

Lenkeit, BauR 2017, 615

Thema: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau
- Teil 2

Zeitschrift: BauR - Baurecht

Autor: Olaf Lenkeit

Rubrik: Aufsätze

Referenz: BauR 2017, 615 - 629 (Heft 4)

Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau - Teil 2

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

Im einem ersten Teil dieses Beitrages in BauR 3/2017 wurden die vielfältigen Anwendungsbereiche für Widerrufsrechte bei Verträgen am Bau vorgestellt. Der zweite Teil¹ geht der Frage nach, welche Rechtsfolgen des Widerrufs zu beachten sind und nach welchen Regeln eine Wertersatzberechnung stattfinden könnte.

B. Ausübung des Widerrufsrechts

1. Gestaltungsrecht

Der Verbraucherschützende Widerruf ist ein besonderes Gestaltungsrecht und als solches bedingungsfeindlich.² Der Widerruf ist unwiderruflich. Die Regelung in § 355 gewährt dem Verbraucher ein grundsätzlich zwingendes, abweichender Vereinbarung nicht zugängliches Lösungsrecht.³ Mit der Vornahme der Widerrufserklärung ist das Gestaltungsrecht verbraucht. Nach Widerruf durch den Verbraucher *muss* der Vertrag rückabgewickelt werden. Zur Wiederherstellung des Rechtsverhältnisses bedarf es einer Neubegründung.⁴ Der Widerruf stellt eine von Amts wegen zu berücksichtigende Einwendung dar.⁵ Ein bestehendes Widerrufsrecht ändert nichts an der Möglichkeit des Verbrauchers, nach allgemeinen Vorschriften oder anderen Gründen die Rückabwicklung des Vertrages vornehmen zu können.⁶

2. Widerrufserklärung

Der Widerruf erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer (§ 355 Abs. 1 Satz 2). Die Widerrufserklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie bedarf keiner bestimmten Form. Es muss sich aus der Erklärung lediglich der eindeutige Wille des Verbrauchers zum Widerruf ergeben, wobei nicht erforderlich ist, dass das Wort „Widerruf“ ausdrücklich verwendet wird. Es muss aber deutlich werden, dass der Verbraucher den Vertrag nicht mehr gelten lassen will.⁷ Sogar dann, wenn der Verbraucher „Kündigung“ verwendet, soll die Auslegung als Widerruf zulässig sein.⁸

Aus der Erklärung muss sich die Person des Widerrufenden eindeutig ergeben und es muss erkennbar sein, welches Rechtsgeschäft bzw. welcher Vertrag widerrufen werden soll, wenn mehrere Vertragsbeziehungen bestehen. Der Widerruf braucht keine Begründung enthalten und ist formlos zulässig, so dass der Widerruf durch Brief, Email oder in sonstiger digitaler Weise aber auch durch Telefonanruf oder in einem Begleitschreiben bei Rücksendung der Ware vorgenommen werden kann. Eine kommentarlose Rücksendung bzw. die alleinige Rückgabe der Ware reicht als Widerrufserklärung nicht mehr aus.⁹ Verweigert der Verbraucher die Entgegennahme der Leistung, so entsteht hierdurch nur Annahmeverzug, aber keine konkludente Erklärung eines Widerrufs.

3. Widerrufsfrist

Die Widerrufsfrist beträgt 14 Tage und beginnt nach § 355 Abs. 2 Satz 2 mit Vertragsschluss. Sie kann nicht abgekürzt, aber zugunsten des Verbrauchers vertraglich verlängert werden.¹⁰ Für die Widerrufsfrist bei Warenlieferungen gelten nach § 356 Abs. 2 gesonderte Regelungen.¹¹ Allerdings kann der Verbraucher seine Vertragserklärung bereits nach deren Abgabe widerrufen, selbst wenn der Vertrag zu diesem Zeitpunkt in Ermangelung der Annahme noch nicht zustande gekommen ist.¹²

1 Bearbeitungstand für Teil 2 ist der 07.02.2017. Die Benennung der §§ zur Neuregelung des Bauvertragsrechts erfolgt nach diesem Stand und somit abweichend von Teil 1, BauR 2017, 454 .

2 Palandt/Ellenberger, 76. Aufl. 2017, vor § 104 Rdnr. 17.

3 MünchKomm.-Fritsche, 7. Aufl. 2016, § 355 Rdnr. 38.

4 Palandt/Ellenberger vor § 104 Rdnr. 17.

- 5 Föhlisch, in: Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, 2. Aufl. 2016, § 12 Rdnr. 108, unter Verweis auf BVerfG v. 15.12.2008 – 1 BvR 69/08, das bei Übergehen eines in Betracht kommenden Widerrufsrechts einen Verstoß gegen das Willkürverbot sieht.
- 6 MünchKomm.-Wendehorst, § 312g Rdnr. 68, insb. die Anfechtung zu erklären oder nach §§ 280, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 vorzugehen.
- 7 Vgl. LG Frankfurt (Oder), Urt. v. 13.08.2013 – 16 S 238/12.
- 8 Vgl. AG Bad Segeberg, Urt. v. 13.04.2015 – 17 C 230/14.
- 9 Föhlisch, in: Tamm/Tonner, § 12 Rdnr. 73.
- 10 Müller-Christmann, in: Bamberger/Roth, Online-Kommentar, 41. Edition 2016, § 355 Rdnr. 23; OLG Frankfurt, Beschl. v. 07.05.2015 – 6 W 42/15.
- 11 Wohl zu weitgehend für die Verschiebung des Fristbeginns bei Lieferung mangelhafter Waren: Schneider ZIP 2016, 1759.
- 12 Palandt/Grüneberg, § 355 Rdnr. 7.

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 2 – BauR 2017 Heft 4 – 616 >>

Nach Ablauf der Widerrufsfrist erlischt das Widerrufsrecht. Ein verspäteter Widerruf kann daher die Widerrufsfolgen nicht auslösen und wandelt den Vertrag nicht in ein Rückgewährschuldverhältnis um. Ein verspäteter Widerruf kann aber auch nicht umgekehrt als Kündigung oder Rücktritt vom Vertrag zu Lasten des Verbrauchers ausgelegt werden, wenn der Verbraucher erkennbar die gesetzlichen Bestimmungen zum Verbraucherschutz nutzen und die hiermit für ihn vorteilhaften Rechtsfolgen in Gang setzen wollte. Er würde sich nunmehr unter Umständen den wirtschaftlich ruinösen Folgen einer ordentlichen Kündigung nach § 649 Satz 2 oder einer pflichtwidrigen Rücktrittserklärung ausgesetzt sehen, die den Unternehmer zur Vergütungsabrechnung oder seinerseits zum Vertragsrücktritt oder jedenfalls zum Schadenersatz berechtigen würde. Daher ist eine solche verspätete Widerrufserklärung des Verbrauchers schlicht unwirksam. Sie kann das bestehende Vertragsverhältnis nicht umgestalten.¹³

Die Widerrufsfrist beginnt nicht, wenn eine ordnungsgemäße Belehrung über das Widerrufsrecht nicht vorliegt.¹⁴ Für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (AGV) und Fernabsatzverträge hat der Unternehmer die Belehrung entsprechend der Anforderungen des Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 oder entsprechend der Anforderungen des Art. 246b § 2 Abs. 1 EGBGB vorzunehmen.¹⁵ Für den Verbraucher muss erkennbar sein, wohin der Widerruf gerichtet werden muss.¹⁶ Die Widerrufsbelehrung muss auch über die wesentlichen Rechte des Verbrauchers informieren, nicht nur über dessen Pflichten.¹⁷ Über das Widerrufsrecht muss stets eindeutig, umfassend und unmissverständlich belehrt werden, um den Verbraucher nicht bloß in Kenntnis zu setzen, sondern ihn auch dazu zu befähigen, dieses Widerrufsrecht auszuüben.¹⁸

Bei einem Verbraucherbauvertrag (§ 650i) hat die Belehrung über das Widerrufsrecht nach dem neuen Art. 249 § 3 EGBGB zu erfolgen. Hierdurch wird insbesondere auf den Inhalt der Widerrufsbelehrung und das nunmehr in Anlage 10 vorgesehene Muster der Widerrufsbelehrung hingewiesen. Bei der Verwendung dieses Musters durch den Unternehmer besteht eine Vermutung der Einhaltung der gesetzlichen Form, so dass jedem Unternehmer dringend zu empfehlen ist, das Muster wortgetreu zu verwenden.¹⁹ Zusätzliche Bedingungen, die vom Unternehmer aufgestellt werden und die mit der Ausübungsbefugnis für das Widerrufsrecht verknüpft werden oder diesen Anschein vermitteln, setzen die Widerrufsfrist nicht in Gang.²⁰

4. Rechtzeitigkeit des Widerrufs

Die Folgen des Widerrufs treten nur ein, wenn der Widerruf rechtzeitig erklärt wird. Nach § 355 Abs. 1 Satz 4 genügt für die Rechtzeitigkeit dessen Absendung. Als empfangsbedürftige Willenserklärung wird der Widerruf allerdings erst wirksam, wenn er dem Unternehmer zugeht.²¹ Geht der Widerruf verloren, muss zwecks Zugangs eine neue Widerrufserklärung abgesendet werden.²² Wenn der Widerruf zusammen mit der Rücksendung der Ware erfolgt, so soll er wegen der Gefahrtragungspflicht des Unternehmers auch wirksam werden, wenn die rückgesendete Sache und die damit verbundene Widerrufserklärung während des Transportes verloren gehen.²³

13 Anders kann dies ganz ausnahmsweise sein, wenn aus der Erklärung des Verbrauchers unmissverständlich hervorgeht, dass dieser sich ohne Wenn und Aber vom Vertrag lösen will und jegliche eigene Vertragserfüllung für die Zukunft ablehnt.

14 Für AGV und Fernabsatzverträge wegen § 356 Abs. 3 Satz 1 und für Verbraucher-Bauverträge wegen § 356e Satz 1.

- 15 Auf weitere Einzelheiten zu Inhalt, Form, Abänderbarkeit und Rechtsfolgen einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden, hierzu Klocke, VuR 2015, 293; Vander, MMR 2015, 75; Schmidt/Brönneke, VuR 2013, 448.
- 16 Die Angabe einer Postfachanschrift als Widerrufsanschrift genügt den Anforderungen, vgl. BGH, Urt. v. 12.07.2016 – XI ZR 564/15 .
- 17 Vgl. BGH, Urt. v. 12.04.2007 – VII ZR 122/06 .
- 18 Vgl. BGH, Urt. v. 13.01.2009 – XI ZR 118/08 .
- 19 Föhlisch, in: Tamm/Tonner, § 12 Rdnr. 35 m.w.N.; das LG Hamburg wirft die Frage auf, ob eine Platzierung der Widerrufbelehrung in einer E-Mail im Anschluss an Grußformel, Links in soziale Netzwerke und Kontaktangaben zur Unwirksamkeit führt, weil der Verbraucher nicht davon ausgehen muss, danach noch rechtsgeschäftlich erhebliche Erklärungen anzutreffen, vgl. LG Hamburg, Urt. v. 23.05.2016 – 325 O 22/16, dem ist zuzustimmen.
- 20 Z.B. die Verpflichtung des Verbrauchers zur Rücksendung der Ware in Originalverpackung; zulässig sein soll jedoch die Abweichung von der Verpflichtung des Verbrauchers zur Rücksendung der Ware nach § 355 Abs. 3 Satz 3, wenn bestimmt wird, dass im Widerrufsfall die Ware vom Unternehmer abgeholt wird, weil dies für den Verbraucher die günstigere Regelung darstellt, vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.11.2014 – I-15 U 46/14 .
- 21 Beweispflichtig für den Zugang des Widerrufs ist der Verbraucher, Föhlisch, in: Tamm/Tonner, § 12 Rdnr. 72.
- 22 Vgl. Palandt/Grüneberg, § 355 Rdnr. 7.
- 23 Palandt/Grüneberg, § 355 Rdnr. 7, dem folgend Föhlisch, in: Tamm/Tonner, § 12 Rdnr. 78.

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 2 – BauR 2017 Heft 4 - 617

[<<](#) [>>](#)

5. Erlöschen des Widerrufsrechts

Das Widerrufsrecht erlischt bei AGV und Fernabsatzverträgen spätestens nach 12 Monaten und 14 Tagen (§ 356 Abs. 3 Satz 2). Die gleiche Frist gilt nach § 356e Satz 2 für das Widerrufsrecht bei Verbraucherbauverträgen. Ein unendliches Widerrufsrecht infolge einer fehlenden oder fehlerhaften Belehrung besteht nicht mehr. Widerrufsrechte aus Altverträgen sind mit Ablauf des *27.06.2015* erloschen.²⁴

Das Widerrufsrecht erlischt nach § 356 Abs. 4²⁵ auch bei vollständiger Vertragserfüllung²⁶ durch den Unternehmer.²⁷ Voraussetzung ist, dass der Verbraucher darüber in Kenntnis gesetzt wurde, dass er sein Widerrufsrecht verliert, wenn der Vertrag vom Unternehmer erfüllt wurde. Der Verbraucher muss *ausdrücklich* seine Zustimmung zur Ausführung vor Ablauf der Widerrufsfrist erteilt und seine Kenntnis vom Verlust des Widerrufsrechts bestätigt haben. Eine bloße Hinnahme der Leistung reicht nicht.²⁸ Es ist erforderlich, dass der Verbraucher in Kenntnis oder wenigstens laienhafter Erfassung der Rechtsfolgen freiwillig die sofortige Vertragsabwicklung in Gang setzt.²⁹ Eine allgemeine Klausel in AGB des Unternehmers, wonach mit der Dienstleistung vor Ablauf der Widerrufsfrist begonnen werden darf, genügt nicht.³⁰

Eine vergleichbare Regelung zum Erlöschen des Widerrufsrechts bei vollständiger Vertragserfüllung durch den Unternehmer beim Verbraucherbaupertrag fehlt. Eine analoge Anwendung von § 356 Abs. 4 Satz 1 auf den Verbraucherbaupertrag kommt nicht in Betracht. Bei der Gestaltung des Widerrufsrechts von § 650i i.V.m. § 356e und der Widerrufsfolgen in § 357d wurde bewusst von den Regelungen zu Bauperträgen im Richtlinienbereich abgewichen. Folglich besteht das Widerrufsrecht für den Verbraucher auch bei vollständiger Vertragserfüllung durch den Unternehmer fort bis zur zeitlichen Grenze von § 356e Satz 2.

Das Widerrufsrecht erlischt nicht durch den Untergang, die Verschlechterung oder Unmöglichkeit der Rückgabe des vom Unternehmer Geleisteten, vielmehr ergibt sich aus § 357 Abs. 7 Nr. 1 die Wertersatzpflicht des Verbrauchers. Ein erklärter Widerruf wird nicht dadurch unwirksam, dass der Verbraucher seinerseits mit der Rückgewähr der empfangenen Leistungen in Verzug gerät.³¹ Nahezu ausgeschlossen³² ist der Einwand der Verwirkung, auch wenn der Verbraucher trotz Kenntnis von seinem Widerrufsrecht über längere Zeit hiervon keinen Gebrauch macht. Die Widerrufsmöglichkeit ist auf 12 Monate und 14 Tage zeitlich absolut begrenzt. Auf diese überschaubare Zeitspanne wird es zudem nur ankommen, wenn durch den Unternehmer pflichtwidrig keine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung erfolgte. Der Unternehmer hat es selbst in der Hand, die Widerrufsbelehrung nachzuholen und damit die Frist zu begrenzen, wenn er den Mangel der Belehrung bemerkt hat.

C. Rechtsfolgen des Widerrufs

I. Rückgewährschuldverhältnis

In § 357 sind die Rechtsfolgen des Widerrufs für Verträge, die im Fernabsatz oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen werden, abschließend geregelt. Ein Rückgriff auf die Regelungen des

Rücktrittsrechts ist nicht mehr möglich.³³ Mit der ordnungsgemäßen Ausübung des Widerrufsrechts kommt es zum Fortfall des Vertrages für die Zukunft. Die neue gesetzliche Regelung stellt dabei klar, dass beide Vertragspartner, also sowohl Verbraucher als auch der Unternehmer an ihre jeweiligen Vertragserklärungen nicht mehr gebunden sind. Klargestellt wird gegenüber der früheren Rechtslage, dass dies auch für den Unternehmer gilt.³⁴

24 Vgl. auch BGH, Urt. v. 07.07.2016 – I ZR 68/15, Rdnr. 57.

25 Für AGV und Fernabsatzverträge, nicht für Verbraucherbauverträge!

26 Welche nicht vorliegt, wenn noch Mängel zu beseitigen sind, MünchKomm.-Fritsche, § 356 Rdnr. 39; Palandt/Grüneberg, § 356 Rdnr. 9; Bamberger/Roth/Müller-Christmann, BeckOK BGB, § 356 Rdnr. 18 und die auch nicht vorliegt, wenn der Unternehmer noch eine Dokumentation entsprechend § 650n schuldet.

27 Es ist nicht (mehr) erforderlich, dass auch der Verbraucher den Vertrag vollständig erfüllt, insb. vollständig gezahlt hat, vgl. Palandt/Grüneberg, § 356 Rdnr. 9.

28 MünchKomm.-Fritsche, § 356 Rdnr. 37.

29 MünchKomm.-Fritsche, § 356 Rdnr. 40.

30 MünchKomm.-Fritsche, § 356 Rdnr. 41 m.w.N.

31 MünchKomm.-Fritsche, § 356 Rdnr. 33.

32 LG Hamburg, Urt. v. 23.05.2016 – 325 O 22/16, gegenteiliger Ansicht: MünchKomm.-Fritsche, § 356 Rdnr. 34; s.a. unter D 2.

33 Fraglich ist, ob damit (anders als das nach § 312e Abs. 1 a.F. möglich war) auch Nutzungs- und Verwendungsersatzansprüche nach § 347 entfallen sollen. § 348 (Leistung Zug-um-Zug) findet bei der Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses keine Anwendung, Stümer in Prütting/Wegen/Weinreich PWW, § 356 Rdnr. 6.

34 Hohlweger/Ehmann, GWR 2014, 2011 (2013).

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 2 – BauR 2017 Heft 4 - 618
<< >>

Der Vertrag wandelt sich um in ein Rückgewährschuldverhältnis. Es entsteht also kein vertragsloser Zustand, sondern die ursprünglichen Hauptleistungspflichten entfallen mit Wirkung für die Zukunft. Wer noch nicht geleistet hat, muss im Falle des Widerrufs nicht mehr leisten. Wer noch nichts erhalten hat, muss nichts zurück gewähren.³⁵ Anders als die Anfechtung beseitigt daher die Widerrufserklärung die Wirksamkeit der Willenserklärungen nicht ex tunc sondern ex nunc.

Die empfangenen Leistungen sind gem. § 355 Abs. 3 Satz 1 unverzüglich zurückzugewähren. Abweichend von der früheren Rechtslage wird die Rückgewähr nicht mehr Zug-um-Zug abgewickelt, sondern es besteht eine Vorleistungspflicht des Verbrauchers für die Rückgewähr bzw. ein Zurückbehaltungsrecht des Unternehmers.³⁶ Dieses ist beschränkt auf den Verbrauchsgüterkauf und damit auf die Pflicht des Verbrauchers zur Rücksendung der empfangenen Ware. Zu unterscheiden ist nach grundsätzlich rückgabefähigen Leistungen und nicht rückgabefähigen Leistungen, an deren Stelle die Wertersatzpflicht tritt. Wegen der (ausstehenden) Wertersatzzahlung des Verbrauchers kann der Unternehmer kein Zurückbehaltungsrecht ausüben.

1. Rückgewährpflicht des Verbrauchers

Den Verbraucher trifft zunächst die Pflicht, die Ware zurückzugeben.³⁷ Es handelt sich bei § 355 um eine echte selbstständige Anspruchsgrundlage zugunsten des Unternehmers. Die Frist wahrt der Verbraucher durch die rechtzeitige Absendung der Waren.³⁸ Nach § 357 Abs. 5 entfällt die Rücksendepflicht des Verbrauchers, wenn der Unternehmer angeboten hat, die Waren abzuholen. Der Verbraucher muss sie dann lediglich – innerhalb der Frist – bereit stellen.³⁹ Hat der Verbraucher eine Sache erworben, die er erst aus den gelieferten Einzelteilen zusammensetzen musste, ist er verpflichtet, die Sache vor dem Rücktransport wieder abzubauen, selbst wenn sie der Unternehmer nach § 357 Abs. 6 beim Verbraucher abholen muss.⁴⁰ Hat der Unternehmer auch die Montage nach Lieferung übernommen, so schuldet er auch die Demontage.⁴¹ Holt der Unternehmer die Ware nicht rechtzeitig beim Verbraucher ab, so kann dieser nach § 304 für die Aufbewahrung und Erhaltung den Ersatz von Mehraufwendungen verlangen.

Anders als nach altem Recht trägt grundsätzlich der Verbraucher die unmittelbaren Kosten für die Rücksendung der Waren. Voraussetzung hierfür ist lediglich, dass der Unternehmer den Verbraucher vorvertraglich über diese Pflicht unterrichtet hat (§ 357 Abs. 6).⁴² Der Unternehmer kann sich allerdings bereit erklären, auch diese Kosten zu tragen (§ 357 Abs. 6 Satz 2). Ebenfalls im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage kann nunmehr dem Verbraucher die Pflicht zur Rücksendung auch auferlegt werden, wenn die

Waren zum Postversand geeignet sind.⁴³ Eine Rücksendeverpflichtung besteht nicht, wenn bei AGV die Waren vereinbarungsgemäß zur Wohnung⁴⁴ des Verbrauchers geliefert worden sind und sich aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht zur Rücksendung durch die Post eignen (§ 357 Abs. 6 Satz 3).

2. Rückgewährpflicht des Unternehmers

Nach § 355 Abs. 3 sind die empfangenen Leistungen nach Erklärung des Widerrufs unverzüglich zurückzugewähren.⁴⁵ Für AGV und Fernabsatzverträge gilt nach § 357 Abs. 1 eine Höchstfrist von

35 Föhlisch, in: Tamm/Tonner, § 12 Rdnr. 81.

36 Föhlisch, in: Tamm/Tonner, § 12 Rdnr. 82; Stürmer, in: PWW, § 356 Rdnr. 6.

37 Es handelt sich grds. um eine Schickschuld; der Verbraucher kann dem Unternehmer aber die Ware auch bringen, vgl. Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 357 Rdnr. 10.

38 Leier, VuR 2013, 457.

39 Aber ggf. ordnungsgemäß für den Transport vorbereiten, insb. verpacken.

40 Vgl. Schwab, JZ 2015, 644 (645); es wird ihm die Abholung abgenommen, nicht aber die Aufgabe, die Kaufsache zur Abholung bereit zu stellen.

41 Im Falle der Mangelhaftigkeit kommen daneben weitere Anspruchsgrundlagen in Betracht, vgl. BGH, Urt. v. 07.03.2013 – VII ZR 162/12 .

42 Leier, VuR 2013, 457 (459).

43 Zu weit gehend dürfte die Ansicht von Föhlisch (in: Tamm/Tonner, § 12, Rdnr. 96) sein, wonach dem Verbraucher auch immer die Pflicht zur Rücksendung nicht paketversandfähiger Ware auferlegt werden kann.

44 Der Begriff der Wohnung wird dabei eng und wörtlich auszulegen sein. Betroffen ist derjenige Ort, an dem der Verbraucher seinen aktuellen Lebensmittelpunkt besitzt. Erfolgt daher die Lieferung auf die Baustelle einer Sanierungsmaßnahme und wird das zu sanierende Haus von dem Verbraucher noch „bewohnt“, so trifft bei nicht postversandfähiger Ware die Rückholpflicht den Unternehmer. Lässt sich der Verbraucher die bestellte Sanitätsausstattung zum Zwecke der Ausführung seiner Eigenleistungen auf das nahezu fertiggestellte Bauvorhaben terminlich eine Woche vor seinem Einzug liefern, so ist er selbst zur Rücksendung und Kostentragung verpflichtet.

45 Gilt auch für den Widerruf des Verbraucherbauvertrages, weil eine Höchstfrist nicht gesetzlich geregelt ist.

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 2 – BauR 2017 Heft 4 - 619
<< >>

14 Tagen.⁴⁶ Der Unternehmer muss für die Rückzahlung das gleiche Zahlungsmittel verwenden, wie der Verbraucher bei der Zahlung. Hat der Verbraucher eine Barzahlung geleistet, so muss der Unternehmer den Betrag in bar erstatten; erfolgte die Zahlung durch Überweisung oder als Lastschrift, so muss der Unternehmer den Betrag auf das Konto des Verbrauchers zurückzahlen. Ein Gutschein kann dem Verbraucher ausgestellt werden, wenn dieser selbst zur Zahlung einen Gutschein eingesetzt hat, was bei Bauverträgen wohl eher ein seltener Fall sein wird. § 357 Abs. 3 Satz 2 lässt eine abweichende Vereinbarung zu, wenn dem Verbraucher hierfür keine zusätzlichen Kosten entstehen und wenn diese Vereinbarung ausdrücklich erfolgte. AGB genügen hierfür nicht.⁴⁷

3. Bereits entstandene Ansprüche

Auf bereits entstandene Sekundäransprüche, etwa aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 hat der Widerruf keinen Einfluss. Diese bestehen grundsätzlich fort.⁴⁸ Aus der anfänglichen Wirksamkeit des Vertrages folgt, dass die aus dem Vertragsverhältnis resultierenden gegenseitigen Ansprüche bereits vor Ablauf der Widerrufsfrist sowohl erfüllbar als auch fällig sind.⁴⁹ Der Verbraucher wird auch zu überlegen haben, ob bei einem Verbrauchsgüterkauf das Verlangen auf Nacherfüllung bei einer mangelhaft gelieferten Sache nicht zu deutlich besseren Ergebnissen führt als ein Widerruf, insbesondere wegen der dann vom Unternehmer zu tragenden Ein- und Ausbaurkosten.

II. Wertersatz

Kann eine empfangene Leistung nicht zurückgegeben werden, so ist Wertersatz zu leisten.⁵⁰

1. Systematik der Wertersatzansprüche

Der Wertersatzanspruch des Unternehmers gegen den Verbraucher hat in den §§ 357 ff. eine komplette Neuregelung erfahren.⁵¹ Die nach alter Rechtslage vorzunehmende Unterscheidung zwischen einem Nutzungswertersatz für die Nutzung der Ware oder Dienstleistung durch den Verbraucher vor dem

Widerruf und einem Ersatz für eine etwaige Verschlechterung sowie die bisherige Verweisung auf das Rücktrittsrecht sind entfallen. Es besteht nur noch die Möglichkeit, Ersatz für einen etwaigen Wertverlust zu fordern.⁵² Bei der konkreten Fallbearbeitung ist stets sehr streng darauf zu achten, dass die bisher veröffentlichten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Wertersatzanspruch ausnahmslos das nicht mehr anwendbare Recht betreffen und deren Leitgedanken zum Teil nicht mehr angewendet werden können!⁵³

2. Unterscheidung nach der Art der vertraglichen Leistung

Widerruft der Verbraucher den Vertrag, so stellt sich für den Unternehmer regelmäßig die Frage, ob er Ersatz für die Nachteile verlangen kann, die ihm dadurch entstehen, dass er Waren, die sich während der Widerrufsfrist beim Verbraucher befinden, nicht anderweitig verwenden kann oder er diese Ware beschädigt zurück erhält oder diese aus anderen Gründen einen Wertverlust erleiden.⁵⁴ Wichtigster Fall ist die Unmöglichkeit der Rückgabe der Leistung.

a) Wertersatz für Waren

Für Fernabsatzverträge und AGV über Waren ist nach § 357 Abs. 7 Wertersatz zu leisten, wenn ein Wertverlust vorliegt, der darauf zurückzuführen ist, dass das Testen der Waren über den zur Prüfung der Beschaffenheit oder der Eigenschaften oder Funktionsweise der Waren erforderlichen Umfang hinaus geht.⁵⁵ Die Abgrenzung danach, welches Verhalten des Verbrauchers noch in den Rahmen seiner berechtigten Funktionsüberprüfung fällt⁵⁶, ist im Einzelfall schwierig.⁵⁷ Grundsätze hat der BGH mit dem Urteil vom 12.10.2016⁵⁸ aufge-

46 Vgl. Art. 13 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 VRRL.

47 PWW/Stümer, § 357 Rdnr. 9.

48 MünchKomm.-Fritsche, § 355 Rdnr. 50.

49 Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 355 Rdnr. 10; Palandt/Grüneberg, § 355 Rdnr. 3.

50 Bei vereinbarter Unentgeltlichkeit der Leistung ist aber kein Wertersatz geschuldet, vgl. MünchKomm.-Gaier, § 346 Rdnr. 21 m.w.N.

51 Föhlisch, in: Tamm/Tonner, § 12 Rdnr. 101.

52 Föhlisch, a.a.O.

53 So ausdrücklich und zu Recht Palandt/Grüneberg, § 357 Rdnr. 16 unter Verweis darauf, dass die Grundsätze der Urteile des BGH v. 15.04.2010 – III ZR 218/09 und v. 19.07.2012 – III ZR 252/11 zu Wertersatzleistungen bei Partnerschaftsvermittlung und Maklerdiensten für das aktuelle Recht nicht mehr gelten.

54 Ein Wertverlust tritt z.B. ein, wenn ein Pkw zwar vom Verbraucher keinen einzigen Meter bewegt, aber zugelassen wird.

55 Und der Unternehmer den Verbraucher ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht informiert hat.

56 Befüllen eines Wasserbetts nach Kauf im Fernabsatz liegt nach BGH, Ur. v. 03.11.2010 – VIII ZR 337/09 im Rahmen, hierzu Föhlisch, MMR 2011, 26.

57 Vgl. die Beispiele bei Schwab, JZ 2015, 645.

58 BGH, Ur. v. 12.10.2016 – VIII ZR 55/15, „Katalysator“.

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 2 – BauR 2017 Heft 4 – 620

<< >>

stellt, wobei auch hier zu beachten ist, dass die *alte* Rechtslage beurteilt wurde. Die Abgrenzung soll danach daran orientiert sein, wie ein Verbraucher beim Testen und Ausprobieren der gleichen Waren in einem Ladengeschäft im stationären Handel typischerweise hätte verfahren können.⁵⁹ Gleichzeitig hat der BGH klargestellt, dass die dem Unternehmer nach Widerruf entstehenden Kosten für die Vorbereitung und die Durchführung eines Wiederverkaufes nicht durch eine etwaige unangemessene oder übermäßige Benutzung der Kaufsache vor Widerruf entstanden sein können, weil diese Kosten auch in den Fällen anfallen, in denen der Verbraucher keinem Wertersatzanspruch ausgesetzt ist, weil er den ihm eingeräumten Prüfungsumfang nicht überschritten hat und berechtigterweise widerruft.⁶⁰ Die Entscheidung des BGH entspricht damit grundsätzlich Erwägungsgrund 47 VRRL.⁶¹ Hiergegen werden Bedenken geäußert und der Vergleich als ungeeignet angesehen, da sich ein stationärer und ein Distanzhandel schon grundsätzlich unterscheiden und die Frage offen ist, welche Art von stationärem Geschäft zu Grunde zu legen wäre, weil sich auch die Bedingungen in einem Discounter von denen in einem Fachgeschäft wesentlich unterscheiden werden.⁶²

Oft wird sich eine übermäßige Nutzung durch den Verbraucher erst feststellen lassen, wenn dieser schon widerrufen und die Ware zurückgesandt hat. Die Wertersatzpflicht wird, unabhängig davon, ob die Sache verschlechtert oder zerstört worden ist, nur durch den „Umgang“ des Verbrauchers mit der Sache ausgelöst. Für eine bloß zufällige Verschlechterung der Sache schuldet der Verbraucher keinen Wertersatz.⁶³ Ungelöst ist dabei das Problem des völligen Wertverlustes der Ware.⁶⁴ Die Beweislast dafür, dass der Verbraucher die Ware überschießend genutzt hat⁶⁵, trägt der Unternehmer.⁶⁶

b) Wertersatz bei Dienstleistungen

Abschließend wird in § 357 Abs. 8 geregelt, unter welchen Voraussetzungen der Unternehmer nach Erbringung von Dienstleistungen⁶⁷ Wertersatz⁶⁸ fordern kann. Dafür muss der Verbraucher zunächst ausdrücklich verlangt haben, dass der Unternehmer vor Ablauf der Widerrufsfrist mit seinen Leistungen beginnt⁶⁹ und bei AGV muss der Verbraucher zudem dem Unternehmer sein Verlangen zum vorzeitigen Beginn auf einem dauerhaften Datenträger übermitteln haben.⁷⁰ Nach BGH⁷¹ setzt der erforderliche Hinweis des Unternehmers auf eine Wertersatzpflicht des Verbrauchers für eine erbrachte Dienstleistung vor Ablauf der Widerrufsfrist denkbare Voraussetzung voraus, dass der Verbraucher zuvor ordnungsgemäß belehrt wurde. Für die Berechnung des Wertersatzes ist nach § 357 Abs. 8 Satz 4 der „vereinbarte Gesamtpreis“ zu Grunde zu legen. Fraglich ist, ob trotz oder gerade wegen des unterschiedlichen Wortlauts der Begriffe eine inhaltliche Übereinstimmung oder bewusste Unterscheidung zu der im Vertrag bestimmten „Gegenleistung“ des § 346 Abs. 2 Satz 2 bzw. bei Bauleistungen der „vereinbarten Vergütung“ (und damit der Formulierung, die § 357d verwendet) oder bei Planungsleistungen mit dem vereinbarten Honorar besteht.⁷²

Eine Korrektur soll nach § 357 Abs. 8 Satz 5 nur möglich sein, wenn der vereinbarte Gesamtpreis unverhältnismäßig⁷³ hoch ist. Dann ist der Wert-

59 BGH, a.a.O. Rdnr. 22.

60 Vgl. BGH, a.a.O. Rdnr. 46.

61 Wo vorgeschlagen wird, dass der Verbraucher mit Waren nur so umgehen und sie so in Augenschein nehmen darf, wie er das in einem stationären Geschäft tun dürfte.

62 Vgl. Föhlisch, in: Tamm/Tonner, § 12 Rdnr. 104.

63 Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 357 Rdnr. 26; Palandt/Grüneberg, § 357 Rdnr. 9.

64 Vgl. das Beispiel bei Föhlisch/Dyakova, MMR 2013, 71 (75): Der einmalig eingesetzte Rasierer ist über die im Laden mögliche Weise benutzt, was zum Wertersatz (zu 100 %) verpflichtet. Der Verbraucher erhält vom Unternehmer nichts zurück und hat weder Ware noch Geld.

65 Und für die ordnungsgemäß erfolgte Belehrung.

66 Sofern die Ware nach Rücksendung deutliche Gebrauchsspuren aufweist, soll dies nach der Lebenserfahrung eine typische Folge der intensiven und überschießenden Nutzung sein. Gleiches soll gelten, wenn Saisonware, etwa ein Karnevalskostüm erst nach Ablauf der Saison zurückgeschickt wird, weil daraus geschlossen werden könne, dass die Ware nicht nur anprobiert, sondern auch getragen wurde, vgl. Föhlisch, in: Tamm/Tonner, § 12 Rdnr. 105.

67 Bauleistungen im Richtlinienbereich sind Dienstleistungen.

68 Nicht unter die Wertersatzpflicht nach § 357 Abs. 8 fällt eine Wertminderung, die durch bestimmungsgemäßen Gebrauch einer überlassenen Sache eintritt.

69 Eine in AGB antizipierte Zustimmung reicht grds. nicht aus, vgl. Palandt/Grüneberg, § 356 Rdnr. 9, unter Verweis auf AG Hannover, Urt. v. 22.08.2006 – 561 C 5828/06 .

70 Ein Hinweis auf der Website des Unternehmers reicht nicht aus, Janal, VuR 2015, 43 (44).

71 BGH, Urt. v. 07.07.2016 – IZR 30/15 , Rdnr. 62 und v. 07.07.2016 – IZR 68/15 , Rdnr. 61.

72 Gerade wegen der gesetzlich unterschiedlich ausgestalteten Rückabwicklungssysteme bei Rücktritt und Widerruf wird dies zweifelhaft sein.

73 Art. 3 Abs. 3 Satz 3 VRRG spricht von einem „überhöhten“, Erwägungsgrund 50 VRRG hingegen von einem „unverhältnismäßigen“ Gesamtpreis.

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 2 - BauR 2017 Heft 4 - 621

<< >>

ersatz auf Grundlage des Marktwertes der erbrachten Leistungen zu berechnen. Bei Dienstleistungen soll folglich die Wertersatzpflicht niemals höher ausfallen können, als das für die Teilleistung zu entrichtende Entgelt.⁷⁴ Unzulässig ist es, für die Berechnung „Mondpreise“ oder überhöhte Wertangaben aus einer nur für diesen Zweck geltenden Preisliste zu Grunde zu legen.⁷⁵ Eine feste Größe für die Betrachtung der Unverhältnismäßigkeit ist nicht ersichtlich. Sie dürfte jedenfalls unterhalb der Grenze von § 138 liegen und

wird überwiegend mit 20 % eines über dem Marktpreis liegenden Gesamtpreises beziffert.⁷⁶

c) Wertersatz bei Verträgen am Bau

Für die Wertersatzpflicht des Verbrauchers gegenüber dem Bauunternehmer ist zu differenzieren.

Der durch den Widerruf des Verbrauchers ausgelöste Übergang in ein Rückgewährschuldverhältnis führt im Grundsatz dazu, dass die beiderseitig empfangenen Leistungen zurückzugewähren sind. Grundsätzlich wegnahmefähige Baumaterialien oder Bauleistungen, die ohne Schwierigkeiten⁷⁷ trennbar sind⁷⁸, sind in natura zurückzugewähren.⁷⁹ Hierdurch wird eine (anteilige) Wertersatzpflicht ausgeschlossen. Dabei ist unschädlich, wenn zum Beispiel Verpackungsmaterialien geöffnet wurden oder Schutzfolien von Baumaterialien entfernt worden sind. Sollten diese Maßnahmen im Zuge der Vorbereitung von Bauarbeiten durch den Unternehmer selbst veranlasst oder durchgeführt worden sein, so ist dessen Handeln dem Verbraucher schon nicht zurechenbar und ein Wertersatzanspruch schon dem Grunde nach nicht gegeben. Sollte die Entfernung der Verpackung oder das Entfernen von Schutzmaterialien durch den Verbraucher selbst erfolgt sein, so ist Wertersatz nur für eine Verschlechterung für übermäßigen Gebrauch entsprechend § 357 Abs. 7 zu leisten. Die Öffnung der Verpackung würde sich grundsätzlich im Rahmen der zulässigen Prüfung der gelieferten Stoffe bewegen und keinen Wertersatzanspruch auslösen.

Eine Rückgabe ist nicht notwendigerweise schon dann ausgeschlossen, wenn der Besteller durch den Einbau von Sachen hieran Eigentum nach §§ 946 ff. erlangt hat. Auch eingefügte Bauteile, die zu wesentlichen Gebäudebestandteilen geworden sind, können u.U. ohne substanzzerstörenden Aufwand ausgebaut werden.⁸⁰ Fraglich ist, ob eine Wertersatzpflicht besteht, wenn eine Herausgabe von Baumaterialien möglich ist, jedoch in einem verschlechterten Zustand⁸¹ und fraglich ist auch, ob der Verbraucher einer solchen Wertersatzpflicht entgehen kann, wenn er auf eigene Kosten die Sache in den Ursprungszustand versetzt und dadurch keine Wertminderung verbleibt.⁸²

Für die Bauverträge im Richtlinienbereich soll für die Berechnung des Wertersatzes der „vereinbarte Gesamtpreis“ zugrunde zu legen sein. Damit ist die vereinbarte Vergütung nur Ausgangsbasis für die Wertersatzberechnung, weil sie nach herrschender Meinung das ursprüngliche Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung widerspiegelt. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass in die Ermittlung einer Gesamtvergütung für eine Bauleistung auch Faktoren einfließen, wie die grundsätzliche Verpflichtung zur Stellung und Aufrechterhaltung einer Verbrauchersicherheit nach § 650m Abs. 2, einer Sicherheit für Mängelansprüche oder jedenfalls eine Berücksichtigung einer etwaigen Haftung für die Mangelfreiheit der Bauleistung über die eigentliche Herstellungsphase hinaus bis zum Ablauf der Verjährungsfrist für Mängelansprüche. Mit dem Widerruf des Bauvertrages durch den Verbraucher wird der Unternehmer von bestehenden und insbesondere noch nicht erfüllten Leistungspflichten aus dem Vertrag befreit, insbesondere von der Nacherfüllung, der Sicherheitsleistung und unter Umständen von Verzugsfolgen oder einer Vertragsstrafe.⁸³ Diese Verpflichtungen des Unternehmers gegenüber dem Besteller finden regelmäßig ihren Niederschlag in der vereinbarten Vergütung und zwar auch dann, wenn hierfür kei-

74 Ebenso Föhlich, in: Tamm/Tonner, § 12 Rdnr. 106.

75 Vgl. LG Hamburg, Urte. v. 04.11.2014 - 312 O 359/13, mit Anm. Rott, in: VuR 2015, 151, das in der Forderung nach überhöhtem Wertersatz zugleich eine irreführende Handlung nach §§ 3, 5 UWG sieht.

76 Vgl. Pause, BauR 2017, 430 (436); Palandt/Grüneberg, § 357 Rdnr. 16; PWW/Stümer, § 357 Rdnr. 28.

77 Vgl. Oberhauser, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, Kap. N Rdnr. 46 für das Rücktrittsrecht.

78 Für die Unterscheidung in trennbare und nicht trennbare Bauleistungen Krause-Allenstein, in: Kniffka, Ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 18.09.2016, § 636 Rdnr. 20 ff.

79 Vgl. auch BeckOGK/Kober, § 636 Rdnr. 85.

80 BeckOGK/Kober, § 636 Rdnr. 88, mit Beispielen.

81 Siehe Rodemann, IBR 2014, 270 [OLG Naumburg 27.09.2013 - 10 U 9/13].

82 Hierfür Schwab, JZ 2015, 644, dem folgend Palandt/Grüneberg, § 357 Rdnr. 11.

83 Vgl. Moufang/Koos, in: Messerschmidt/Voit, § 636 Rdnr. 74.

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau - Teil 2 - BauR 2017 Heft 4 - 622

<< >>

ne extra ausgewiesene Kalkulationsposition dargestellt ist oder verhandelt wurde. Die „Befreiung“ von diesen Verpflichtungen ist bei der Berechnung des Wertersatzes zu berücksichtigen.

Fraglich ist, ob ein Anspruch des Bestellers gegen den Unternehmer auf Rücknahme oder Beseitigung des

Werkes bestehen kann. Dies ergibt sich nicht aus den gesetzlichen Regelungen zu den Widerrufsfolgen und auch nicht unmittelbar aus § 346 Abs. 1 zum Rücktrittsrecht. Ist die erbrachte Leistung mangelhaft, so wird bei Bauverträgen überwiegend die Rücknahmeverpflichtung aus dem Schadenersatz hergeleitet.⁸⁴ Im Kaufrecht wird eine Rücknahmeverpflichtung u.U. verbunden mit einer Demontageverpflichtung angenommen.⁸⁵ Geht man grundsätzlich von einer Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen im Sinne eines effektiven Verbraucherschutzes aus, so soll durch den Widerruf des Verbrauchers grundsätzlich dessen Situation wiederhergestellt werden, wie sie vor Abschluss des Vertrages bestand. Vor diesem Hintergrund wird man eine ebenfalls grundsätzlich bestehende Rücknahmeverpflichtung des Unternehmers einschließlich eines erforderlichen Rückbaus oder einer erforderlichen Demontage immer dann annehmen müssen, wenn die erbrachte Leistung mangelhaft ist oder wenn der Unternehmer ohne entsprechende Belehrung und ohne entsprechenden Hinweis auf eine Vergütungspflicht mit der Ausführung von Bauleistungen begonnen hat, die sich für den Verbraucher nach erfolgtem Widerruf als nutzlos herausstellen. Der Besteller hat die Einwilligung in die Bearbeitung/Veränderung seiner Sache nur unter der jetzt enttäuschten Voraussetzung gegeben, dass diese mangelfrei erfolgt. In die mangelhafte Bearbeitung hat er nicht eingewilligt, die ihn u.U. schlechter stellt, als wenn eine Bearbeitung der Sache ganz unterblieben wäre.⁸⁶ Hat der Unternehmer den Verbraucher darüber im Unklaren gelassen, dass er trotz der noch laufenden Widerrufsfrist mit der Erbringung von Leistungen beginnen will und fehlt es insbesondere an einem entsprechenden Leistungsverlangen des Verbrauchers, so kann dieser wegen der hierin liegenden Informationspflichtverletzung die Beseitigung der Bauleistung ebenfalls verlangen, auch wenn dies für den Unternehmer u.U. zu Verlusten führt. Im Ergebnis kann daher der Besteller vom Unternehmer die Beseitigung des Werkes und die Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen.⁸⁷ Wenn der Unternehmer grundsätzlich verpflichtet ist, das Werk zu beseitigen, wird man ihm umgekehrt ein grundsätzliches Wegnahmerecht gestatten müssen. Hierbei darf sich der Unternehmer aber nicht auf die Wegnahme verwertbarer Bauteile beschränken und alles Andere zurücklassen.⁸⁸ Verbleibt das Werk beim Besteller, so hat er Wertersatz zu leisten. Hierfür genügt, dass sich der Besteller für das Behalten entscheidet.⁸⁹ Nicht erforderlich ist, dass es sich zwingend um eine nicht rückgabefähige Bauleistung handelt. Zu Gunsten des Verbrauchers besteht daher ein Wahlrecht zwischen einer Wertersatzzahlung oder Ermöglichung der Rückgabe bzw. Wegnahme der Bauleistung.

d) Wertersatz für Planungsleistungen

Bei Planungsleistungen stellt sich die Frage, ob der widerrufende Verbraucher in seiner Ersatzpflicht darauf beschränkt ist, die ihm übergebenen Pläne und sonstige vom Planer erhaltene Unterlagen zurückzugeben⁹⁰ oder ob nicht regelmäßig die Planungsleistung des Architekten auch einen darüber hinaus gehenden geistig-schöpferischen Inhalt hat, für den eine Rückgabe nach der Natur des Erlangten ausscheidet.⁹¹ Nach einer Entscheidung des BGH⁹² zur Wandlung kommt nach Rückgabe aller empfangenen Planungsunterlagen ein Wertersatz für diese Planungsleistungen nur in Betracht, soweit diese Leistungen verwendet worden sind oder noch verwendet werden. Entsprechendes wurde zum schriftlich verkörperten Gutachten eines Sachverständigen entschieden und ebenfalls eine Wertersatzpflicht verneint.⁹³

84 Bamberger/Roth/Voit, § 636 Rdnr. 33, 34; Palandt/Sprau, § 636 Rdnr. 7.

85 Und beim Nacherfüllungsanspruch auf die Ein- und Ausbaurkosten erweitert.

86 Peters/Jacoby, in: Staudinger, Sonderedition Privates Baurecht 2014, § 634 Rdnr. 104.

87 Peters/Jacoby, a.a.O. unter Verweis auf § 258; Messerschmidt/Voit/Drossart, § 634 Rdnr. 59.

88 Vgl. BGH, Urt. v. 05.12.1969 - V ZR 24/67 .

89 Peters/Jacoby, § 634 Rdnr. 106.

90 Vgl. BeckOGK/Kober, § 636 Rdnr. 88.

91 So wohl Berger, in: Fuchs/Berger/Seifert, HOAI-Kommentar, 1. Aufl. 2016, § 1 Rdnr. 58.

92 BGH, Urt. v. 23.11.2006 - VII ZR 110/05 , mit zustimmender Anm. Vogel, IBR 2007, 143 [BGH 23.11.2006 - VII ZR 110/05] .

93 BGH, Urt. v. 03.03.1998 - X ZR 106/96 ; Staudinger/Kaiser, 15. Aufl. 2012, § 346 Rdnr. 102.

Fraglich ist auch, welche Parameter für den Wertersatzanspruch gelten, wenn die Parteien ausdrücklich ein Honorar nicht vereinbart haben, sondern der Architekt darauf vertraut, dass nach § 7 Abs. 5 HOAI eine unwiderlegliche Vermutung für die Vereinbarung der jeweiligen Mindestsätze der HOAI besteht. Nach der hier vertretenen Auffassung genügt dieses Vertrauen des Architekten allerdings nicht. Es fehlt an einer für die Begründung des Wertersatzanspruchs erforderlichen Belehrung und Information gem. § 357 Abs. 8

Satz 2. Die Informationspflichten des Architekten sind keinesfalls mit dem bloßen Hinweis auf die Geltung der Vorschriften der HOAI erfüllt.

e) Wertersatz beim Verbraucherbaupertrag

Den Wertersatzanspruch nach Widerruf des Verbraucherbaupertrags regelt § 357d für den Fall, dass die Rückgewähr der bis zum Widerruf erbrachten Leistung ihrer Natur nach ausgeschlossen ist.⁹⁴ Schon der Wortlaut der gesetzlichen Regelung geht damit davon aus, dass tatsächlich rückgabefähige Leistungen bestehen können, die zurück zu gewähren sind und für die kein Wertersatz verlangt werden kann. Es gelten hier die gleichen Grundsätze wie bei Bauperträgen im Richtlinienbereich. Auch insoweit besteht das Wahlrecht des Verbrauchers zwischen Rückgabe und Wertersatzzahlung, sofern nicht die Rückgabe ausgeschlossen ist.

Als problematisch⁹⁵ werden die Fälle angesehen, bei denen der Unternehmer schon Aufwendungen hatte, die aber nicht zu einem Wertzuwachs beim Verbraucher geführt haben, z.B. für die Einrichtung der Baustelle. Für vorgefertigte Bauteile, die noch nicht verbaut sind oder ohne Substanzverlust getrennt werden können, besteht kein Wertersatzanspruch. § 312g Abs. 2 Nr. 1 kann hierauf nicht, auch nicht analog angewendet werden.⁹⁶

Bei der Berechnung des Wertersatzanspruchs beim Verbraucherbaupertrag ist nach § 357d Satz 2 die vereinbarte Vergütung zugrunde zu legen. Sind Teilleistungen erbracht, muss eine Abrechnung durch Trennung für einen erbrachten und einen nicht erbrachten Teil der Leistungen erfolgen. Zudem sind die rückgabefähigen Teile der Leistung gesondert zu berechnen, weil für diese Teile kein Wertersatzanspruch des Unternehmers besteht.

War im widerrufenden Vertrag eine Vereinbarung über Voraus- oder Abschlagszahlungen erfolgt, so ergibt sich schon hieraus die vertragliche Verpflichtung des Unternehmers, seine Leistungen abzurechnen.⁹⁷ Dieser Abrechnungsanspruch entfällt nicht durch den Widerruf des Vertrages und gilt auch, wenn tatsächlich eine erste Zahlung noch gar nicht geleistet wurde. In welcher Form diese Abrechnung zu erstellen ist und ob hierfür die zur Kündigungsabrechnung⁹⁸ entwickelten Maßstäbe heranzuziehen sind, wird abzuwarten sein. Keine Voraussetzung für die Fälligkeit des Wertersatzanspruchs ist eine Abnahme der erbrachten Teilleistungen. Eine gemeinsame Zustandsfeststellung der Parteien und deren Dokumentation sind aber immer zu empfehlen.

3. Wertersatz bei nicht vertragsgemäßer Teilleistung

Der Wertersatzberechnung zugrunde zu legen ist nach dem umstrittenen Wortlaut des Gesetzes die vereinbarte Vergütung und nicht der objektive Wert der Werkleistung.⁹⁹ Diese Vergütung wurde für die Erbringung einer *mangelfreien* Leistung vereinbart. Es besteht damit eine (widerlegliche) Vermutung, dass der Vertragspreis den objektiven Wert widerspiegelt. Für den gesetzlichen Rücktritt hatte der VIII. Senat des BGH¹⁰⁰ für den Fall der Leistungsverzögerung an der Berechnung des Wertersatzes nach der Gegenleistung festgehalten. Unter Verweis auf dieses Urteil sollte nach der Entscheidung des VII. Senats des BGH¹⁰¹ auch beim mangelbedingten Rücktritt die vertraglich vereinbarte Vergütung für die Wertersatzberechnung maßgeblich bleiben und die Korrektur nur über die entsprechende Anwendung der §§ 441, 638

94 Die Begründung des Gesetzes nennt ausdrücklich den Aushub einer Baugrube, das Betonieren von Fundamenten oder die Errichtung eines Dachstuhls.

95 Rückert, in: Kuffer/Wirth, Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht, 5. Aufl. 2017, 14. Kapitel D Rdnr. 38.

96 AG Bad Segeberg, Urt. v. 13.04.2015 - 17 C 230/14 .

97 BGH, Urt. v. 11.02.1999 - VII ZR 399/97 .

98 Vgl. hierzu Vogel, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB, 4. Aufl. 2016, § 8 Rdnr. 54-73; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Compendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 9. Teil C.

99 „Rechtspolitische Grenzzentscheidung“, St. Lorenz, NJW 2015, 1725 (1727).

100BGH, Urt. v. 19.11.2008 - VIII ZR 311/07 , es wurde ein Wallach gegen Fahrstunden getauscht.

101BGH, Beschl. v. 14.07.2011 - VII ZR 113/10 , bestätigt das OLG. Der Unternehmer hatte für die Reparatur einer Abdichtung 108.428,79 € abgerechnet. Diese Leistung musste komplett erneuert werden. Der Sachverständige im Beweisverfahren hatte Mängelbeseitigungskosten von ca. 47.000 € ermittelt und das OLG hatte nach Rücktritt des Bestellers den Differenzbetrag als Wertersatz zugesprochen.

vorzunehmen sein. Dieses Ergebnis ist unbefriedigend. Auf den Wertersatzanspruch nach Widerruf ist es nicht übertragbar. Die europarechtlich begründeten Widerrufsrechtsfolgen wären ausgehebelt. Beim Widerruf ist daher der objektive Wert der erbrachten Leistung für die Wertersatzberechnung maßgeblich.¹⁰² Entsprechend wurde die gesetzliche Fassung dahingehend abgeschwächt, dass die Gegenleistung nur „zugrunde zu legen“ ist. Ist die beim Besteller verbleibende Leistung wertlos, so schuldet er auch keinen Wertersatz.¹⁰³

Man könnte andererseits auch daran denken, zu Gunsten des Verbrauchers einen Schadenersatzanspruch nach § 280 für möglich zu halten. Der Mangel an der bis zum Widerruf erbrachten Teilleistung verbleibt endgültig beim Verbraucher, der ihn möglicherweise erst nach Erklärung des Widerrufs erkennt, obwohl der Unternehmer auch schon während der Erfüllungsphase zu jedem Zeitpunkt eine vertragsgemäße Leistung geschuldet hatte und nun wegen des Widerrufs von einer Nacherfüllungsverpflichtung befreit wird.

4. Fälligkeit des Wertersatzanspruchs

Fraglich ist, wann der Wertersatzanspruch fällig wird. Grundsätzlich gilt der Rechtsgedanke von § 355 Abs. 3 Satz 1, wonach eine unverzügliche Rückgewähr geschuldet wird. Allerdings kann der Verbraucher in beiden Wertersatzvarianten nicht selbst die Höhe des Wertersatzes bestimmen und es ist ihm somit nicht bekannt, welcher Betrag als Wertersatz geschuldet wird.

Der Wertersatz für die Verschlechterung der Ware wegen des übermäßigen Gebrauchs wird vom Unternehmer erst nach Rückgabe der Ware durch den Verbraucher zu ermitteln sein. Der Verbraucher war in dieser Konstellation seiner primären Rückgewährpflicht aus § 357 schon nachgekommen. Ein Anspruch auf Wertersatzzahlung muss dann vom Unternehmer gesondert geltend gemacht und in der Regel nachvollziehbar berechnet werden.

Der Wertersatz bei Dienst- und Bauleistungen muss ebenfalls erst vom Unternehmer berechnet und dem Verbraucher mitgeteilt werden. Auch der Wertersatz, der an die Stelle der zurück zu gewährenden Leistungen tritt, kann vom Verbraucher nicht selbst festgestellt und somit auch nicht in dem regelmäßig nicht länger als zwei Wochen dauernden Zeitraum geleistet werden. Erst mit Vorlage einer prüfbaren Abrechnung wird dieser Wertersatz fällig.

5. Verjährung

Der Widerruf selbst ist als Gestaltungsrecht kein Anspruch und unterliegt wie andere Gestaltungsrechte nicht der Verjährung.¹⁰⁴ § 218 ist weder unmittelbar noch analog anwendbar.¹⁰⁵ Hierfür gibt es auch keine Notwendigkeit, weil im Widerrufsrecht Höchstfristen zur Ausübung gesetzlich geregelt sind.

Die nach Ausübung des Gestaltungsrechts entstehenden Rückgewähransprüche unterliegen der regelmäßigen Verjährung.¹⁰⁶ Die Verjährung beginnt mit Anspruchsentstehung und Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners.¹⁰⁷ Entstanden ist der Wertersatzanspruch mit der Ausübung des Widerrufs durch den Verbraucher. Er ist hiermit grundsätzlich auch bereits einklagbar und kann zumindest mit der Feststellungsklage¹⁰⁸ geltend gemacht werden, wenn er auch zu diesem Zeitpunkt in Ermangelung einer Abrechnung über den Wertersatzanspruch noch nicht fällig ist. Es ist daher grundsätzlich möglich, dass der Wertersatzanspruch nach Ablauf der regelmäßigen Verjährungsfrist verjährt ist, bevor er fällig wurde, weil es an einer entsprechenden Abrechnung des Unternehmers fehlte. Vergleichbare Situationen bestehen, wenn der Unternehmer als Verwender der Bestimmungen der VOB/B gegenüber dem Verbraucher eine prüfbare Schlussrechnung nach § 16 Abs. 3 VOB/B nicht erteilt, obwohl die Leistungen abgenommen sind und damit grundsätzlich die Fälligkeit der Vergütung nach § 641 herbeigeführt wurde.¹⁰⁹ Entsprechendes gilt für die Abrechnung der Auftraggeberansprüche nach § 8 Abs. 3

¹⁰²MünchKomm.-Gaier, § 346 Rdnr. 21.

¹⁰³Krause-Allenstein, *ibr-online* Kommentar, § 636 Rdnr. 23 unter Verweis auf Voit, *BauR* 2002, 159 und Englert, *Verträge am Bau nach der Schuldrechtsreform*, 2001, S. 343.

¹⁰⁴Lenkeit, *BauR* 2002, 196 (225) .

¹⁰⁵MünchKomm.-Grothe, § 218 Rdnr. 3.

¹⁰⁶Schulze-Hagen, *BauR* 2016, 384 (393) ; MünchKomm.-Gaier, § 346 Rdnr. 32 sowie BGH, *Urt. v. 15.11.2006 – VIII ZR 3/06* , jeweils für den Rücktritt; MünchKomm.-Fritsche, § 355 Rdnr. 60.

¹⁰⁷Lenkeit, *BauR* 2002, 196 (199) .

¹⁰⁸Vogel, in: Nicklich/Weick/Jansen/Seibel, § 8 Rdnr. 120 für die vergleichbare Situation beim Anspruch des AG auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B .

¹⁰⁹Ebenso Hummel, in: Nicklich/Weick/Jansen/Seibel, § 16 Rdnr. 100.

Nr. 4 VOB/B oder wenn durch den Architekten eine prüffähige Honorarschlussrechnung nach § 15 Abs. 1 HOAI trotz Aufforderung durch den Besteller nicht erteilt wurde. Auch das Vergütungsrecht der Rechtsanwälte kennt die Situation, dass der Lauf der Verjährung mit der Fälligkeit der Vergütung beginnt, das heißt, wenn der Auftrag erledigt oder die Angelegenheit beendet ist. Durchsetzbar ist die Anwaltsvergütung erst mit der entsprechenden Berechnung. Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 RVG beginnt die Verjährung zu laufen, auch wenn der Rechtsanwalt nicht abrechnet, so dass es vorkommen kann, dass die Vergütung des Rechtsanwalts bereits verjährt ist, bevor sie jemals einforderbar war.¹¹⁰

Für die Verjährung des Wertersatzanspruches gelten die gleichen Grundsätze. Der Unternehmer hat eine Abrechnung des Wertersatzanspruches zu erstellen und kann eine Zahlung ohne eine entsprechende prüfbar¹¹¹ Abrechnung gegenüber dem Verbraucher nicht durchsetzen. Erstellt er diese Abrechnung nicht, läuft gleichwohl die Verjährungsfrist.

III. Weitergehende Ersatzansprüche?

Wegen des Wegfalls der Verweisung auf das Rücktrittsrecht ist fraglich, ob auch die Verpflichtung des Unternehmers entfallen ist, gezogene Nutzungen herauszugeben und Wertersatz für nicht gezogene Nutzungen zu leisten. Dies wird man annehmen müssen. Anders ist dies beim Anspruch des Verbrauchers auf Verwendungersatz auf die gelieferte Sache. Dieser bestand¹¹², wenn die Verwendung notwendig war nach § 347 Abs. 2 Satz 1 immer und nach § 347 Abs. 2 Satz 2, wenn der Unternehmer hierdurch bereichert war. In den Neuregelungen der §§ 357 ff. ist von einem solchen Anspruch nicht die Rede. Es ist weder aus der Richtlinie noch aus der Begründung des Gesetzes eine bewusste Interessenbewertung des Inhalts erkennbar, dass der Verbraucher endgültig mit Aufwendungen auf die Sache belastet bleiben soll. Daher ist eine analoge Anwendung von § 346 Abs. 2 geboten.¹¹³

IV. Beweislast

Die Beweislast für die Erfüllung der in §§ 312 ff. geregelten Informationspflichten trägt nach § 312k Abs. 2 der Unternehmer.¹¹⁴ Der Verbraucher trägt die Beweislast für das Eingreifen des Widerrufsrechts, für die Unternehmereigenschaft seines Vertragspartners und für seine Qualifikation als Verbraucher.¹¹⁵ Der Unternehmer trägt die Beweislast für das Vorliegen der regulären Widerrufsfrist von 14 Tagen nach § 355 Abs. 2 Satz 1 sowie den Beginn der Widerrufsfrist nach § 361 Abs. 3. Er hat auch das ausdrückliche Leistungsverlangen des Verbrauchers nach § 357 Abs. 8 Satz 1, dessen Übermittlung auf einem dauerhaften Datenträger, die ordnungsgemäße Belehrung und den Umfang seiner Leistungserbringung zu beweisen.¹¹⁶ Die Ausübung des Widerrufsrechts und der Zugang der Widerrufserklärung beim Unternehmer sind vom Verbraucher zu beweisen.¹¹⁷ Jede Partei trifft die Beweislast für die Unverzüglichkeit ihrer Rückgewährleistung. Die Beweislast für eine Verschlechterung aufgrund übermäßiger Nutzung trifft den Unternehmer.¹¹⁸ Jede Partei trifft die Beweislast für den Inhalt der von ihr abgegebenen Erklärungen.¹¹⁹

V. Unabdingbarkeit und Umgehungsverbot

Zum Nachteil des Verbrauchers kann von den gesetzlichen Vorschriften des Widerrufsrechts nicht abgewichen oder diese umgangen werden. Dies ergibt sich aus den weitgehend identisch formulierten Bestimmungen der §§ 312k, 361 und 650o. Obwohl abweichende „Vereinbarungen“ genannt sind, wird auch der einseitige Verzicht des Verbrauchers erfasst.¹²⁰ Ein solcher Verzicht liegt auch dann vor, wenn später ein „deklaratorisches“ Schuldan-

¹¹⁰Vgl. Mayer, in: Mayer/Kroiß, RVG, 6. Aufl. 2013, § 10 Rdnr. 40.

¹¹¹Die Prüfbarkeitsvoraussetzungen sind nicht identisch mit denen von § 650g Abs. 4 Satz 2.

¹¹²Der Verweis folgte aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB alter Fassung.

¹¹³Schwab, JZ 2015, 645 (651), zustimmend Palandt/Grüneberg, § 361 Rdnr. 1.

¹¹⁴MünchKomm.-Wendehorst, § 312k Rdnr. 16, weil der Beweis, nicht informiert worden zu sein, für den Verbraucher kaum zu führen ist, während es der Unternehmer durch Gestaltung seines Vertriebssystems meist in der Hand hat, den Tatbestand der Informationserteilung zu dokumentieren.

¹¹⁵MünchKomm.-Fritsche, § 355 Rdnr. 45.

¹¹⁶Palandt/Grüneberg, § 357 Rdnr. 17.

¹¹⁷MünchKomm.-Fritsche, § 355 Rdnr. 45.

118 Entsprechend EuGH, Urt. v. 03.09.2009 – C-489/07 Messner./Krüger, es sollen aber Grundsätze des Anscheinsbeweises helfen können, wenn je nach Intensität der Gebrauchsspuren und zeitlichem Geschehensablauf die allgemeine Lebenserfahrung dafür spricht, dass die Verschlechterung nicht nur auf eine Prüfung der Sache zurückgeht, so Begründung RegE BT-Drucks. 17/5097, S. 15.

119 Palandt/Grüneberg, § 355 Rdnr. 16.

120 MünchKomm.-Wendehorst, § 312k Rdnr. 3; MünchKomm.-Fritsche, § 361 Rdnr. 14.

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 2 – BauR 2017 Heft 4 – 626

<< >>

erkenntnis verlangt und abgegeben wird.¹²¹ Ausgeschlossen sind daher auch weitergehende Ansprüche des Unternehmers aus Bereicherung¹²² oder über die speziellen Wertersatzvorschriften hinaus auf Nutzungsentschädigung, wie sie bei der alten Rechtslage durch Verweis auf das Rücktrittsrecht bestanden haben.¹²³ Der Verbraucher schuldet auch keine Vertragsstrafe.¹²⁴ Nachteilige Klauseln in AGB des Unternehmers sind nach § 306 unwirksam, so dass der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt. Sollte eine abweichende Vereinbarung ausnahmsweise individualvertraglich bestehen, ist § 306 analog anzuwenden.¹²⁵ Abweichungen zu Gunsten des Verbrauchers sind hingegen zulässig.

D. Sonderprobleme

1. Widerruf des nichtigen Vertrages?

Fraglich ist, ob auch ein nichtiger Vertrag widerrufen werden kann. Diese Konstellation besteht z.B. wenn es durch den gleichen Anbieter im engen Zusammenhang und für das gleiche Grundstück mit dem Verbraucher zum Abschluss eines Grundstückskaufvertrages kommt, der notariell beurkundet wird und daneben ohne notarielle Beurkundung ein Erschließungsvertrag abgeschlossen ist, dessen Bestand mit dem Grundstückskaufvertrag „stehen und fallen“ soll und der demgemäß ebenfalls zu beurkunden gewesen wäre.¹²⁶ Wegen der fehlenden Beurkundung ist der Erschließungsvertrag zunächst nichtig (§ 311b). Zugleich kann der Abschluss des Erschließungsvertrages in der AGV-Situation oder durchaus auch unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln geschehen sein. Da eine Bereichsausnahme nicht vorliegt¹²⁷, besteht nach § 312g ein Widerrufsrecht bis zu 12 Monaten und 14 Tagen nach Vertragsschluss.¹²⁸ Denkbar ist auch, dass der Verbraucher in der Abschlussituation eine Täuschung gesehen hatte und die Anfechtung des Erschließungsvertrages gem. § 123 Abs. 1 erklärt hatte, so dass ein wirksamer Vertrag nicht mehr vorliegt. Es stellt sich dann die Frage, ob dem Verbraucher gleichwohl die Möglichkeit des Widerrufs erhalten bleibt, obwohl streng genommen kein Vertrag mehr vorhanden ist, der widerrufen werden könnte. Wegen der deutlichen Unterschiede in den Rückabwicklungssystemen, etwa bei den Regeln zu Wert- oder Verwendungersatzansprüchen oder Ausschlussstatbeständen¹²⁹ stellt sich für den Verbraucher bzw. dessen Berater die Frage der Widerrufsfähigkeit. Der BGH hatte bereits entschieden¹³⁰, dass die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes nach § 138 nicht ausschließt, dass der Verbraucher von einem Widerrufsrecht Gebrauch machen könne.¹³¹

Nach herrschender Auffassung¹³² ist ein Günstigkeitsvergleich vorzunehmen. Neben dem verbraucherschützenden Widerrufsrecht setzen sich im Zweifel allgemeine Regelungen des Vertragsrechts durch. § 123 Abs. 1 schützt gleichermaßen wie § 138 vor Übervorteilung. Mit dem Anfechtungsrecht hat das Widerrufsrecht allerdings gemeinsam, dass zunächst ein wirksamer Vertrag besteht und dass es von der Wahl des jeweiligen Gestaltungsrechts abhängt, ob der Vertrag mit Wirkung ex tunc oder ex nunc zur Auflösung gebracht wird. Im Rahmen eines Günstigkeitsvergleichs würde man jedenfalls diese beiden Rechtsbehelfe als gleichrangig anzusehen haben.¹³³

Ein Widerspruch zur Rechtsprechung des VII. Senats des BGH¹³⁴ zu Schwarzgeldabreden bei Bauverträgen besteht hierdurch nicht. Die neue Rechtsprechung spricht beiden Parteien, welche sich aufgrund eines gemeinsamen Entschlusses außerhalb der Rechtsordnung bewegen, jeden rechtsgeschäftlichen Schutz ab. Könnte eine auf der Baustelle und damit als AGV getroffene

121 Unzutreffend, weil § 361 missachtend, daher LG Limburg, Urt. v. 05.08.2016 – 3 S 29/16.

122 PWW/Stürmer, § 61 Rdnr. 4.

123 Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 361 Rdnr. 5; Schwab, JZ 2015, 644 (650).

124 Palandt/Grüneberg, § 361 Rdnr. 1.

125 MünchKomm.-Wendehorst, § 312k Rdnr. 3, eine Gesamtnichtigkeit liefe dem Schutzzweck der verbraucherschützenden Vorschriften zuwider.

126 Vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.05.2011 – 13 U 121/10 .

127Und in dieser Situation über ein Widerrufsrecht sicherlich nicht belehrt wurde,.

128Bzw. bis zur vollständigen Vertragserfüllung durch den Unternehmer.

129Insb. § 818 Abs. 3.

130BGH, Urt. v. 25.11.2009 – VIII ZR 318/08 , Radarwarngerät.

131Die Entscheidung ist ebenfalls zum alten Recht ergangen, so dass sich die Frage stellt, ob sie im Geltungsbereich der VRRRL Bestand haben kann, weil die Formulierung zahlreicher Vorschriften und Erwägungsgründe der VRRRL nahelegen, dass ein nach innerstaatlichem Recht wirksamer Verbrauchervertrag vorliegen müsste, vgl. Friesen, VuR 2016, 174.

132MünchKomm.-Fritsche, § 355 Rdnr. 33; Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 355 Rdnr. 12.

133Vgl. Friesen, VuR 2016, 174 (180).

134BGH, Urt. v. 10.04.2014 – VII ZR 241/13 , siehe andererseits BGH, Urt. v. 14.12.2016 – IV ZR 7/15 .

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 2 - BauR 2017 Heft 4 - 627
<< >>

Schwarzgeldabrede widerrufen werden, so wäre der Ausschluss von § 817 Satz 2 hierdurch ausgehebelt und eine wesentliche ordnungspolitische Entscheidung würde unterlaufen.¹³⁵

Der Widerruf eines nichtigen Vertrages ist daher weiterhin möglich, wenn der Verbraucher nicht seinerseits in von der Rechtsordnung missbilliger Weise an den Nichtigkeitsgründen mitgewirkt hat. Das ist beim Abschluss eines beurkundungspflichtigen Vertrages mit dem Unternehmer ohne tatsächliche Beurkundung nicht ohne Weiteres der Fall.

2. Kann der Widerruf treuwidrig sein?

Die Grundsätze von Treu und Glauben finden auch in Widerrufsfällen Anwendung. Unionsrecht steht der Anwendung von § 242 nicht entgegen.¹³⁶ Die Ausübung des Widerrufsrechts stellt keine Pflichtverletzung dar, die zum Schadenersatz führen könnte; auch dann nicht, wenn der Verbraucher schon vor Vertragsschluss erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass die Leistungen für ihn nicht brauchbar sein würden.¹³⁷

Eine Unzulässigkeit der Ausübung des Widerrufsrechtes wegen eines widersprüchlichen Verhaltens wird in der Regel nicht in Betracht kommen. Insbesondere ist ein Widerruf nicht unzulässig, nur weil das Motiv des Verbrauchers für den Widerruf vermeintlich nichts mit dem Schutzzweck des Gesetzes zu tun hat. Der Gesetzgeber hat das Widerrufsrecht von jeglichem Begründungserfordernis freigehalten. Der Widerruf kann als Gestaltungsrecht nach freiem Belieben ausgeübt werden, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen.¹³⁸ Ein Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben kann daher nicht daraus abgeleitet werden.

Auch der Hinweis auf die generelle Möglichkeit der Verwirkung eines Widerrufsrechts ist als grundsätzlicher Rechtssatz ungeeignet. Als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung wegen illoyal verspäteter Geltendmachung von Rechten setzt die Verwirkung sowohl ein Zeit- als auch ein Umstandsmoment voraus. Schon das Bestehen des Zeitmoments kommt nach hiesiger Auffassung nur im Falle der vormaligen „ewigen“ Widerrufsrechte¹³⁹, nicht aber bei einer zeitlich begrenzten Widerrufsmöglichkeit von 12 Monaten und 14 Tagen in Betracht. Am nötigen Umstandsmoment scheidet eine Verwirkung des Widerrufsrechts, wenn der Unternehmer ein schutzwürdiges Vertrauen schon deshalb nicht für sich in Anspruch nehmen kann, weil er eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung nicht erteilt hatte.¹⁴⁰ Das nötige Umstandsmoment kann auch nicht aus der regelmäßigen Erfüllung der vertraglichen Primärpflichten abgeleitet werden. Dies wäre zum Nachteil des vertragsgetreu handelnden Verbrauchers, weil der geschlossene Vertrag noch bis zum Widerruf mit den gegenseitigen Erfüllungspflichten Bestand hat. Damit scheiden auch Handlungen des Verbrauchers aus, die als „Vertragsbegräftigung“ angesehen werden könnten, wie etwa Änderungsanordnungen oder Abschlagszahlungen. Somit kann das Vertrauen auf ein Ausbleiben des Widerrufs allein bei beendeten Verträgen¹⁴¹ schutzwürdig sein, wenn die Leistungspflichten *beiderseits* erfüllt wurden.

3. Recht zum teilweisen Widerruf?

Fraglich ist, ob ein Recht auf teilweisen Widerruf besteht. Denkbar ist dies, wenn bspw. der Verbraucher im Online-Versand mehrere für den Bau bestimmte Ausstattungsgegenstände oder Baumaterialien erwirbt und ihm hierdurch grundsätzlich die Freiheit eingeräumt wird, den Vertrag innerhalb von 14 Tagen zu widerrufen. Macht der Erwerber von diesem Recht Gebrauch, so wären die empfangenen Leistungen gem. §§ 355 Abs. 3 Satz 1, 357, zurück zu gewähren. Will der Käufer aber einen Teil der gelieferten Ware behalten, so ist fraglich, ob ihn die gesetzlichen Regelungen gleichwohl zur Rückabwicklung des gesamten Vertrages zwingen oder ob er nur die für ihn unpassenden Teile zurückgewähren kann. Die gleiche Frage

stellt sich etwa für Planungsleistungen aus einer Hand, wenn etwa das Energiekonzept und die Wärmebedarfsberechnung verwendbar sind, hingegen die Tragwerksplanung unbrauchbar ist.

135Vgl. Friesen, VuR 2016, 174 (179).

136Vgl. BGH, UrT. v. 12.07.2016 – XI ZR 501/15, dort Rdnr. 15.

137MünchKomm.-Wendehorst § 312g Rdnr. 64.

138Auch dann, wenn der Verbraucher sich durch den Widerruf nur bessere Vertragskonditionen sichern will.

139Die mit Ausnahme der Haustürgeschäfte am 21.06.2016 erloschen waren, hierzu Omlor, NJW 2016, 1265.

140Vgl. BGH, UrT. v. 01.06.2016 – IV ZR 482/14, für das Widerspruchsrecht beim Versicherungsvertrag.

141Bei denen über die Wertersatzpflicht nicht informiert wurde; anderenfalls erlischt das Widerrufsrecht bei AGV und im Fernabsatz schon mit vollständiger Vertragserfüllung des Unternehmers nach § 356 Abs. 4.

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 2 – BauR 2017 Heft 4 – 628

<< >>

Der teilweise Widerruf ist gesetzlich weder erwähnt noch ausdrücklich geregelt.¹⁴² Die früher herangezogenen Vorschriften des Rücktrittsrechtes sind nicht mehr anwendbar. Auch zum alten Recht war vertreten worden, dass ein Käufer, der für Umbauarbeiten mehr Material an Dielen bestellt hatte, als er benötigte, den Vertrag über die übrig gebliebenen und nicht eingebauten Materialien nicht teilweise widerrufen könne.¹⁴³ Vertreten wurde auch, dass ein allgemeines Teilwiderrufsrecht deshalb abzulehnen sei, weil es anderenfalls der Verbraucher in der Hand hätte, die von den Parteien vereinbarten Vertragszusammenhänge zu zerreißen.¹⁴⁴ Dem Unternehmer würde ein Vertrag mit einem Inhalt aufgezwungen, den er so nie abgeschlossen hätte. Ein Teilwiderrufsrecht war aber nach allgemeiner Meinung gegeben, wenn der Vertrag in selbstständige Teile zerlegt werden kann, die in keinem inneren Zusammenhang stünden oder wenn verschiedene Vertragsteile nur äußerlich miteinander verbunden seien, die genauso gut isoliert nebeneinander stehen könnten oder vollständig getrennt abwickelbar wären, wie eben bei getrennt lieferbaren Sachen im Fernabsatz. Dem nunmehr gültigen Wortlaut von § 355 ist weder explizit noch implizit die Zulässigkeit eines teilweisen Widerrufs zu entnehmen. Zudem ist die früher im deutschen Recht ermöglichte Ausübung des Widerrufsrechts allein durch eine Rücksendung der Ware aus dem Gesetz gestrichen worden. Jedenfalls könnte man aus dem Grundsatz der Vollharmonisierung und den Ausführungen der Kommission den Schluss ziehen, dass die Richtlinie den Teilwiderruf bewusst nicht pauschal gesetzlich zulassen wollte.¹⁴⁵ Andererseits ist nicht einzusehen, warum gerade in den Fällen, in denen die Leistungen des Unternehmers ohne Schwierigkeit teilbar sind und auch in getrennten Verträgen hätten in gleicher Weise vereinbart werden können, ein Recht zum Teilwiderruf nicht bestehen soll. Hierfür spricht auch die bereits oben angesprochene Konstellation, dass zum Zeitpunkt des Widerrufs des Verbrauchers ein Teil der empfangenen Leistungen in natura entsprechend § 357 Abs. 7 oder entsprechend § 357d zurück gegeben werden kann, während für einen nicht rückgabefähigen Teil Wertersatz geschuldet wird.

Die Berechtigung zu einem Teilwiderruf des Verbrauchervertrages nach § 650I dürfte hingegen zu diskutieren sein. Dieser Vertrag beinhaltet in der Regel eine einheitliche Vergütung (als Pauschalpreis) und eine einheitliche und nicht ohne Weiteres auftrennbare Leistung des Unternehmers. Andererseits findet eine solche Auftrennung jedenfalls dann statt, wenn der Verbraucher berechtigterweise einen Widerruf erklärt, nachdem der Unternehmer bereits mehr als nur unerhebliche Teil-Leistungen erbracht hat. Eine Auftrennung findet auch statt, wenn ein Teil der erbrachten Leistung rückgabefähig ist und ein anderer Teil nicht. Bei einer in solcher Weise objektiv auftrennbaren Leistung besteht daher auch das Recht zum Teilwiderruf.¹⁴⁶

4. Änderungen des Vertrages

Fraglich ist, ob für den Verbraucher ein Widerrufsrecht besteht, wenn er mit dem Unternehmer im formalen Anwendungsbereich des Außergeschäftsraumvertrages oder unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung trifft, die einen bereits bestehenden Vertrag abändert oder anpasst. Hiervon wird man nach der hier vertretenen Auffassung ausgehen müssen.

Die gesetzlichen Regelungen der §§ 312 ff. BGB setzen den Europäischen Anspruch auf Vollharmonisierung der Verbraucherrechte im Richtlinienbereich um. Dem entspricht es, dass alle Rechtsgeschäfte zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer im Richtlinienbereich, für die keine Bereichsausnahme oder eine Ausnahme vom Widerrufsrecht aus dem Katalog in § 312g Abs. 2 gegeben ist, die grundsätzliche Möglichkeit des Verbrauchers beinhalten, von seinem Widerrufsrecht Gebrauch zu machen und umgekehrt die Verpflichtung des Unternehmers begründen, seiner Informationspflicht nachzukommen und ordnungsgemäß über das Bestehen des Widerrufsrechtes und ggf. über das Bestehen eines Wertersatzanspruchs zu belehren. Für den Bereich des Mietrechts ist die Anwendung der

Widerrufsvorschriften für Vertragsanpassungen, insbesondere die Mieterhöhung oder die Betriebskostenänderung, anerkannt und lediglich durch § 312 Abs. 4 Satz 2 für die Begründung des Mietverhältnisses

142Vgl. Kotowski, VuR 2016, 291.

143Vgl. AG Lübbecke, Urt. v. 07.06.2013 – 3 C 139/13.

144Staudinger/Kaiser, 15. Aufl. 2012, § 355 Rdnr. 27 (zum alten Recht).

145So Kotowski, VuR 2016, 291, 295.

146Ebenso MünchKomm.-Fritsche, § 355 Rdnr. 25.

Lenkeit: Das neue Widerrufsrecht für Verbraucher bei Verträgen am Bau – Teil 2 – BauR 2017 Heft 4 – 629

<<

über den Wohnraum ausgeschlossen, wenn der Mieter die Wohnung vorher besichtigt hat.¹⁴⁷

Für die Tätigkeit des Planers wird vertreten, dass die Vereinbarungen über Änderungen des Umfangs der beauftragten Leistungen bzw. die Wiederholung von Grundleistungen nach § 10 Abs. 1 und 2 HOAI Verbraucherverträge darstellen.¹⁴⁸

Nichts anderes kann für so genannte Nachtragsvereinbarungen im Zuge der Abwicklung der Baumaßnahme gelten. Hierdurch wird mit einer eigenen Vertragserklärung des Verbrauchers ein bestimmter Vertragsteil modifiziert, was grundsätzlich den Bestand des gesamten Vertrages bzw. die übrigen Leistungspflichten unberührt lässt. Betroffen sein werden insbesondere Entscheidungen des Bauherrn über eine geänderte Leistung, die dieser bspw. im Fernabsatz trifft, wenn ihm der Unternehmer zum Zwecke der Auswahl oder der Bemusterung einen Katalog an Sanitärausstattung per E-Mail übermittelt und der Verbraucher dieses Angebot per E-Mail bestätigt. Wird das Gespräch darüber, dass Dachziegel „grün engobiert“ doch im Ergebnis sowohl formschöner als auch haltbarer seien, als die im Standard-Leistungsverzeichnis des Unternehmers aufgeführten Betondachsteine, auf dem Gerüst des Bauvorhabens geführt, so liegt ein AGV und damit die grundsätzliche Widerruflichkeit der Änderungsanordnung durch den Verbraucher vor.¹⁴⁹ Da es auf eine Motivkontrolle ebenso wenig ankommt, wie auf einen Nachweis der Kausalität für die Überrumpelung, kann der Verbraucher von seinem Widerrufsrecht Gebrauch machen.¹⁵⁰

Man mag dieses Ergebnis für unzweckmäßig halten. Es entspricht nach der hiesigen Auffassung aber der bestehenden Rechtslage. Diese ist gekennzeichnet durch zwingende Vorgaben im Richtlinienbereich. Daher scheidet auch jede Einschränkung der Verbraucherrechte in diesem Bereich, d.h. insbesondere bei Vorliegen eines AGV oder Fernabsatzvertrages ausdrücklich aus und ist bis zur Grenze von § 826 auch eine Korrektur einer rechtlichen zulässigen Verbraucherentscheidung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht geboten.

Dies hat zur Folge, dass im Anwendungsbereich der §§ 312 ff. für diese Vereinbarungen auch ein isoliertes Widerrufsrecht besteht und der Unternehmer oder Architekt jeweils gesondert darüber zu belehren und auf den möglichen Wertersatzanspruch hinzuweisen haben, wenn sie nicht wegen § 357 Abs. 8 leer ausgehen wollen.

147Hierzu Streyll, NZM 2015, 433; Mediger, NZM 2015, 185; Koch, VuR 2016, 62.

148Vgl. Motzke, in: Motzke/Preussner/Kehrberg, Die Haftung des Architekten, 10. Aufl. 2015, Kapitel H, Rdnr. 21.

149Sofern nicht eine ordnungsgemäße Belehrung erfolgte.

150Und zwar auch dann, wenn lediglich dessen Schwiegermutter ihr Veto gegen die „hässlichen“ Steine einlegt und ihr ewiges Fernbleiben vom künftigen Wohnort des Verbrauchers ankündigt.