 3 BGB a.F.
- 68 Die verkürzte Bezeichnung und die Abkürzung hat sich zwischenzeitlich im Schrifttum durchgesetzt; sie geht wohl auf einen Aufsatz von Artz zurück.
- 69 So dass b2b- oder c2c-Verträge ausscheiden.
- 70 Tamm, in: Tamm/Tonner, Verbraucherrechte, 2. Aufl. 2016, § 8 Rdnr. 36 mit Beispielen und Nachweisen.
- 71 Vgl. Tamm, a.a.O. Rdnr. 42 mit Beispielen und Nachweisen.

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 1 - BauR 2017 Heft 3 - 460

<< >>

wird darauf abgestellt, dass § 312b nach seinem Sinn und Zweck hierauf nicht angewendet werden kann.⁷² Eine solche Betrachtung ist allerdings nicht zwingend, weil durch die Neuregelung gerade die Kausalität der besonderen Vertriebssituation für die Abgabe der Willenserklärung des Verbrauchers nicht mehr verlangt wird.⁷³ Das Urteil des BGH zur Verbrauchereigenschaft der Wohnungseigentümergeinschaft hat dies verdeutlicht. Diese war beim Abschluss des streitgegenständlichen Vertrages vertreten vom Verwalter. Hierin hat der BGH zutreffend keine Einschränkung für die Verbraucher-Position der WEG gesehen.⁷⁴ Etwas anderes soll nach BGH nur gelten, wenn eine verbraucherschützende Norm gerade an die Umstände des Vertragsabschlusses anknüpft, also einen (speziellen) situativen Übereilungsschutz gewährleisten soll, den der Gesetzgeber aufgrund der mit der Verhandlungssituation verbundenen Gefahr einer unzulässigen oder unangemessenen Beeinflussung für erforderlich gehalten hat.⁷⁵ Die gesetzlichen Neuregelungen sind jedoch nicht mehr auf das typische Direktvertriebsgeschäft zugeschnitten.⁷⁶ Es spielt z.B. keine Rolle mehr, ob der Verbraucher den Besuch des Unternehmers herbeigeführt hat oder nicht und ob eine etwaige Überrumpelungssituation für den Vertragsschluss tatsächlich kausal war.⁷⁷ Es spricht nach der Wertung des BGH einiges dafür, dass dem vom Architekten vertretenen Verbraucher-Bauherren nicht nur Informationsrechte sondern u.U. auch ein Widerrufsrecht zustehen könnte.⁷⁸

b) Geschäftsraum

Dem Merkmal des Geschäftsraumes kommt eine besondere Bedeutung zu. Er ist das zentrale negative Merkmal des Anwendungsbereiches von § 312b Abs. 2 Satz 1, welcher auf Art. 2 Nr. 9 VRRL zurückgeht. Geschäftsräume sind alle Gewerberäume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit dauerhaft und für gewöhnlich ausübt. Unbewegliche Geschäftsräume sind klassische Ladenlokale, Firmengebäude, Verkaufsausstellungen oder auch Musterhäuser eines bestimmten Hausanbieters. Bei beweglichen Geschäftsräumen handelt es sich zum Beispiel um den Verkaufswagen eines Händlers⁷⁹, aber auch um den Verkaufscontainer eines Hausanbieters am Rande eines zur Bebauung vorgesehenen Grundstücks. Die Anwaltskanzlei des den Unternehmer vertretenden Anwalts ist nicht Geschäftsraum⁸⁰ dieses Unternehmers, erst recht nicht die Kanzlei des Verbrauchervertreeters. Räume, in denen ein Dritter im Namen oder Auftrag des Unternehmers dauerhaft oder für gewöhnlich seine Tätigkeit ausübt, stehen Geschäftsräume des Unternehmers gleich.⁸¹

c) Messestände

Problematisch sind Messe-, Ausstellungs- oder Marktstände.⁸² Vom Wortlaut her fallen diese Stände unter den Begriff des Geschäftsraums, sofern der Unternehmer hier seiner gewöhnlichen Beschäftigung nachgeht.⁸³ Fraglich ist daher, ob nur vorübergehende oder gar auch „fachfremde“ Messe- oder Marktstände als solche anzusehen sind, in denen der Unternehmer seinen Vertrieb „dauerhaft“ oder „gewöhnlich“ ausübt. Fraglich ist auch, ob es hierbei auf die Sichtweise und die interne Organisation allein des Unternehmers oder allein auf die subjektive Betrachtungsweise durch den Verbraucher ankommen kann oder ob eine objektivierte Betrachtung geboten ist. Nach der wohl als herrschend anzusehenden Ansicht sind Verkaufsstände auf Messen wegen der ausdrücklichen Erwähnung in der Richtlinie regelmäßig als Geschäftsräume des Unternehmers anzusehen und zwar selbst dann, wenn sie nur saisonbedingt über eine kürzere Zeit im Jahr betrieben werden.⁸⁴ Selbst der Unternehmer, der grundsätzlich seine Produkte im Onlinehandel vertreibt und nur ganz ausnahmsweise einen Verkaufsstand auf einer Messe errichtet, aber nicht über ein ge-

72 Vgl. Palandt/Grüneberg, § 312b Rdnr. 8.

73 Brönneke/Schmidt, VuR 2014, 3 (4).

74 BGH-Urt. v. 25.03.2015 – VIII ZR 243/13, Rdnr. 57 und Rdnr. 53.

75 Vgl. BGH, a.a.O. Rdnr. 53 m.w.N.; zum alten Recht.

76 BT-Drucks. 17/12637, S. 49.

77 Weil auch der objektiv nicht überrumpelte oder getäuschte Verbraucher allein bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen von seinem Widerrufsrecht Gebrauch machen kann.

78 Jedenfalls dürfte dies bei Fernabsatzverträgen immer der Fall sein.

79 Nicht erforderlich ist, dass dieser über „4 Wände und ein Dach“ verfügt; nicht erfasst wird ein fliegender Händler, der ausnahmsweise im öffentlichen Raum auftritt, vgl. Brönneke/Schmidt, VuR 2014, 3 (4).

80 Vgl. Hohlweger/Ehmann, GWR 2014, 211 (212).

81 Vgl. Brinkmann/Ludwigkeit, NJW 2014, 3270 (3272).

82 Sie waren als Fallgruppe von den vorherigen Haustürwiderrufsregelungen nicht erfasst, vgl. Klocke, EuZW 2016, 411.

83 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 22 VRRL; BT-Drucks. 17/12637, S. 49.

84 Brinkmann/Ludwigkeit, NJW 2014, 3270; MünchKomm.-Wendehorst, § 312b Rdnr. 11.

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 1 - BauR 2017 Heft 3 - 461
<< >>

sondertes Ladenlokal verfügt, soll diesen Verkaufsstand als Geschäftsraum bezeichnen dürfen. Für die Gegenmeinung genügt die nur gelegentliche Teilnahme, zum Beispiel die einzige Teilnahme eines Kunsthändlers an der Art Cologne für die Begründung eines Geschäftsraums nicht, da dieser Händler seine Tätigkeit nicht gewöhnlich dort ausübt.⁸⁵ Diese Kriterien werden für den Verbraucher kaum zu überprüfen sein. Er wird in der Regel nicht beurteilen können, ob ein Verkaufsstand auf einem wöchentlich stattfindenden Markt regelmäßig oder nur an einem einzigen Verkaufstag im Jahr vertreten ist.⁸⁶ Das Gleiche dürfte für einen Messestand gelten, auch wenn die Messe in dieser oder ähnlicher Organisationsform mehrfach im Jahr stattfinden sollte. Die Unterscheidung ist auch verfehlt. Das Pflichtenregime des Unternehmers würde letztlich davon abhängen, ob die Nutzung eines Messestandes als dauerhaft oder gewöhnlich angesehen werden kann.⁸⁷ Unklar wäre auch die Rechtslage, wenn der Unternehmer erstmalig einen Messestand nutzt und noch gar nicht klar ist, ob er ein weiteres Mal auf eine Messe kommen will.

Nach einer anderen Ansicht ist danach zu unterscheiden, ob der Verbraucher in der konkreten Verkaufsumgebung mit dem spezifischen Angebot einer Ware oder Dienstleistung rechnen musste oder ob

das betreffende Angebot derartig aus dem üblichen Rahmen fällt, dass es als „ungewöhnlich“ zu gelten hat.⁸⁸ So wurde für einen Verkaufsstand für Dampf-Staubsauger auf der einmal im Jahr stattfindenden „Grünen Woche“ in Berlin, der sich in der gesonderten Messehalle Haustechnik befand, entschieden, dass Verträge, die dort abgeschlossen werden, keinem Widerrufsrecht unterliegen, weil sie nicht außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen wurden.⁸⁹ Dagegen wurde ebenfalls für den Vertrieb eines Dampfsaugers auf der Messe „Reisen“ in Hamburg festgestellt, dass eine „fachfremde“ Ware oder Dienstleistung angeboten werde und der Verbraucher auf der betreffenden Messe hiermit nicht rechnen müsse.⁹⁰ Damit lag ein AGV vor und der Verbraucher besaß ein Widerrufsrecht.⁹¹ Diese Unterscheidung lässt aber offen, ob themenfremde Marktstände durch wiederholte Übung in das Thema des Marktes hineinwachsen können. Ein wiederholtes Auftreten auf diesem Markt könnte dann gerade die gewöhnliche Ausübung i.S.v. § 312b begründen.⁹² Zudem darf für den Unternehmer kein Anreiz geschaffen werden, auf mobile Verkaufsmöglichkeiten auszuweichen, um sich dem Schutz des Verbraucherrechts zu entziehen.⁹³

Es sollte daher darauf ankommen, dass neben der objektiven Erkennbarkeit einer bestimmten Infrastruktur als Geschäftsraum für den Verbraucher bei wertender Betrachtung sich nicht der Verbraucher bewusst zum Geschäftsraum des Unternehmers bewegt, sondern dass sich der Unternehmer zum Verbraucher bewegt.⁹⁴

Begibt sich der Verbraucher auf eine „Hausmesse“, so wird er grundsätzlich damit rechnen müssen, dass ihm hausspezifische Produkte durch speziell hierfür vorbereitete Messestände und entsprechend geschulte Verkäufer angeboten werden und dass bei Erwerb eines derartigen Produktes oder der Bestellung einer fachspezifischen Dienstleistung kein Widerrufsrecht besteht, weil es sich um einen Geschäftsraum des Unternehmers gehandelt hat. Wird der Verbraucher zum Abschluss eines kompletten Hausbauvertrages veranlasst, was nach den Erfahrungen der Verbraucherverbände nicht selten

85 Vgl. Strobl, NJW 2015, 721 (722).

86 Auch übt ein Verkaufsstand mit nur vorübergehendem Aufenthalt unter Umständen einen besonderen Kaufanreiz aus, weil der Verbraucher dessen Verschwinden und damit das Entgehen einer besonderen Gelegenheit befürchtet, vgl. Klocke, EuZW 2016, 411 (412).

87 Während im Fernabsatz die systematische Nutzung der Vertriebsmethode gerade die Geltung des verschärften Pflichtenregimes auslöst, würde bei AGV umgekehrt das verschärfte Pflichtenregime bei mehrfacher Anwendung ausgeschlossen werden, so MünchKomm.-Wendehorst, § 312b Rdnr. 12.

88 Glöckner, BauR 2014, 411 (419), der meint, dass ein überschießender Schutz vorliegt, weil Verbraucher sich in aller Regel in Kenntnis des kommerziellen Charakters von Verbrauchermessen und meist sogar mit eigenen bereits vorgeformten geschäftlichen Absichten auf solche Veranstaltungen begeben würden.

89 Vgl. LG Freiburg, Urte. v. 22.10.2015 – 14 O 176/15, mit ausführlichen und beachtlichen Urteilsgründen; bestätigt von OLG Karlsruhe, Urte. v. 10.06.2016 – 4 U 217/15.

90 Vgl. AG Pinneberg, Urte. v. 11.01.2016 – 68 C 7/15 mit der Begründung, dass man großformatige Dampfsauger auf eine Reise nicht mitnehmen werde und die Argumentation des Verkäufers, man könne ein Wohnmobil damit reinigen, nicht ausreichend sei, den fachfremden Eindruck zu beseitigen.

91 Gleiches dürfte gelten, wenn im Vorraum eines Supermarktes neben dem Stand für Bio-Gemüse und dem weiteren Stand für regionale Würsterzeugnisse der Verkaufsstand des Haustürvertreibers angesiedelt ist, der seinen Verkaufsbereich regional ausweiten möchte.

92 Vgl. Klocke, EuZW 2016, 411 (412).

93 Vgl. Klocke, a.a.O. S. 413.

94 MünchKomm.-Wendehorst, § 312b Rdnr. 13.

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 1 - BauR 2017 Heft 3 - 462

<< >>

auch dadurch geschieht, dass dem Verbraucher das Bestehen eines vermeintlichen 14-tägigen „Rücktrittsrechts“ suggeriert wird, so kommt es auf die Frage des Geschäftsraums nicht an, weil schon der Anwendungsbereich entsprechend § 312 Abs. 2 Nr. 3 nicht eröffnet ist. Maßgeblich ist dann allein die Neuregelung von § 650k, der bei Verträgen über den Bau von neuen Gebäuden oder erheblichen Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden (Verbraucherbauvertrag i.S.v. § 650h) ein generelles Widerrufsrecht vorsieht, ohne dass es auf die Abschlusssituation oder die Verwendung von Fernkommunikationsmitteln ankäme.

d) Fallgruppen

Nach § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ist ein Widerrufsrecht gegeben, wenn der Vertrag vom Verbraucher bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit mit dem Unternehmer außerhalb eines Geschäftsraumes geschlossen wird.⁹⁵ Gegenüber der früheren Rechtslage ist eine deutliche Erweiterung des Anwendungsbereichs gegeben. So werden generell *alle* Vertragsschlüsse außerhalb von Geschäftsräumen erfasst. Dem

Widerrufsrecht unterliegen daher sämtliche Verträge, bei denen sich der Unternehmer auf die Baustelle oder das künftig zu bebauende Grundstück begibt oder die beim Verbraucher selbst bzw. in anderen Räumlichkeiten, z.B. Restaurants, geschlossen werden. Das klassische Haustürgeschäft wird weiterhin erfasst. Betroffen ist nunmehr jeder „Vertreterbesuch“, weil die frühere Einschränkung, wonach ein Schutz nicht besteht, wenn der Verbraucher den Unternehmer zu sich eingeladen hat, nunmehr weggefallen ist. Das Privatgrundstück des Unternehmers ist nicht dessen Geschäftsraum und fällt in den Anwendungsbereich.⁹⁶ Das Ansprechen in Verkehrsmitteln oder im öffentlichen Verkehrsraum geschieht außerhalb des Geschäftslokals.⁹⁷

§ 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 betrifft die Situation, dass der Vertragsabschluss zwar in den Geschäftsräumen des Unternehmers stattfindet, aber eine Überrumpelungssituation außerhalb des Geschäftsraums, die bereits eingetreten war, dabei unmittelbar fortwirkt. Voraussetzung ist, dass der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer außerhalb des Geschäftsraums das Angebot abgegeben hat.

§ 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 stellt klar, dass eine bloße Vertragsanbahnung außerhalb des Geschäftsraumes genügt.⁹⁸ Erfasst ist die Situation, dass der Verbraucher außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers individuell angesprochen wurde (z.B. durch Übergabe von Werbematerial) und danach im Geschäft einen Vertrag abschließt.

§ 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 erfasst den Fall der Ausnutzung eines „Ausfluges“, den der Unternehmer organisiert, um für seine Waren oder Dienstleistungen zu werben und einen Vertragsabschluss herbeizuführen.⁹⁹ In diese Kategorie fällt damit auch der Architekturspaziergang oder die gemeinsame Besichtigung eines Referenzobjektes mit einem Architekten, wenn dieser Ausflug im Büro des Architekten endet und dort in Folge des Eindrucks der besichtigten Gebäude der Architektenvertrag geschlossen wird.

2. Fernabsatzverträge

Nach § 312c steht einem Verbraucher bei einem Fernabsatzvertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 zu. Fernabsatzverträge sind Verträge, bei 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 Vertragsabschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt.

a) Fernkommunikationsmittel (FKM)

Fernkommunikationsmittel sind nach § 312c Abs. 2 alle Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrages eingesetzt werden können, ohne dass die Vertragsparteien

95 Dies ist der Grundtatbestand, der durch die nachfolgenden Nummern ergänzt wird.

96 Differenzierend Brinkmann/Ludwigkeit, NJW 2014, 3270.

97 In seltenen Fällen können sich die Anwendungsbereiche von AGV und Fernabsatzvertrag überschneiden, wenn der Verbraucher unmittelbar angesprochen wird, dann aber direkt die Bestellung mit seinem Smartphone auslöst; vgl. aber BGH; Ur. v. 12.11.2015 – IZR 168/14, Rdnr. 28.

98 Tamm, in: Tamm/Tonner, § 8 Rdnr. 59.

99 Gemeint ist die klassische Kaffeefahrt, aber auch Filmvorführungen mit Begleitverkauf, die kostenlose Weinprobe, zu der mit einem Gratsgutschein eingeladen wurde, eine Unterhaltungsshow mit Werbeeinlagen oder die Gewinnabholungsveranstaltung, wobei diese Veranstaltungen ihren Charakter als Freizeitveranstaltung nicht schon dadurch verlieren, dass der Unternehmer im Vorfeld in schwammiger Weise den geschäftlichen Charakter der Zusammenkunft angedeutet hatte, Tamm, in: Tamm/Tonner, § 8 Rdnr. 63 mit detaillierten Nachweisen und Beispielen aus Lit. und Rechtsprechung.

gleichzeitig körperlich anwesend sind, wie Briefe, Kataloge, Telefonanrufe, Telekopien, E-Mails, über den Mobilfunkdienst versendete Nachrichten (SMS), sowie Rundfunk und Telemedien.¹⁰⁰

b) Dienstleistungen

Für den Anwendungsbereich der Fernabsatzverträge hat der Bundesgerichtshof¹⁰¹ erst kürzlich klargestellt, dass von einem weiten unionsrechtlichen Dienstleistungsbegriff auszugehen ist und weder die Qualifikation als Dienstvertrag noch das Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages erforderlich ist. Nach diesem Verständnis sind Dienstleistungen im Sinne des europäischen Rechtes Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen, also um Dienstverträge, die keine Arbeitsverträge sind, um Werk-

und Werklieferungsverträge und Geschäftsbesorgungsverhältnisse.¹⁰² Nach Art. 2 Nr. 6 VRRG ist ein Dienstleistungsvertrag jeder Vertrag, der kein Kaufvertrag ist und nach dem der Unternehmer eine Dienstleistung für einen Verbraucher erbringt oder deren Erbringung zusagt und der Verbraucher hierfür einen Preis zahlt oder dessen Zahlung zusagt. Im Fernabsatz geschlossene Bauverträge sind folglich dadurch gekennzeichnet, dass sich der Anbieter der Bauleistung und der Verbraucher nicht physisch begegnen. Aus der Natur der Werkleistungen ergibt sich, dass der Verbraucher die vom Unternehmer angebotene Leistung in der Regel auch nicht vor Vertragsschluss in Augenschein nehmen oder sich Kenntnis von deren Eigenschaften verschaffen kann.¹⁰³ Dem Verbraucher wird ein Widerrufsrecht eingeräumt, um der hieraus erwachsenden Gefahr von Fehlentscheidungen zu begegnen.¹⁰⁴

c) Vertriebssystem

Erforderlich ist aber, dass der Vertrag im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt. Damit ist nicht jeglicher Vertragsschluss, der unter der zufälligen Verwendung von Fernkommunikationsmitteln erfolgt und damit insbesondere nicht jede telefonische Absprache, wenn sie eher die Ausnahme bildet, als im Rahmen eines organisierten Systems getroffen anzusehen. Der deutsche Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass für die Existenz eines organisierten Vertriebssystems erforderlich ist, dass der Unternehmer mit – nicht notwendig aufwendiger – personeller und sachlicher Ausstattung innerhalb seines Betriebes die organisatorischen Voraussetzungen geschaffen hat, die notwendig sind, um regelmäßig im Fernabsatz zu tätige Geschäfte zu bewältigen. Er ist ferner davon ausgegangen, dass an die Annahme eines solchen Vertriebs- oder Dienstleistungssystems keine hohen Anforderungen zu stellen sind.¹⁰⁵ Damit scheiden nur Geschäfte, die unter gelegentlichem, eher zufälligem Einsatz von Fernkommunikationsmitteln geschlossen werden, aus dem Anwendungsbereich aus. Das Anbieten von Leistungen über das Internet, insbesondere über Internet-Portale und die nicht nur ausnahmsweise Kontaktaufnahme eines Unternehmers zu seinen Kunden auf elektronischem oder telefonischem Weg genügt regelmäßig diesen Anforderungen.¹⁰⁶

Die Rechtsprechung hat nunmehr auch klargestellt, dass ein Verbraucher, der ohne persönlichen Kontakt zum Dienstleister eine Leistungsverpflichtung eingeht, nicht weniger schutzbedürftig ist, wenn anschließend an den Vertragsschluss ein persönlicher Kontakt bei der Ausführung der Dienstleistung stattfindet. Dies wird bei Verträgen am Bau sogar regelmäßig der Fall sein, insbesondere dann, wenn die Ausführung der Leistung durch den Unternehmer nicht an dessen Firmensitz oder Büro sondern auf dem Grundstück des Verbrauchers erfolgt. Mit der gesetzlichen Regelung wird auch bezweckt, die Wahlfreiheit des Verbrauchers zu schützen, der ohne die Möglichkeit, die Ware oder Dienstleistung zu prüfen, eine vertragliche Verpflichtung zur Bezahlung der Ware oder der Dienstleistung eingegangen ist. Von seiner Wahlfreiheit kann der Verbraucher aber nur *bei* Ver-

100Die Aufzählung ist nicht abschließend. Insb. die digitale Kommunikation, z.B. über WhatsApp oder eBay-Kleinanzeigen, ist ebenfalls vom Begriff der Fernkommunikationsmittel erfasst.

101BGH, Urt. v. 07.07.2016 – IZR 30/15 und IZR 68/15, zur alten Fassung.

102Vgl. die Nachweise in BGH, Urt. v. 07.07.2016 – IZR 68/15, Rdnr. 37.

103Vgl. Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 97/7/EG.

104Vgl. BGH, Urt. v. 19.03.2003 – VIII ZR 295/01; BGH, Urt. v. 12.11.2015 – IZR 168/14, Rdnr. 30.

105Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und der Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BT-Drucks. 17/12637, S. 50.

106Vgl. BGH, Urt. v. 07.07.2016 – IZR 68/15, Rdnr. 52.

tragsschluss Gebrauch machen. Der Gefahr von Fehlentscheidungen des Verbrauchers soll genau zu diesem Zeitpunkt begegnet werden, weil er aufgrund der räumlichen Distanz die vom Unternehmer angebotene Leistung in der Regel nicht in Augenschein nehmen oder sich Kenntnis von den Eigenschaften der Dienstleistung verschaffen kann. Diese Gefahr kann durch spätere, persönliche Kontaktaufnahme nach Vertragsschluss, auch wenn diese von Anfang an geplant oder gewünscht gewesen ist, nicht beseitigt werden. Eine hiervon abweichende Betrachtungsweise liefe dem Schutzzweck des Fernabsatzrechts zuwider.¹⁰⁷

d) Keine Motivationskontrolle

Der Widerruf von Fernabsatzverträgen ist von Gesetzes wegen ohne Rücksicht auf die Beweggründe des Verbrauchers möglich und zulässig. Das Widerrufsrecht ist an keine Begründung gebunden und eine Ausforschung der Motive des Verbrauchers für die Gründe seines Widerrufs ist nicht zulässig. Gesetzlicher

Zweck ist, dem Verbraucher ein unkompliziertes Lösungsrecht an die Hand zu geben, das einfach auszuüben und an keine materiellen Voraussetzungen gebunden ist.¹⁰⁸

Eine Ausnahme kommt nach dieser Rechtsprechung des BGH nur bei arglistigem Verhalten des Verbrauchers oder ggf. bei einer bewussten Schädigungsabsicht in Betracht. Für deren Vorliegen ist der Unternehmer beweispflichtig.¹⁰⁹ Im entschiedenen Fall hat ein Verbraucher über das Internet zwei Matratzen bestellt, die ausgeliefert und vom Verbraucher zunächst bezahlt worden waren. Er hatte dann unter Hinweis auf ein günstigeres Angebot eines anderen Anbieters und eine Tiefpreisgarantie des Verkäufers die Erstattung des Differenzbetrages zum günstigeren Angebot verlangt und die Ausübung seines gesetzlichen Widerrufsrechts angekündigt. Da es nicht zu einer Einigung kam, widerrief der Verbraucher den Kaufvertrag fristgerecht und der Bundesgerichtshof hatte zu entscheiden, ob dieses Verhalten rechtsmissbräuchlich gewesen ist. Der BGH hat das Verhalten des Verbrauchers zu Recht nicht beanstandet. Auf eine Rechtfertigung für ein Widerrufsrecht im Fernabsatz aus der besonderen Schwierigkeit, die Qualität der Leistung und die Person des Vertragspartners nicht zu kennen, kommt es nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht (mehr) an. Im konkreten Fall war der Verbraucher mit der Ware zufrieden und wollte nur einen günstigeren Preis durchsetzen. Die Überschreitung der Grenze zur Arglist sah der Bundesgerichtshof zutreffend als nicht gegeben an.

Auch für Verträge am Bau ist nicht unüblich, dass eine Mehrzahl von Angeboten eingeholt werden und es wird der Fall vorkommen, dass ein noch günstigeres Angebot eingeht, wenn der Vertrag mit einem anderen Unternehmer bereits geschlossen ist. Befindet sich der Vertrag im Richtlinienbereich und ist entweder die Widerrufsfrist noch nicht verstrichen oder eine ordnungsgemäße Belehrung über das Widerrufsrecht nicht erfolgt, so darf der Verbraucher berechtigt auch zur Durchsetzung einer Chance auf geringere Vergütung von seiner gesetzlichen Möglichkeit zum Widerruf Gebrauch machen, ohne dass ihm ein Treuwidrigkeitseinwand begegnet oder sonstiger Nachteil entsteht.

III. Verbraucherbauverträge

Die Regelung zum Widerrufsrecht im neuen Kapitel 3 zum Verbraucherbaupertrag in § 650k lautet: „Dem Verbraucher steht ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu, es sei denn, der Vertrag wurde notariell beurkundet. Der Unternehmer ist verpflichtet, den Verbraucher nach Maßgabe des Artikels 249 § 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche über sein Widerrufsrecht zu belehren.“

1. Anwendungsbereich

Es muss sich zunächst um einen Verbraucherbaupertrag i.S.v. § 650h handeln. Dieser definiert sich in Abgrenzung zur Bereichsausnahme von § 312 Abs. 2 Nr. 3¹¹⁰ als Vertrag über den Bau von neuen Gebäuden oder erheblichen Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden. Die Formulierung ist bewusst gewählt und soll diejenigen Bauperträge erfassen, die von der Verbraucherrechterichtlinie nicht erfasst werden und lehnt sich somit unmittelbar an den Richtlinientext an.¹¹¹ Durch den Verweis auf § 355 finden die in Untertitel 2 – Wider-

107BGH a.a.O. Rdnr. 54, unter Berufung auf Grams, ZfR 2014, 319 (320, 321) und weitere Quellen.

108Vgl. BGH, Urt. v. 16.03.2016 – VIII ZR 146/15, Rdnr. 16.

109Wendehorst, NJW 2016, 1952.

110Der dortige Text wird ebenfalls angepasst und Nr. 3 lautet: Verbraucherbauperträge nach § 650h Abs. 1.

111Glöckner meint, dass sich der Anwendungsbereich sprachlich und sachlich in die Ausnahmereiche des Art. 3 Abs. 3 Buchst. e), f) VRRL „anschmiegt“, BauR 2014, 411 (416).

rufsrecht bei Verbraucherverträgen – systematisch zusammengefassten Regelungen Anwendung.

2. Grund der Regelung

Investitionen in Immobilien beanspruchen typischerweise die finanzielle Leistungsfähigkeit von Erwerbern in einem beträchtlichen Umfang. Das Scheitern eines solchen Erwerbs oder das Auftreten erheblicher finanzieller Risiken führt nicht selten zur erheblichen Einschränkung der Lebensqualität des Verbrauchers oder zur Liquidierung der Immobilie und erheblichen Verlusten. Trotz der womöglich elementaren Risiken, die bis zum Verlust der bürgerlichen Existenz durch eine einzige wirtschaftliche Fehlentscheidung führen können, hatten bisher weder das Deutsche noch das Europäische Verbraucherrecht für das Baupertragsrecht den Regelungen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vergleichbare Vorschriften geschaffen.¹¹²

Interessiert sich der bau- oder sanierungswillige Verbraucher für Anregungen zur Umsetzung der geplanten Maßnahme, so wird er regelmäßig bereits in dieser Phase der Informationsbeschaffung geschulten Vertriebsmitarbeitern ausgesetzt sein, die ihm gegenüber mehrere Vorteile besitzen. Sie verfügen über einen erheblichen Wissensvorsprung, was die angebotenen Leistungen und Produkte betrifft und zudem über eine große Auswahl von Verkaufsargumenten, auf die täglich und bei einer Vielzahl von Gesprächen routinemäßig zurückgegriffen werden kann. Damit steigt das Risiko des Verbrauchers, sich in diesen Fällen für eine Leistung oder ein Produkt entschieden zu haben, dessen Erwerb weniger seinen eigenen als vielmehr den Bedürfnissen des Anbieters entspricht.¹¹³

So ist zu beobachten, dass dem Kunden zunächst ein Vertrag zu sehr günstigen Konditionen angeboten wird, um ihn zu einer positiven Entscheidung zu bewegen. Entscheidet sich der Kunde für den Abschluss dieses Vertrages, wird der Verkäufer diese Entscheidung loben und weitere Argumente für den Abschluss anführen. Erst kurz vor dem eigentlichen Vertragsschluss wird der Kunde darauf aufmerksam gemacht, dass bestimmte – vom Kunden stillschweigend vorausgesetzte – Inhalte oder Zusatzleistungen in dem günstigen Vertragspaket nicht enthalten sind, aber selbstverständlich gegen Aufpreis zu haben wären. Nachdem der Kunde sich in dieser Situation hinsichtlich der grundlegenden Absicht zum Vertragsschluss bereits entschlossen hat, wird er sich auch wegen der vom Verkäufer zusätzlichen genannten Argumente in dieser Situation in einer Vielzahl von Fällen vom bereits getroffenen Entschluss zum Vertrag nicht mehr abbringen lassen und den Aufpreis akzeptieren, auch wenn so im Ergebnis für ihn kein günstiger Vertrag mehr zu Stande gekommen ist.¹¹⁴ Zu beobachten ist dies flächendeckend bei Hausanbietern, die zunächst den Vertragsschluss über ein standardisiertes Gebäude herbeiführen und diesem Vertragsschluss eine spätere „Bemusterung“ folgen lassen, in der sich herausstellt, dass die vom Verbraucher erwarteten Qualitäten und Leistungsstandards nur gegen erheblichen Aufpreis zu erhalten sind. Die Vertragsbindung des Verbrauchers liegt dann allerdings in der Regel bereits vor. Nach dem Abschluss des eigentlichen Vertrages leben nicht selten die zuvor unterdrückten oder verdrängten Zweifel wieder auf und führen dazu, dass der Kunde das getätigte und für ihn im Ergebnis auch nicht günstige Geschäft in Frage stellt und rückgängig machen möchte.¹¹⁵

Durch bewussten Einsatz von Verkaufsmechanismen in Situationen, in denen der Kunde nicht mit Vertragsangeboten rechnet, laufen insbesondere geschäftsunerfahrene Personen wegen des zur psychologischen Beeinflussung hinzutretenden Überraschungseffektes Gefahr, zu Vertragsschlüssen bewegt zu werden, die sie entweder nicht oder nicht so getätigt hätten, wenn der Vertrag unter gewöhnlichen Bedingungen in einem Ladengeschäft oder durch Aushandeln der Vertragseinzelheiten mit dem Unternehmer unter Hinzuziehung von Beratern des Verbrauchers geschlossen worden wäre. Der genannte betroffene Personenkreis ist daher besonders schutzwürdig. Zu eng ist die Betrachtungsweise, die die Einräumung eines Widerrufsrechts im Verbraucherbauvertrag allein dem Schutz vor Übereilung zuordnen will.¹¹⁶

112Glöckner, in: Glöckner/von Berg, Einl V Rdnr. 11.

113Nach Jost, jM 2016, 94, der auch weitere Quellen zu Verhaltensstudien benennt.

114Jost, a.a.O.

115Sog. kognitive Nachlaufdissonanz, vgl. Jost, a.a.O.

116Aus hiesiger Sicht unzutreffend ist die Auffassung, wonach es eines Übereilungsschutzes bei Immobilienerwerbsverträgen nicht bedarf. „Wegen der erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung solcher Verträge (würden) €; sich die Verbrauchererwerber kaum in derselben Weise zu unüberlegten Entschlüssen hinreißen (lassen), wie in einer Haustürsituation oder bei der Aufnahme eines Verbraucherdarlehens€, Glöckner, in: Glöckner/von Berg, Einl V Rdnr. 48.

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 1 - BauR 2017 Heft 3 - 466 << >>

In der historischen Entwicklung der Widerrufsrechte vom Abzahlungskauf über die Haustürwiderrufsrechte bis zu den nunmehr geltenden aktuellen Bestimmungen wurde deren Anwendungsbereich verbreitert. Die Aspekte des psychologischen Drucks und der Überraschung werden nur noch kurz angesprochen.¹¹⁷ Für den Verbraucher führt das Widerrufsrecht zur Einräumung einer Bedenkzeit, die er in den oben beschriebenen Situationen typischerweise nicht hat. Hierdurch wird er vor bindenden Vertragsschlüssen geschützt, die unter Ausnutzung des Überraschungseffekts und psychischen Drucks zustande gekommen sind.¹¹⁸ Insbesondere der Anreiz aus zeitlich begrenzten Rabatt-Angeboten des Unternehmers ist für die gesetzliche Regelung als Motiv genannt.

Die Stellung des Verbrauchers bei Abschluss von Bauverträgen über Neubauten soll durch objektive Informationen gestärkt werden und strukturelle Ungleichgewichtslagen sollen ausgeglichen werden. Pflichtangaben und Informationsgebote sowie eine Überlegungsfrist durch das eingeräumte Widerrufsrecht sollen der Herstellung der Entscheidungsfreiheit dienen und dürften gleichzeitig zu deutlich mehr Markttransparenz und besseren Wettbewerbsbedingungen für die Bauunternehmer führen. Die neue

gesetzliche Regelung zum Widerrufsrecht beim Verbrauchervertrag schließt die bisherige Regelungslücke für „große“ Bauverträge. Sie schützt sowohl die Entschließungsfreiheit des Verbrauchers als auch die berechnete Erwartung des Unternehmers, bereits erbrachte Leistungen, wenn nicht vergütet, so doch „entschädigt“ zu erhalten.

Das Recht zum Widerruf besteht beim Verbrauchervertrag daher generell und ist nicht von einer besonderen Vertriebsform oder bestimmten Vertragsabschluss- oder Vertragsanbahnungssituation oder den verwendeten Kommunikationsmitteln abhängig.

3. Ausschluss bei notarieller Beurkundung

Kein Widerrufsrecht besteht weiter¹¹⁹ bei Verträgen, die (tatsächlich) notariell beurkundet wurden. Nach der Begründung des Gesetzes folgt dies aus der sich aus § 17 Abs. 2a BeurkG ergebenden Bedenkzeit nach Zusendung des notariellen Vertragsentwurfs und der Belehrungspflicht des Notars. Bestand eine Pflicht zur notariellen Beurkundung und ist diese aber nicht erfolgt¹²⁰, bleibt es bei dem Widerrufsrecht des Verbrauchers nach § 650k.¹²¹

4. Widerrufsfrist

Die Widerrufsfrist für Verbraucherverträge ist in der neuen gesetzlichen Regelung von § 356d mit 14 Tagen benannt. Deren Beginn ist nach § 356d Abs. 2 scheinbar allein von der Existenz einer Widerrufsbelehrung abhängig. Aus der systematischen Stellung und dem Verweis in § 650k auf die im Allgemeinen Schuldrecht¹²² zusammengefassten Regelungen zum Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen folgt, dass die Widerrufsfrist nach § 355 Abs. 2 Satz 2 mit Vertragsschluss beginnt. Die Widerrufsbelehrung muss dann bereits erfolgt sein (vgl. Art. 249 § 3 Abs. 1 Satz 1 EGBGB¹²³).

Nach § 356d Satz 2 erlischt das Widerrufsrecht wie bei AGV und Fernabsatzverträgen (§ 356 Abs. 3 Satz 2) spätestens 12 Monate und 14 Tage nach Vertragsschluss. Die noch im Referentenentwurf enthaltene Regelung zum Erlöschen des Widerrufsrechts mit der ersten Abschlagszahlung wurde nach berechtigter Kritik der Verbraucherverbände¹²⁴ aufgegeben.

5. Pflicht zur Widerrufsbelehrung

Der Unternehmer wird verpflichtet, den Verbraucher nach Maßgabe der neuen Vorschrift von Art. 249 § 3 EGBGB in Textform vor Abgabe von dessen Vertragserklärung über sein Widerrufsrecht zu belehren.¹²⁵ Die Widerrufsbelehrung muss deutlich gestaltet sein und dem Verbraucher seine wesentlichen Rechte in einer an das benutzte Kommunikationsmittel angepassten Weise deutlich ma-

117Erwägungsgrund 21 VRRL.

118Nach Jost, jM 2016, 96.

119Vgl. die Ausnahmen in § 312 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2.

120Zum Problem, ob ein nichtiger Vertrag widerrufen werden kann unter D in Teil 2.

121Scheinbar a.A. Pause, BauR 2017, 430 (435).

122Die Zusammenfassung aller Regelungen dort ist aus Gründen der Übersichtlichkeit sinnvoll und geboten, obwohl es genau genommen keine Vorschriften des Allgemeinen Schuldrechts sind.

123â€| den Verbraucher vor Abgabe von dessen Vertragserklärung â€|

124Vgl. Stellungnahme des Bauherren-Schutzbund e.V. vom 09.11.2015, zuletzt besucht 09.01.2017. https://www.bsb-ev.de/fileadmin/user_upload/Bauherren-Schutzbund/Positionen-Stellungnahmen/2015_Stellungnahme__BSB_Gesetzentwurf_Bauvertragsrecht_BMJV.pdf.

125Die Vorschrift orientiert sich beim Zeitpunkt der Belehrung als auch zu Form und Inhalt an bereits bestehenden Vorschriften, vgl. Art. 246a § 4 Abs. 1 EGBGB, Art. 246b § 1 Abs. 1 EGBGB, Art. 246 Abs. 3 EGBGB.

chen.¹²⁶ Die Belehrung muss den Hinweis auf das Recht zum Widerruf, den Hinweis darauf, dass der Widerruf durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer erfolgt und keiner Begründung bedarf, den Widerrufsadressaten, die Hinweise auf Dauer und Beginn der Widerrufsfrist sowie den Hinweis enthalten, dass zur Fristwahrung die rechtzeitige Absendung der Widerrufserklärung genügt. Belehrt werden muss auch darüber, dass der Verbraucher dem Unternehmer Wertersatz nach § 357d schuldet, wenn die Rückgewähr der erbrachten Leistung ihrer Natur nach ausgeschlossen ist.¹²⁷

Der Unternehmer kann seine Belehrungspflicht durch Verwendung des bereit gestellten Musterwiderrufsformulars erfüllen. Dann spricht eine gesetzliche Vermutung zu Gunsten des Unternehmers für die inhaltliche Richtigkeit seiner Widerrufbelehrung.¹²⁸ Eine Pflicht zur Nutzung der Musterbelehrung besteht nicht. Verwendet der Unternehmer ein eigenes Muster und sind Abweichungen oder Unklarheiten zu Lasten des Verbrauchers enthalten oder ist nicht hinreichend über dessen Rechte belehrt¹²⁹, besteht die Gefahr, dass eine unwirksame Belehrung vorliegt und vor allem die Widerrufsfrist nicht beginnt.¹³⁰

Allerdings begünstigt diese Konstellation den pflichtwidrig handelnden Unternehmer, der auf eine ordnungsgemäße Information und Belehrung des Verbrauchers „verzichtet“, scheinbar über Gebühr, weil dieser Unternehmer selbst dann einen Wertersatzanspruch durchsetzen kann, wenn keine oder nicht ordnungsgemäße Informationen und Belehrungen erfolgten.¹³¹

6. Regelung der Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen des Widerrufs von Fernabsatzverträgen sind in § 357 in einem Gleichlauf mit den Widerrufsfolgeregelungen zu außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen erfasst. Die Regelung ist abschließend. Ein Rückgriff auf die Regelungen des Rücktrittsrechts ist nicht mehr möglich.¹³² Nach § 357 Abs. 8 kann bei einem Vertrag über Dienstleistungen, zu denen die Verträge am Bau gehören, ohne wirksame Widerrufsbelehrung kein Wertersatz verlangt werden, wenn der Verbraucher von dem Unternehmer ausdrücklich verlangt hat, dass dieser mit der Leistung vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt. Ein solcher Hinweis setzt nach Auffassung des BGH¹³³ denotwendig die Erteilung einer Widerrufsbelehrung voraus. Wenn diese und kumulativ hierzu der Hinweis an den Verbraucher fehlen, besteht für den Unternehmer, der bereits Bauleistungen ausgeführt hat, weder ein Vergütungsanspruch noch ein Wertersatzanspruch gegenüber dem Verbraucher.

Diese Folge beruht auf der gesetzgeberischen Entscheidung, den Unternehmer anzuhalten, den Verbrauchern eine Widerrufsbelehrung zu erteilen und auf deren Wertersatzpflicht hinzuweisen, wenn der Unternehmer vor Ablauf der Widerrufsfrist auf Wunsch des Verbrauchers mit der Ausführung seiner Dienstleistungen beginnt.¹³⁴

Im Anwendungsbereich der VRRL kommt ein bereicherungsrechtlicher Anspruch nach §§ 812, 818 nicht in Betracht. Dies gilt schon deshalb, weil dieser Anspruch voraussetzt, dass der Vertrag unwirksam ist. Der vom Verbraucher erklärte Widerruf führt jedoch nicht dazu, dass der mit dem Unternehmer geschlossene Bauvertrag unwirksam oder nichtig ist. Der Widerruf hat die vertragliche Grundlage nicht rückwirkend beseitigt, sondern das wirksame Vertragsverhältnis lediglich mit der Wirkung ex nunc in ein Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt. Damit unterscheidet sich die Rechtslage von derjenigen bei einem unwirksamen Vertragsverhältnis.

Rechtsfolge des Widerruf des Verbraucherbauvertrages ist nach § 357d ein Wertersatzanspruch des Unternehmers, der den gleichen Grundsätzen fol-

126Zu den Auswirkungen der unterbliebenen Beifügung der Widerrufsbelehrung auf den Beginn der Widerrufsfrist: Klocke, VuR 2015, 293.

127Ein mit § 357 vergleichbarer Hinweis auf den Wertersatz bei Beginn der Unternehmerleistung vor Ablauf der Widerrufsfrist und ein ausdrückliches Verlangen des Verbrauchers hiernach als Anspruchsgrund für den Wertersatz fehlt aber.

128Vgl. Fröhlich, in: Tamm/Tonner, § 12 Rdnr. 34 zur Musterbelehrung nach Art. 246a; für die Belehrung nach Art. 249 gilt nichts Anderes.

129Vgl. BGH, Urt. v. 12.04.2007 – VII ZR 122/06 .

130Siehe hierzu Vander, MMR 2015, 75.

131S.a. Pause, BauR 2017, 430 (436) ; Pause/Vogel, NZBau 2015, 667 (669).

132Damit entfallen (anders als das nach § 312e Abs. 1 a.F. möglich war) auch Nutzungs- und Verwendungsersatzansprüche nach § 347. Auch § 348 (Leistung Zug-um-Zug) findet bei der Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses keine Anwendung. PWW/Stümer, § 356 Rdnr. 6.

133BGH, Urt. v. 07.07.2016 – I ZR 30/15 , Rdnr. 62.

134BGH, Urt. v. 07.07.2016 – I ZR 68/15 , Rdnr. 62.

gen soll. Durch den Verweis auf die §§ 355 ff. ist eine abschließende Regelung der Widerrufsfolgen beabsichtigt und sind wegen § 361 andere Ansprüche des Unternehmers ausdrücklich ausgeschlossen. Das Abweichungs- und Umgehungsverbot beim Verbrauchervertrag ergibt sich aus § 650n. Die Rechtsfolgen des

Widerrufs werden in Teil 2 dieses Beitrages detailliert behandelt.