

Widerrufsrechte

Brigitta Lurger

Inhaltsverzeichnis:

I. Bedeutung, Arten und Rechtfertigung	54
II. Gründe für die Nichtausübung durch den Verbraucher	56
III. Kritik und Schwächen	57
IV. Begrenzter Vereinheitlichungseffekt durch die VR-RL	59
V. Anwendungsbereich	61
A. Die Definitionen in Art 2 VR-RL	61
B. Allgemeine Ausnahmen in Art 3 Abs 3 VR-RL und besondere Ausnahmen in Art 16 VR-RL	63
C. Vergleich mit dem KSchG	65
1. Allgemeine Ausnahmen gem Art 3 Abs 3 lit a-m VR-RL	66
2. Besondere Ausnahmen gem Art 16 lit a-m VR-RL	67
VI. Die Widerrufsbelehrung gem Art 6 Abs 1 lit h VR-RL und Anhang I A VR-RL	68
VII. Neue Fristen gem Art 9 und 10 VR-RL	69
A. Reguläre Frist	69
B. Absolute Frist	72
VIII. Ausübung durch Erklärung gem Art 11 VR-RL und Anhang I B VR-RL ...	74
IX. Bereicherungsrechtliche Folgen und Kostentragung gem Art 14 VR-RL ...	75
A. Rücksendekosten bei Waren gem Art 14 Abs 1 VR-RL	77
B. Entschädigung für Wertverlust durch Gebrauch bei Waren gem Art 14 Abs 2 VR-RL	78
C. Erbringung von Dienstleistungen, Lieferung von Gas, Wasser, Strom, Fernwärme während offener Frist	80
D. Übermittlung von unkörperlichen digitalen Inhalten während offener Frist	84
E. Zusammenfassung der Systematisierungsversuche	87
1. Zielschuldverträge: einmalige Lieferung oder Leistung	88
2. Dauerschuldverträge oder Leistung in Teilen	88
X. Zurückbehaltungsrecht des Unternehmers in der Rückabwicklung gem Art 13 Abs 3 VR-RL	90
XI. „Akzessorische Verträge“ gem Art 15 VR-RL	91
XII. Resümee	93

I. Bedeutung, Arten und Rechtfertigung

„Widerrufsrechte“ oder „Rücktrittsrechte“, wie sie in der österreichischen Terminologie heißen, haben mittlerweile ihren festen Platz im Instrumentarium privatrechtlichen EU-Verbraucherschutzes.¹ Dieser Beitrag folgt der Mehrsterminologie im Deutschen, die sich auch in der Verbraucherrechte-Richtlinie (in der Folge kurz: VR-RL) findet, und verwendet das Wort „Widerrufsrechte“. Widerrufsrechte durchbrechen den Grundsatz „pacta sunt servanda“. Ein einmal geschlossener Vertrag muss im Regelfall von beiden Parteien eingehalten werden, tun sie das nicht, treten Vertragsverletzungsfolgen ein. Nur in begründeten Fällen kann ein einmal geschlossener Vertrag nach der traditionellen Vertragsrechtslehre ausnahmsweise wieder aufgehoben oder angefochten werden, so zB bei List, Irrtum, Verstoß gegen die guten Sitten, Verzug, Unmöglichkeit oder mangelhafter Leistung.

Die sog „Widerrufsrechte“, die seit den 80-er Jahren in europäischen Rechtsordnungen im Verbraucherschutz, aber auch darüber hinaus im Kundenschutz zahlreichen Einsatz finden, gehen über dieses klassische Gefüge von Vertragsbindung und ausnahmsweiser begründeter Vertragsaufhebung oder Unwirksamkeit des Vertrages noch hinaus und ermöglichen der begünstigten Partei den Widerruf des Vertrags „ohne Grund“: Jedenfalls ohne objektivierbaren, klar zu bezeichnenden und zu beweisenden Grund, der gegenüber der anderen Partei die Unwirksamkeit des Vertrags zumutbar erscheinen lässt (zB die andere Partei hat den Vertrag nicht erfüllt oder die andere Partei hat die anfechtende Partei in die Irre geführt oder übervorteilt).

Die in diesem Sinne „grundlosen“ Widerrufsrechte finden nur in bestimmten Fällen oder Situationen Einsatz, die ein besonderes Schutzbedürfnis des/der Verbraucher/s/in oder des/der Kund/en/in² auslösen (= Schutzfall). Der (indirekte) Grund für die Einräumung bzw Ausübung des betreffenden Widerrufsrechts, oder mit anderen Worten die Rechtfertigung für die Durchbrechung des Grundsatzes der Bindungswirkung von Verträgen, des „pacta sunt servanda“, der als Ausdruck der Privatautonomie, Vertragsfreiheit, Selbstbestimmung der Parteien betrachtet wird, liegt im Eintritt dieses Schutzfalles. Um dem Verbraucher nicht einen schwierigen oder gar unmöglichen Beweis darüber aufzuerlegen, was genau sein Motiv oder sein Grund für den Widerruf gewesen ist, lässt der Gesetzgeber diesen ohne Nachweis eines Grundes widerrufen. Der Widerrufsgrund ist durch die Normierung der Voraussetzungen des betreffenden Widerrufsrechts bereits typisiert vorgegeben, gleichgültig ob er im konkreten Einzelfall auch tatsächlich den Verbraucher oder Kunden zum Widerruf motiviert hat oder nicht.

In der Fülle an Widerrufsrechten, die speziell im österreichischen Recht sehr zahlreich vorhanden sind³ und dort nur teilweise auf EU-Recht zurückgehen,

¹ Tamm, Verbraucherschutzrecht (2011) 385 ff mwN.

² Aus Gründen der Lesbarkeit wird in der Folge bloß die männliche Endung verwendet (zB Verbraucher). Bezeichnungen von Personengruppen in der männlichen Form sind inhaltlich so gemeint, dass sie weibliche und männliche Mitglieder dieser Gruppe (zB Verbraucherinnen und Verbraucher) gleichermaßen umfassen.

³ Siehe im einzelnen Kalls/Lurger, Rücktrittsrechte (2001) 18 ff; Lurger/Augenhofer, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht² (2008) 221 ff.

kann man ua folgende Gründe (Schutzbedürfnisse, Schutzfälle) für die Einräumung von Verbraucher- oder Kundenschutz-Widerrufsrechten ausmachen: der Druck oder die Überrumpelung beim Abschluss außerhalb von Geschäftsräumen oder üblichen Geschäftsplätzen (Messen, Märkten); Informationsmangel beim Abschluss (zB durch Fernabsatz oder beim Unterbleiben vorgeschriebener Informationen); beim Abschluss gewichtiger komplizierter Verträge soll der Verbraucher eine zusätzliche Überlegungsfrist erhalten (zB Finanzdienstleistungen, Timesharing); Irrtum über Vertragsvoraussetzungen, die für den Verbraucher wichtig waren; spätere einseitige Vertragsänderungen durch die andere Partei.⁴ *Eidenmüller* teilt die oben erwähnten Schutzfälle/gründe inhaltlich ähnlich, aber mit anderen Worten, in Informationsasymmetrien, exogen veranlasste und endogene Präferenzstörungen beim Verbraucher ein.⁵ Nach diesen Schutzgründen können auch verschiedene Typen oder Kategorien von Widerrufsrechten unterschieden werden.⁶ Die zentralen Ziele der Widerrufsrechte sind die Verbesserung der Informationssituation sowie die Verbesserung der inhaltlichen Qualität der Verbraucherentscheidung. Man könnte auch sagen, dass Widerrufsrechte daher die sog „materielle“ Vertragsfreiheit auf Seiten des Verbrauchers oder Kunden schützen sollen.

Historisch gesehen handelt es sich bei den Widerrufsrechten um relativ junge Schutzinstrumente. Aus der Perspektive der Intensität der Einschränkung der Vertragsfreiheit der Parteien (insb des Unternehmers) betrachtet, liegen sie zwischen der Normierung von vorvertraglichen Informationspflichten des Unternehmers und zwingenden Eingriffen des Gesetzgebers in den Vertragsinhalt (zB Fairness-Kontrolle von Vertragsklauseln, zwingende vertragliche Rechte des Verbrauchers bei Lieferung vertragswidriger Waren).⁷ Sie diktieren nicht bestimmte Inhalte des Vertrages oder erklären unfaire Vertragsteile für nichtig, sondern lassen den Inhalt des Vertrages unangetastet. Widerrufsrechte gewähren dem Berechtigten ein kleines Schlupfloch aus der Vertragsbindung an sich, das in der Regel auch dann besteht, wenn alle Informationen gesetzeskonform übermittelt wurden. Damit gehen sie in ihrer Eingriffsintensität über die Informationsvorschriften hinaus. *Micklitz* hat ua auf der Basis der Widerrufsrechte sein Konzept eines „competitive contract law“ entwickelt.⁸ Widerrufsrechte ermöglichen es dem Verbraucher ua auch, während der Widerrufsfrist Informationen über bessere Konkurrenzangebote einzuholen und sich entsprechend um zu entscheiden. Damit wird der Wettbewerb unter den Anbietern gefördert.

⁴ *Kalss/Lurger*, Rücktrittsrechte 39 ff; *Kalss/Lurger*, Zu einer Systematik der Rücktrittsrechte insbesondere im Verbraucherrecht, JBl 1998 (in drei Teilen) Teil 2, 153 ff; *Lurger*, Vertragliche Solidarität (1998) 33 ff; siehe weiters: *Mankowski*, Beseitigungsrechte (2003) 222 ff; *Kroll-Ludwigs*, Die Zukunft des verbraucherschützenden Widerrufsrechts in Europa, ZEuP 2010, 509 (511 ff).

⁵ *Eidenmüller*, Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten, AcP 210 (2010) 67 (74 ff).

⁶ *Kalss/Lurger*, Rücktrittsrechte 39 ff; *Kalss/Lurger*, JBl 1998, 153 ff; *Lurger*, Vertragliche Solidarität 33 ff.

⁷ *Lurger*, Vertragliche Solidarität 14; *Lurger/Augenhofer*, Konsumentenschutzrecht², 23 f.

⁸ *Micklitz*, The Concept of Competitive Contract Law, 23 Penn St Int'l L Rev 2004/2005, 549 ff; *ders*, The New German Sales Law: Changing Patterns in the Regulation of Product Quality, Journal of Consumer Policy 2002, 379 ff.

II. Gründe für die Nichtausübung durch den Verbraucher

Widerrufsrechte finden im EU-Richtlinien-Recht seit der Haustürwiderrufs-Richtlinie aus 1985⁹ Einsatz. Weitere Widerrufsrechte des EU-Rechts finden sich in der Fernabsatz-Richtlinie,¹⁰ der Fernabsatz-Richtlinie für Finanzdienstleistungen,¹¹ der Timesharing-Richtlinie,¹² der Verbraucherkredit-Richtlinie¹³ sowie den Versicherungs-Richtlinien.¹⁴ Es stellt sich für die heutige Gesetzgebung und die neue VR-RL¹⁵ somit die Frage, ob sich die Widerrufsrechte in den vergangenen 27 Jahren als Schutzinstrumente für die oben erwähnten Zwecke tatsächlich bewährt haben und daher fortgeführt oder ausgebaut werden sollen, oder ob eher das Gegenteil der Fall ist. Leider existieren hierzu von empirischer Seite keine wissenschaftlichen Untersuchungen.¹⁶ Aus nicht systematisch erhobenen Erfahrungen in der Praxis lässt sich schließen, dass trotz auf dem Papier vorhandener Widerrufsrechte viele von Verbraucherseite unerwünschte Vertragsbindungen bestehen bleiben, dass also Widerrufsrechte in der Praxis sehr selten ausgeübt werden. Das trifft insb auf das Haustürwiderrufsrecht zu, während vom Fernabsatzrücktrittsrecht häufiger Gebrauch gemacht wird.¹⁷ Gründe für die Nichtausübung von Widerrufsrechten sind insb:

- 1) *Informationsmangel*: Die unzureichende Information des Kunden/Verbrauchers über Bestehen und Bedeutung eines solchen Rechts lässt den Kunden/Verbraucher passiv bleiben.
- 2) *Zahlung vor Widerruf*: Eine durch den Kunden/Verbraucher bereits geleistete Vorauszahlung macht die Ausübung des Widerrufsrechts unpraktikabel: Denn wenn der Unternehmer sich widersetzt, muss der Verbraucher seine bereits geleistete Zahlung vor Gericht einklagen.

⁹ RL 85/577/EWG v 20. 12. 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl L 1985/372, 31.

¹⁰ RL 97/7/EG v 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl L 1997/144, 19.

¹¹ RL 2002/65/EG v 23. 9. 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, ABl L 2002/271, 16.

¹² RL 94/47/EG v 26. 10. 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien, ABl L 1994/280, 83; Novelle: RL 2008/122/EG v 14. 1. 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen, ABl L 2009/33, 10.

¹³ RL 2008/48/EG v 23. 4. 2008 über Verbraucherkreditverträge, ABl L 2008/133, 66.

¹⁴ RL 2002/83/EG v 5. 11. 2002 über Lebensversicherungen, ABl L 2002/345, 1 (3. Lebensversicherungs-Richtlinie); RL 92/49/EWG v 18. 6. 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit der Ausnahme der Lebensversicherung), ABl L 1992/228, 1 (3. Schadensversicherungs-Richtlinie).

¹⁵ RL 2011/83/EU v 25. 10. 2011 über die Rechte der Verbraucher, ABl L 2011/304, 64.

¹⁶ *Micklitz/Reich*, The Commission Proposal for a „Regulation on a Common European Sales Law (CESL)“ – Too Broad or Not Broad Enough? EUI Working Papers LAW 2012/04 (2012) 51 (in der Folge: „*Micklitz/Reich*, Commission Proposal (CESL)“).

¹⁷ *Eidenmüller*, Why Withdrawal Rights? ERCL 2011, 1 (19), der sich auf kleinere Umfragen aus Großbritannien und Deutschland beruft, deren Internet-Adressen heute leider nicht mehr verfügbar sind.

- 3) *Ver- bzw Gebrauch nach Leistungsempfang vor Widerruf*: Wenn der Kunde bereits die Leistung des Unternehmers erhalten hat, könnte eine Rückgabe nach Ausübung des Widerrufsrechts Schwierigkeiten für ihn bereiten: wenn er a) die Leistung oder Ware bereits verbraucht hat oder b) wenn die Waren infolge Benutzung einen Wertverlust erlitten haben. Der Unternehmer könnte eine überhöhte Summe als Wertersatz fordern, die den Kunden vom Widerruf Abstand nehmen lässt.¹⁸

Auch lässt sich in diesem Fall (3) sowie in Fall (2) eine psychologische Hürde konstatieren: Durch den vollständigen oder teilweisen Vollzug des Vertrages entsteht für den Verbraucher der Eindruck, es sei ohnedies schon alles zu spät. Dass er selbst in diesem Fall noch widerrufen kann, wird ihm häufig gar nicht bekannt sein. Bitte beachten Sie zu dieser Thematik auch die Kapitel V.A. sowie IX. unten.

- 4) *Kompliziertheit der Erklärung*: Wenn die formalen Anforderungen an die Ausübung des Widerrufsrechts kompliziert erscheinen, wie zB die Ausfüllung eines elektronischen Formulars, könnten sie den Kunden von der Ausübung abhalten.
- 5) *Fraglichkeit von Adresse oder Unternehmeridentität*: Eine faktische Hürde für die Widerrufserklärung stellt auch die schwere Ermittelbarkeit der Empfängeradresse oder der Identität des anderen Vertragspartners dar.

In der unten stehenden Analyse der Widerrufsvorschriften der neuen VR-RL wird deutlich, inwieweit der EU-Gesetzgeber auf diese „Hinderungsgründe“ mit sinnvollen Regelungen reagiert hat oder nicht.

III. Kritik und Schwächen

Die Schwächen des Schutzinstruments „Widerrufsrecht“ liegen nicht nur in der Tatsache, dass wir im Grunde gar nicht wissen, ob es in der Praxis funktioniert und für den Verbraucher tatsächlich ausreichende Schutzeffekte zeitigt. Auch besteht zumindest in der Theorie die von Unternehmenseite häufig aufgezeigte Möglichkeit, dass der Verbraucher sein Widerrufsrecht „zweck-entfremdet“ oder „opportunistisch“ nutzt: Da er ja keinen Grund für seinen Vertragswiderruf nennen oder beweisen muss, könnte er Güter nachfragen, die er während des Laufs der Widerrufsfrist kostenfrei zu nutzen beabsichtigt, um sie danach wieder zurückzugeben. Klassische Beispiele sind die Bestellung eines TV-Bildschirms vor der Fußball-WM oder eines Hochzeits- oder Abendkleids. Eine Benutzung durch den Verbraucher könnte, wenn sich der Verbraucher geschickt anstellt, für den Verkäufer nachträglich schwer nachweisbar (und vielleicht auch gar nicht wertmindernd) sein. Wer vorsichtig ist und schnell liest könnte seine im Fernabsatz bestellten Bücher vielleicht auch wieder zurückgeben. Wie viele von solchen Fällen gibt es? Wie groß ist der Schaden, der den betroffenen Unternehmen dadurch entsteht? *Eidenmüller*¹⁹, der sich auf eine kleinere Umfrage

¹⁸ *Kroll-Ludwigs*, ZEuP 2010, 509 (520 f) erwähnt ebenfalls die Punkte 2 und 3 als Gründe für das Unterbleiben des Widerrufs bzw die Ineffizienz des Widerrufsrechts.

¹⁹ *Eidenmüller*, ERCL 2011, 1 (19, 21).

des Deutschen Industrie- und Handelskammertags (DIHK)²⁰ beruft, spricht von einer erheblichen Zahl an Fällen solchen opportunistischen Verbraucherverhaltens. *Loos*²¹ weist darauf hin, dass die Gefahr der Ausnutzung des Widerrufsrechts zu fremden Zwecken dann besonders groß ist, wenn die lange absolute Frist (in der VR-RL: 12 Monate) und nicht die kurze Frist (14 Tage) läuft, weil der Verbraucher über sein Widerrufsrecht nicht belehrt wurde. Über eine solche Ausnutzung der absoluten Frist liegen überhaupt keine Umfragen oder Zahlen vor. Außerdem ist es für den Unternehmer ein Leichtes, Verbrauchern diesen weiten Raum des Widerrufs zu nehmen, indem er vorschriftsgemäß über das Widerrufsrecht belehrt. Die meisten Verbraucher sind mE arglos und wissen von ihrem Widerrufsrecht nichts, wenn sie vom Unternehmer nicht hierüber belehrt werden, folglich können sie es auch nicht ausnützen.

Die Kritik der ökonomischen Analyse des Rechts geht weiter:²² Sie kritisiert die zwangsweise Ausschaltung des Wettbewerbs in einem Punkt der Vertragsbedingungen, nämlich der Rückgabemöglichkeit nach Widerruf, der sich zum Nachteil der Unternehmer, noch mehr aber zum Nachteil der Verbraucher auswirke. Durch die Rückläufe von Waren nach Ausübung des zwangsweise einzuräumenden Widerrufsrechts des Verbrauchers entstünden dem Unternehmer zusätzliche Kosten, die er regelmäßig auf den Preis der betreffenden Produkte aufschlage. Die Produkte könnten in der Folge von den Verbrauchern nur mehr zu diesem höheren Preis erworben werden. Billig-Angebote zu einem niedrigeren Preis, dafür aber ohne Widerrufsmöglichkeit, zum Wohle gerade einkommensschwacher Verbraucher, könne es dann nicht mehr geben. Das schade gerade jenen Verbrauchern, die sich teure Produkte eben nicht leisten könnten. Hier werde ein Luxus-Schutzinstrument verordnet, das insb jenen helfe, die sich teurere Produkte leisten könnten.

Dieser Kritik einiger Autoren der ökonomischen Analyse des Rechts ist mE nicht zu folgen. Eine Abschaffung des Widerrufsrechts oder seine Umwandlung in dispositives Vertragsrecht,²³ wie es von der ökonomischen Analyse empfohlen wird, geht von nicht überprüften Voraussetzungen aus. Denn keineswegs kann als gesichert angenommen werden, dass Unternehmer, die Widerrufsrechte in

²⁰ DIHK, Trusted Shops – Auswertung der Umfrage zur Praxis des Widerrufs im Fernabsatz bei Warenlieferungsverträgen auf der Basis von 385 Rückantworten, der betreffende Link zu diesem Dokument aus 2010 findet sich leider nicht mehr im Internet.

²¹ *Loos*, Rights of Withdrawal, in: *Howells/Schulze* (Hrsg), Modernising and Harmonising Consumer Contract Law (2009) 237 (258).

²² *Ben-Shahar/Posner*, The Right to Withdraw in Contract Law, *Journal of Legal Studies* 40 (2011) 115 (144 ff); Bar-Gill/Ben-Shahar, Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of the Common European Sales Law, *New York University Law and Economics Working Papers* 2012, 19 ff (= Conference on European Contract Law: A Law-and-Economics Perspective, Chicago Law School, 27.-28. 4. 2012, http://www.law.uchicago.edu/files/files/OBS-OBG%20paper_0.pdf); *Eidenmüller*, ERCL 2011, 1 (12 ff).

²³ *Ben-Shahar/Posner*, *Journal of Legal Studies* 40 (2011) 115, empfehlen das Widerrufsrecht als dispositive Regel des Vertragsrechts; *Eidenmüller*, ERCL 2011, 1 (8 ff, 23 ff), der sich grundsätzlich für die Beibehaltung von zwingenden Widerrufsrechten ausspricht, empfiehlt für den Fall des Fernabsatzwiderrufs ein optionales gesetzliches Widerrufsrecht, das vom Verbraucher gewählt werden kann. Der Verbraucher könne dann selbst entscheiden, ob ihm eine solche Widerrufsmöglichkeit den höheren Preis der Fernabsatzware wert ist.

Hinkunft nicht mehr anbieten, damit auch ihre Produkte entscheidend verbilligen werden, so dass sie nun auch für neue Käuferschichten erschwinglich werden. Es ist aber umgekehrt sehr wohl anzunehmen, dass die Zahl ungewollter Vertragsbindungen für die Verbraucher steigen wird. Das Argument, dass Widerrufsrechte automatisch auch zu einer Kostenerhöhung für die Unternehmer und zu einer damit korrelierenden Preisanhebung für die Konsumenten führen und somit nicht im Interesse einer Vielzahl von Verbrauchern lägen, die lieber billiger kaufen würden, kann auf alle zwingenden Rechte zum Schutz des Verbrauchers angewendet werden, die Unternehmer sonst nicht gewährleisten würden. Damit würde sich jeglicher zwingender gesetzlicher Verbraucherschutz erübrigen, es wäre zugleich aber der Status Quo vor dem Zeitalter des modernen Verbraucherschutzes, also in Europa vor 1970 bzw 1980, hergestellt. In dieser Zeit waren keineswegs alle Produkte erschwinglicher, zugleich aber viel gefährlicher in jeder Hinsicht, für das Vermögen und die Gesundheit der Konsumenten.

Deutliche und mE berechtigte Kritik wurde schon immer an der mangelnden systematischen Durchdringung bzw Inhomogenität des Rechtsbereichs „Widerrufsrechte“ geübt.²⁴ Sie ist leider heute noch immer berechtigt, es sei denn die VR-RL brächte deutliche Fortschritte in diesem Punkt. Dazu gleich näher unten. Zu jedem Widerrufsrecht, ob im Fernabsatz oder im Haustürvertrieb, existieren lange Ausnahmelisten in den bisherigen EU-Richtlinien. Widerrufsrechte sind sehr punktuell normiert (für bestimmte Abschlussituationen, für bestimmte Vertragstypen). Das hat zum einen zur Folge, dass Situationen und Verträge, in denen vergleichbare Schutzbedürfnisse bestehen, nicht mit einer Widerrufsmöglichkeit ausgestattet wurden. Andererseits kennen die einzelnen Widerrufsrechte unterschiedliche reguläre und absolute Fristen, die unterschiedlich berechnet werden, unterschiedliche Rechtsfolgen-Regelungen, unterschiedliche Modalitäten und Belehrungsregeln. Für diese Differenzierungen fehlt es an jeglicher sachlicher Rechtfertigung.

IV. Begrenzter Vereinheitlichungseffekt durch die VR-RL

Bereits im Jahr 2000 hat der deutsche Gesetzgeber den Versuch unternommen, in den §§ 355-359 BGB einheitliche Regeln über Verbraucherwiderrufsrechte und deren Folgen festzulegen. Auf diese allgemeinen Vorschriften wird in den §§ 312 BGB (Haustürgeschäft) und 312d BGB (Fernabsatzvertrag) verwiesen. Einen ähnlichen Ansatz verfolgt nun auch der EU-Gesetzgeber in der VR-RL. Zwei Widerrufsrechte, die bisher im EU-Richtlinien-Recht getrennt geregelt waren, nämlich jenes bei Haustürgeschäften und jenes im Fernabsatz (außer Finanzdienstleistungen), werden nun in wesentlichen Punkten einheitlich geregelt. Dies betrifft insb:

- 1) die Widerrufsfristen gem Art 9, 10 VR-RL,
- 2) die Widerrufserklärung gem Art 11,
- 3) die Rechtsfolgen des Widerrufs in den Art 12-15 sowie

²⁴ Eidenmüller, AcP 210 (2010) 67 (97 ff); Kalss/Lurger, Rücktrittsrechte 12 ff, 88 ff; Lurger, Vertragliche Solidarität 45 ff, 63 f.

- 4) die Ausnahmenkataloge in den Art 16 lit a-m VR-RL sowie in Art 3 Abs 3 VR-RL.

Diese Vereinheitlichung ist grundsätzlich zu begrüßen.²⁵ Sie darf aber in ihrer Reichweite und Bedeutung nicht überschätzt werden, denn von ihr sind die Widerrufsrechte in Versicherungsverträgen, in Verbraucherkreditverträgen, in Verträgen im Fernabsatz von Finanzdienstleistungen und in Timesharing-Verträgen, die allesamt EU-rechtlich normiert sind, nicht erfasst.²⁶ Ebenfalls nicht erfasst sind alle jene Widerrufsrechte, die der österreichische Gesetzgeber autonom ins österreichische Recht aufgenommen hat.²⁷ Eine weitere Systematisierung und Vereinheitlichung (= Vereinfachung) des Rechts der Widerrufsrechte in Österreich könnte durch die freiwillige Initiative des österreichischen Gesetzgebers erzielt werden, indem er die übrigen Widerrufsrechte, die von der VR-RL nicht erfasst sind, so weit wie möglich, den neuen Bestimmungen der VR-RL (Art 1-16) angleicht.

Man sollte aber auch fragen, ob eine völlige Gleichschaltung aller Widerrufsrechte – was bspw die Länge der regulären Widerrufsfrist, den Beginn des Fristlaufs und die Ausnahmen anlangt – sachlich auch immer gerechtfertigt ist. Je nach Komplexität des Vertrages und der Art der Ausgangssituation könnten nämlich 14 Tage einmal zu kurz und in einem anderen Fall zu lang erscheinen. *Micklitz/Reich*²⁸ bspw halten die Widerrufsfrist von 14 Tagen im Fall einer einfachen Warenbestellung im Internet für zu lang, im Falle eines Verbraucherkreditvertrages hingegen für zu kurz (komplizierter langfristig belastender Vertrag). Auch *Rott*²⁹ tritt für eine Differenzierung der Länge der Widerrufsfristen für unterschiedliche Widerrufsrechte bzw Schutzsituationen ein. Weitere Bedürfnisse der Differenzierung zwischen Haustürsituation und Fernabsatzsituation können auch im Bereich der Dienstleistungen auftreten: So weisen *Hall/Howells/Watson*³⁰ zu Recht darauf hin, dass bei Dienstleistungen im Fernabsatz, die während der Widerrufsfrist erbracht werden, wegen der Gleichartigkeit mit der sonstigen Dienstleistungserbringung im Geschäft eine Bezahlung jedenfalls stattfinden müsse. Dagegen stelle sich das Schutzbedürfnis bei der überraschenden Erbringung von unerwünschten, für den Verbraucher vielleicht wertlosen Dienstleistungen in der Haustürsituation anders dar.

²⁵ *Tacou*, Verbraucherschutz auf hohem Niveau oder Mogelpackung? – Der Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher, ZRP 2009, 140 (141).

²⁶ *Hall/Howells/Watson*, The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law, ERCL 2012, 139 (156 f).

²⁷ Siehe die Aufzählung in *Lurger/Augenhofer*, Konsumentenschutzrecht², 221 ff.

²⁸ *Micklitz/Reich*, Commission Proposal (CESL) 51.

²⁹ *Rott*, The Right of Withdrawal in the Draft Common Frame of Reference, in: Report from the Oslo Workshop on Consumer Contracts 2007 and 2008, EBLR 2009, 199, 212 (215 f). AA (dh für eine einheitliche Widerrufsfrist) *Terryn*, The Right of Withdrawal, the Acquis Principles and the Draft Common Frame of Reference, in: Schulze (Hrsg), Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law (2008) 145 (161); *Looschelders*, Informationspflichten des Unternehmers und Widerrufsrecht des Verbrauchers, in: *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? (2012) 107 (133 ff, 141).

³⁰ *Hall/Howells/Watson*, ERCL 2012, 139 (161).

Der Vergleich der Schutzsituationen im Fall 1 der *Haustürverträge* und im Fall 2 der *Fernabsatzverträge* fördert deutliche Unterschiede zu Tage:

Hauptschutzgruppe bei den *Haustürverträgen* ist sicher jene der Pensionisten. Das Schutzproblem besteht darin, dass ein Vertrag abgeschlossen wird, der *überhaupt nicht gewollt* war und ist. Der Kunde wurde überrumpelt und psychologischem Abschlussdruck in der persönlichen Begegnung mit dem Verkäufer ausgesetzt.

Die Hauptschutzgruppe bei den *Fernabsatzverträgen* ist hingegen die Gruppe der unter 70-jährigen Internet-Nutzer. Das Schutzproblem besteht darin, dass Waren gekauft werden, von denen man sich über das Internet nur ein unzureichendes Bild machen kann. Es besteht ein Informationsdefizit, das erst durch den Erhalt und die folgende Untersuchung der Ware ausgeglichen werden kann. Im Unterschied zu den Haustürgeschäften liegt hier aber keine Überrumpelung oder psychologische Drucksituation vor. Auch werden nicht Verträge abgeschlossen, die überhaupt nicht gewollt sind, denn jeder Internet- oder Fernabsatz-Bestellung gehen ganz normale Bedarfsüberlegungen des Kunden voraus, die sich von Überlegungen im Vorfeld eines regulären Kaufs im Geschäft nicht unterscheiden. Eine kürzere Frist für Fernabsatzverträge von 7 Tagen (wie sie bisher nach § 5e Abs 2 KSchG und der Fernabsatz-Richtlinie auch bestand) erscheint daher sachlich durchaus gerechtfertigt. Zur Frage der Angemessenheit der Fristlänge siehe auch unten Kapitel VII.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass das Schutzbedürfnis des Verbrauchers im Falle von Haustürgeschäften anders (ungewollter Vertrag) und intensiver ausgeprägt ist als im Fernabsatz. Dem sollte durch Differenzierung im Schutzzinstrumentarium (siehe unten) Rechnung getragen werden: zB längere Frist bei Haustürverträgen, weniger Ausnahmen, geringerer Wertersatz bei vorzeitiger Erbringung oder Verbot vorzeitiger Erbringung.

V. Anwendungsbereich

A. Die Definitionen in Art 2 VR-RL

Ganz generell wirft die Richtlinie die Frage auf, wer denn als „Verbraucher“ betrachtet werden darf, denn ErwG 17 und Art 2 Nr 1 VR-RL widersprechen einander.³¹ In ErwG 17 heißt es: „ist der gewerbliche Zweck ... nicht überwiegend, sollte diese Person auch als Verbraucher betrachtet werden.“ Damit ist die Definition in ErwG 17 auch weiter als jene des EuGH in der Rs *Gruber*.³² Sie entspricht der Definition des Verbrauchers in Art I. – 1:105 Abs 1 DCFR (Draft Common Frame of Reference).³³ Demgegenüber definiert Art 2 Nr 1 VR-RL den „Verbraucher“ als „jede natürliche Person, die ... zu Zwecken handelt, die au-

³¹ *Unger*, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher – Eine systematische Einführung, ZEuP 2012, 270 (277); *Wendehorst*, Die neue Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, in: *Schenk/Lovrek/Musger/Neumayer* (Hrsg), Festschrift für Irmgard Griss (2011) 717 (723).

³² EuGH 20. 1. 2005, Rs C-464/01 *Gruber*, Slg 2005 I-439.

³³ *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EU Private Law (Acquis Group)*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition (2009).

ßerhalb ihrer gewerblichen Tätigkeit liegen.“ ErWG 13 VR-RL erlaubt den Mitgliedstaaten die Verwendung eines weiteren Verbraucherbegriffs als jenen der Richtlinie. Da gerade im Bereich der sog „Dual-Use“-Fälle in der Praxis große Rechtsunsicherheiten auftreten, ist diese zersplitterte Rechtslage freilich nicht sehr begrüßenswert. Den Mitgliedstaaten sei aber angeraten, im Fall von „Dual Use“ den weiteren Begriff des ErWG 17 zu wählen, da sachlich nicht einzusehen ist, warum eine nicht überwiegende Verwendung einer Sache auch für berufliche Zwecke die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers beseitigen soll.³⁴

Die VR-RL unterscheidet verschiedene Kategorien von Vertragsgegenständen, die allesamt ihrem Anwendungsbereich unterliegen, und sieht – insb auch bei den Widerrufsrechten – unterschiedliche Regeln für die einzelnen Kategorien vor.

Kategorie 1 bilden die *Waren* (bewegliche körperliche Sachen) und, ihnen gleichgestellt, die digitalen Inhalte auf einem körperlichen Datenträger, sowie Strom, Wasser und Gas, sofern sie in bestimmter Menge verkauft werden (zB Gasflasche).³⁵ Dass eine Gas- oder Wasserflasche einer Ware gleicht, ist offensichtlich. Wieso aber Strom in bestimmten Mengen eine Ware darstellen soll, ist unklar. ME wird dieser üblicherweise ja nicht in körperlichen Behältern oder Speichermedien (zB Akkus) verkauft. Verträge an Stromtankstellen für KFZ sind in der Regel keine Fernabsatz- oder Haustürgeschäfte.

Kategorie 2 bilden die *Dienstleistungen* (Art 2 Nr 6 VR-RL).

Kategorie 3 sind die *unkörperlichen digitalen Inhalte*, das sind solche digitale Inhalte, die nicht auf einem körperlichen Datenträger geliefert, sondern unkörperlich übermittelt werden. Verträge über unkörperliche digitale Inhalte sind nach ErWG 19 VR-RL für Zwecke der Richtlinie weder als Kaufverträge, noch als Dienstleistungsverträge zu betrachten. Diese Festlegung hat selbstverständlich keinen Einfluss auf die Einordnung eines Vertrags über den „Erwerb unkörperlicher digitaler Inhalte“ nach dem anwendbaren nationalen Vertragsrecht (Kauf, Werkleistung, Lizenzvertrag).³⁶ Auch bei der Einordnung der Verträge über körperliche digitale Inhalte als Waren(-kaufverträge) (siehe Kategorie 1) schränkt ErWG 19 diese Qualifikation auf die Zwecke der VR-RL ein.

Kategorie 4 bilden die Verträge über *Fernwärme* und über *Strom, Wasser und Gas*, wenn diese *nicht in bestimmter Menge* abgegeben werden (siehe ErWG 25, Art 3 Abs 1, Art 9 Abs 2 lit c VR-RL).

Mit dieser letzteren Kategorie 4 sind von der Richtlinie damit nicht nur Zielschuldverhältnisse, sondern auch Dauerschuldverträge erfasst. Auch Dienstleistungen (Kategorie 2) und Warenbezugsverträge (Kategorie 1) könnten als Dauerschuldverhältnisse ausgestaltet sein. Art 9 Abs 2 lit b iii VR-RL über den Fristlauf erwähnt einen Vertrag über die regelmäßige Lieferung von Waren über einen festgelegten Zeitraum hinweg, also wohl auch eine Art Dauerschuldvertrag.

³⁴ Siehe den guten Formulierungsvorschlag von *Micklitz/Reich*, Commission Proposal (CESL) 31.

³⁵ Siehe ErWG 19 VR-RL und Art 2 Nr 3 VR-RL.

³⁶ Ebenso *Unger*, ZEuP 2012, 270 (300). *Wendehorst* in FS Griss 717 (725) hält die Herausnahme dieser Verträge aus den Waren- und Dienstleistungsverträgen für problematisch.

Für den „Haustürvertrag“ ist die Definition des „Geschäftsraums“ in Art 2 Nr 9 VR-RL zentral. Zusätzlich müssen Verbraucher und Unternehmer beim Abschluss gem Art 2 Nr 8 lit a VR-RL gleichzeitig körperlich anwesend sein. Anders als bisher stellt die Anbahnung durch den Verbraucher auch kein Anwendungshindernis für die Schutzbestimmungen dar. Eine kleine Ausnahme findet sich in Art 16 lit h VR-RL für die Anbahnung von dringenden Reparaturen oder Instandhaltungen. Die Aufnahme von durch den Verbraucher angebahnten Haustürverträgen in den Schutzbereich der Richtlinie ist vielleicht mit praktischen Gründen rechtfertigbar, da die Grenzziehung zwischen Anbahnung und Nicht-Anbahnung in der Vielfalt möglicher Kommunikationsformen und Kombinationen unter diesen vor den nationalen Gerichten wirklich schwer fällt. Der EuGH hat sich zu dieser Frage noch gar nicht geäußert. Mit der neuen Regel erübrigt sich die Frage. Sachlich ist die Einbeziehung weniger verständlich, da in Fällen der Anbahnung der essentielle Schutzzweck für die Schutzgesetzgebung wegfällt, nämlich die Überrumpelung durch den Unternehmer.³⁷

Für den „Fernabsatzvertrag“ wird, wie in der alten Fernabsatz-Richtlinie, „ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebssystem“ verlangt (Art 2 Nr 7 VR-RL). Gem ErWG 13 steht es den Mitgliedstaaten (trotz des Maximalharmonisierungscharakters der Richtlinie) aber frei, den Schutz der VR-RL auf jene Fernabsatzverträge zu erweitern, die nicht im Rahmen eines solchen organisierten Vertriebssystems abgeschlossen worden sind.

B. Allgemeine Ausnahmen (Art 3 Abs 3 VR-RL) und besondere Ausnahmen (Art 16 VR-RL)

Art 3 Abs 3 VR-RL enthält einen Katalog von *allgemeinen Ausnahmen*, die natürlich auch im Bereich der Widerrufsrechte zum Tragen kommen. So kommen die Bestimmungen der VR-RL bspw nicht zur Anwendung bei Glücksspielverträgen (lit c), bei Verträgen über Rechte an Immobilien (lit e), bei Bauverträgen und Vermietung (lit f), Pauschalreiseverträgen (lit g), Teilzeitnutzungsverträgen (lit h) und Verträgen über die Personenbeförderung (lit k). Bei letzteren finden einige Bestimmungen der VR-RL dennoch Anwendung, nämlich gewisse Informationspflichten vor Abschluss (Art 8 Abs 2 VR-RL), das Entgeltverbot für bestimmte Zahlungsmittel (Art 19 VR-RL) und die Vorschrift über die gesonderte Zustimmung zu Extrazahlungen gem Art 22 VR-RL.

Art 16 VR-RL fügt zu den allgemeinen Ausnahmen des Art 3 Abs 3 VR-RL noch die *besonderen Ausnahmen*, die nur für das Widerrufsrecht gelten, hinzu. Hier finden sich bspw entsiegelte Waren bei Hygiene- oder Gesundheitsschutz (lit e), alkoholische Getränke mit längerer Lieferfrist und Wertschwankungen auf dem Markt (lit g),³⁸ Verträge über dringende Reparaturen, die durch den

³⁷ Effer-Uhe/Watson, Der Entwurf einer horizontalen Richtlinie über Rechte der Verbraucher, GPR 2009, 7 (13); M. Lukas, Außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossene Verträge, in: B. Jud/Wendehorst (Hrsg), Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa (2009) 65 (84 f, 97).

³⁸ Siehe hierzu ausführlich: Schauer, Fernabsatzverträge, in: B. Jud/Wendehorst, Verbraucherprivatrecht 99 (117); Looschelders, Informationspflichten, in: Remien/Herrler/Limmer, Eu-

Verbraucher angebahnt wurden (lit h),³⁹ entsiegelte Ton- oder Videoaufnahmen und Computerprogramme (lit i), öffentliche Versteigerungen (lit k)⁴⁰ und sog. „Freizeit-Dienstleistungen“ wie ua Autovermietungen⁴¹ und Hotelbuchungen (lit l).

Besondere Beachtung verdienen die Ausnahmen für vollständig erbrachte Dienstleistungen nach Art 16 lit a VR-RL sowie für unkörperliche digitale Inhalte nach lit m dieser Bestimmung (siehe unten Kapitel IX.C. und D.). Bei *Dienstleistungsverträgen*, die in Form von Haustürgeschäften oder im Fernabsatz geschlossen wurden, entfällt dann das Widerrufsrecht, wenn die Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers vor Ablauf der Widerrufsfrist vollständig erbracht wurde. Diese Zustimmung muss von seiner „Kenntnisnahme“ des Umstands begleitet sein, dass er durch die vollständige Erbringung sein Widerrufsrecht verliert. Auch bei der *Lieferung unkörperlicher digitaler Inhalte* entfällt das Widerrufsrecht, wenn der Verbraucher der sofortigen Lieferung ausdrücklich zustimmt, begleitet von seiner Kenntnisnahme, dadurch sein Widerrufsrecht zu verlieren. Dh wer in diesen beiden Kategorien (2 und 3) sofortige Leistung wünscht und auch ausreichend rechtlich gewarnt wird, verliert sein Widerrufsrecht: Sofortige Leistung und Widerrufsrecht schließen einander unter diesen Voraussetzungen aus.

Zwischen den allgemeinen Ausnahmen nach Art 3 Abs 3 VR-RL, den besonderen Ausnahmen nach Art 16 lit b-l VR-RL und den besonderen Ausnahmen nach Art 16 lit a und m VR-RL gibt es Unterschiede im Hinblick auf die *Information*, die der Verbraucher über die Nicht-Existenz oder den *Entfall des Widerrufsrechts* erhalten soll.

- 1) *Art 3 Abs 3 VR-RL*: Die Richtlinie ist gar nicht anzuwenden. Der Verbraucher muss nicht darüber informiert werden, dass er kein Widerrufsrecht hat.
- 2) *Art 16 lit b-l VR-RL*: Nur das Widerrufsrecht existiert nicht. Der Verbraucher ist über diesen Umstand nach Art 6 Abs 1 lit k VR-RL zu informieren. Diese Information wirkt aber nicht gestaltend. Wenn die Informationspflicht nicht erfüllt wird, hat der Verbraucher trotzdem kein Widerrufsrecht.
- 3) *Art 16 lit a und m VR-RL*: Der frühen Lieferung muss ausdrücklich zugestimmt werden und der Verbraucher ist über den Verlust des Widerrufsrechts zu informieren. Diese Information wirkt gestaltend: Wenn sie der Verbraucher nicht erhält, behält er auch sein Widerrufsrecht.

ropäisches Kaufrecht 107 (128).

³⁹ Looschelders, Informationspflichten, in: *Remien/Herrler/Limmer*, Europäisches Kaufrecht 107 (130).

⁴⁰ Looschelders, Informationspflichten, in: *Remien/Herrler/Limmer*, Europäisches Kaufrecht 107 (128 f).

⁴¹ Der EuGH (10. 3. 2005, Rs C-336/03 *easyCar*, Slg 2005 I-1964) stellte in der Entscheidung *easyCar* in Auslegung der Fernabsatz-Richtlinie klar, dass der Begriff „Dienstleistung im Bereich Beförderung“, der im Rahmen der Freizeit-Dienstleistungen erwähnt wird und diese Verträge von der Richtlinie ausnimmt, auch Automietverträge umfasst. Da „Mietverträge“ den Unternehmer im Wesentlichen nicht zu aktivem Tun, sondern nur zur Gestattung der Benutzung verpflichten, war zuvor umstritten, ob es hierbei um „Dienstleistungen“ iSd EU-Rechts handeln könne.

C. Vergleich mit dem KSchG

Das derzeit in § 3 KSchG verankerte Haustürwiderrufsrecht geht in seiner Genese auf Vor-EU-Zeiten zurück. Es zeichnet sich durch einen sehr einfachen, im Vergleich zur EU-Haustür-Richtlinie⁴² weiten Anwendungsbereich aus: Erfasst sind *alle* Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern, die außerhalb von Geschäftsräumen, Messen und Märkten abgeschlossen wurden, denen Besprechungen zwischen den Parteien vorausgingen und die nicht durch den Verbraucher angebahnt wurden. Eine Ausnahmenliste für bestimmte Verträge gibt es nicht. Auch existiert keine Beschränkung auf Verträge über Waren und Dienstleistungen. Auch nach dem Beitritt Österreichs zum EWR und zur EU, wurde dieser sachliche Anwendungsbereich nicht nach dem Vorbild der Richtlinie eingeschränkt. Zu einer Einschränkung bestand kein Anlass, da es sich bei der alten Haustür-Richtlinie um eine Minimal-Richtlinie handelte.

Anders ist die derzeitige Rechtslage für den Fernabsatz-Widerruf in den §§ 5e ff KSchG. Hier wurden die Ausnahmenlisten der Fernabsatz-Richtlinie⁴³ detailgetreu umgesetzt: Die Liste der allgemeinen Ausnahmen findet sich in § 5b KSchG, die Liste der speziellen Ausnahmen nur für das Widerrufsrecht findet sich in § 5f KSchG. So sind auch hier Bau-, Immobilien-Verträge ausgenommen (nicht aber die Vermietung von Immobilien!), ebenso die sog „Freizeit-Dienstleistungen“ (eine Ausnahme für Timesharing und Pauschalreisen wird nicht gesondert erwähnt), entsiegelte Waren, Glücksspiele ua.

Da die oben erwähnten beiden Ausnahmenlisten der neuen VR-RL stark ihren Vorgängerinnen in der Haustür-Richtlinie und in der Fernabsatz-Richtlinie gleichen, ist für die Änderung der Rechtslage, die durch die Umsetzung der neuen VR-RL zu erwarten ist, Folgendes zu schließen: Im Hinblick auf den sachlichen Anwendungsbereich wird sich für den Fernabsatz-Widerruf des § 5e KSchG kaum etwas ändern. Ganz anderes gilt für das Haustür-Widerrufsrecht nach § 3 KSchG: Hier würde durch die Implementierung der umfangreichen Ausnahmenlisten und die Beschränkung der Anwendung auf die oben erwähnten Kategorien 1-4 von Vertragsgegenständen eine deutliche Einschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs herbeigeführt.

Diese zu erwartende „Ausnahmisierung“ des österreichischen Haustür-Widerrufsrechts führt zu der Frage, was denn von den langen Ausnahmelisten aller drei Richtlinien (der beiden alten Haustür- und Fernabsatz-Richtlinien und der neuen VR-RL) zu halten sei. ME sind viele der Ausnahmen sachlich nicht rechtfertigbar und wohl auf das erfolgreiche Lobbying der einschlägigen Wirtschaftszweige im Gesetzgebungsverfahren bzw in der Kommission zurückzuführen. Dies lässt sich etwa für die sog Freizeit-Dienstleistungen,⁴⁴ die Glücksspiele und die Immobilien-, Miet- und Bauverträge vermuten sowie für die Sonderbehandlung von Finanzdienstleistungen.

⁴² RL 85/577/EWG v 20. 12. 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl L 1985/372, 31.

⁴³ RL 97/7/EG v 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl L 1997/144, 19.

⁴⁴ Hall/Howells/Watson, ERCL 2012, 139 (162).

Andere Ausnahmen scheinen einer sachlichen Rechtfertigung zugänglich: Bei Automatenkäufen und bereits entsiegelter Software (zB CDs) sowie bei unkörperlich übermittelten digitalen Inhalten stehen einem Widerruf praktische Hindernisse entgegen. Automatenkäufe sollen den Absatzprozess ja gerade vereinfachen und Personal sparer machen. Müsste für jeden Automaten beim verantwortlichen Unternehmer ein Widerrufsservice eingerichtet werden, würde das nicht nur die Automatisierung des Verkaufs hintertreiben, sondern auch zu unüberwindlichen Beweisproblemen führen (Wer hat was wann wo gekauft?).

Bei Software-Entsiegelung und unkörperlichen digitalen Inhalten steht dem Kunden faktisch die Möglichkeit offen, in Sekundenschnelle, ohne jeglichen Aufwand und ohne jegliche Nachprüfbarkeit eine Kopie des digitalen Inhalts anzufertigen. Danach könnte er seine CD oder den digitalen Inhalt mit einer Widerrufserklärung rückübermitteln. Natürlich sollte man dem Verbraucher solch unredliches Verhalten nicht unterstellen. Aber der Kopiervorgang ist sehr einfach und teilweise – insb bei der Online-Übermittlung – sogar dem Übermittlungsvorgang immanent, dh für den Kunden unvermeidlich. Der Unternehmer hätte beweistechnisch und technisch überhaupt keine Möglichkeit, vor Widerruf erfolgte technisch notwendige oder illegale Kopien zu beweisen oder sie zu verhindern. Spräche sich der „Widerrufs-Trick“ unter den Software- und E-Kunden herum, könnte dies den Handel von digitalen Inhalten gegen Entgelt ernstlich gefährden. Ein ähnlicher, aber vermutlich viel seltener realisierbarer Missbrauchsverdacht liegt der Ausnahme für auf Märkten kurzfristigen Preisschwankungen unterliegenden Waren und Dienstleistungen zugrunde: Das Widerrufsrecht könnte als Instrument für Marktpekulationen zweckentfremdet werden (siehe § 5f Abs 1 Z 2 KSchG und Art 16 lit b und g VR-RL).

Zusammenfassend kann *de lege ferenda* empfohlen werden, jene Ausnahmen der langen Ausnahmenkataloge, die sachlich nicht gerechtfertigt erscheinen, sondern nur auf das Lobbying der betroffenen Industriezweige zurückzuführen sind, sofern das EU-rechtlich möglich erscheint, gar nicht umzusetzen. Damit würde die Rechtslage gegenüber einer 1:1-Umsetzung der Listen vereinfacht und der Schutz des Verbrauchers verbessert. Allerdings stellt sich eben die schwierige Frage, ob ein solches Weglassen von Ausnahmen mit dem Maximalharmonisierungscharakter der VR-RL und damit mit dem EU-Recht vereinbar ist.

1. Allgemeine Ausnahmen gem Art 3 Abs 3 lit a-m VR-RL

ErwG 13 der VR-RL könnte für eine Vereinbarkeit sprechen: Hier werden Fragen des sachlichen Anwendungsbereichs und des Verbraucherbegriffs großzügig behandelt: Gem ErwG 13 dürfen in den Schutz der Richtlinie auch neu gegründete oder kleine und mittlere Unternehmen (als Verbraucher) einbezogen werden, dasselbe gilt für Verträge, die im Fernabsatz ohne Vorhandensein eines organisierten Vertriebssystems abgeschlossen werden. Jedoch nimmt die VR-RL in ihren Erwägungsgründen auch zu einzelnen der Ausnahmen ausdrücklich Stellung und verwendet dabei in einigen Fällen eindeutige Worte, in anderen wiederum nicht. So wird für die „öffentlichen Versteigerungen“ in ErwG 24, für die Immobilien-, Bau- und Mietverträge in ErwG 26, die Beförderungsdienstleistungen in ErwG 27, die Sozialdienstleistungen in ErwG 29, die Gesundheits-

versorgung in ErwG 30, die Glücksspiele in ErwG 31, die Finanzdienstleistungen, Pauschalreisen und Timesharing-Verträge in ErwG 32 jeweils gesondert begründet, warum diese Ausnahme normiert wurde.

Danach werden Beförderungsverträge (ErwG 27) angeblich ausgenommen, weil sie vom EU-Recht bereits anderweitig ausreichend geregelt sind. Dasselbe wird für Finanzdienstleistungen, das Timesharing und Pauschalreisen in ErwG 32 behauptet. Allerdings existiert für alle erwähnten Verträge mit Ausnahme der Fernabsatzverträge über Finanzdienstleistungen kein Widerrufsrecht für Haustürabschlüsse und auch kein Widerrufsrecht für Fernabschlüsse. Sofern es sich bei den betreffenden anderen EU-Vorschriften daher um Minimalschutz-Vorschriften handelt, ist nicht einzusehen, warum hier durch die nationalen Umsetzungen keine solchen Widerrufsrechte eingeräumt werden sollen.⁴⁵ Für Immobilien-, Bau- und Mietverträge (ErwG 26), Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen (ErwG 29, 30) äußert sich der EU-Gesetzgeber hingegen eindeutig in Richtung sachlicher Rechtfertigung und Unumgänglichkeit der Ausnahme: Die Bestimmungen der VR-RL eignen sich nicht für die betreffenden Verträge, „diese sollten daher vom Geltungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen werden.“ Bei den Glücksspielen (ErwG 31) wird dem nationalen Gesetzgeber aber mehr Spielraum eingeräumt: „Die Mitgliedstaaten sollten andere, auch strengere Verbraucherschutzmaßnahmen in Bezug auf diese Tätigkeit einführen können.“ Dies ist wohl so zu verstehen, dass in diesem Bereich der abschließende Charakter der Richtlinie nicht gilt.

Viele der allgemeinen Ausnahmen werden von den Erwägungsgründen der Richtlinie nicht ausdrücklich erwähnt. Wie mit ihnen zu verfahren ist, bleibt offen und kann endg nur vom EuGH beantwortet werden. ME besteht für die oben erwähnten (Beförderung, Timesharing, Pauschalreise, Glücksspiele) sowie für die in den ErwG nicht genannten Gründe (zB andere Freizeit-Dienstleistungen) durchaus Spielraum für eine Nicht-Umsetzung im Falle fehlender sachlicher Rechtfertigung. Noch stärker in diese Richtung äußert sich *Unger*,⁴⁶ der meint, dass Art 3 Abs 3 lit a-m (allgemeine Ausnahmen) der Richtlinie jene Bereiche nenne, „in denen die Mitgliedstaaten die Richtlinie zur Anwendung bringen dürfen, aber nicht müssen.“

2. Besondere Ausnahmen gem Art 16 lit a-m VR-RL

Hier gilt wohl, dass der EU-Gesetzgeber die Mitgliedstaaten dazu verpflichten wollte, die hier ausgenommenen Widerrufsrechte in ihrem innerstaatlichen Recht eben nicht vorzusehen.⁴⁷ Eine Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs der Widerrufsrechte durch Streichung von Ausnahmen dürfte im Bereich des Art 16 lit a-m VR-RL daher nicht zulässig sein.

⁴⁵ Für die Möglichkeit der Kumulation eines Haustürwiderrufsrechts mit dem Timesharing-Widerrufsrecht siehe auch die EuGH-Entscheidung in der Rs *Travel Vac*: EuGH 22. 4. 1999, Rs C-423/97 *Travel Vac*, Slg 1999 I-2195. Der EuGH hat darin entschieden, dass ein Timesharing-Vertrag zugleich auch die Voraussetzung der Haustürwiderrufs-Richtlinie erfüllen kann, weswegen die Widerrufsrechte beider Richtlinien zur Verfügung stehen können.

⁴⁶ *Unger*, ZEuP 2012, 270 (275).

⁴⁷ Ebenso *Unger*, ZEuP 2012, 270 (290).

VI. Die Widerrufsbelehrung gem Art 6 Abs 1 lit h VR-RL und Anhang I A VR-RL

Essentielle Voraussetzung für die zweckgerechte Ausübung des Widerrufsrechts durch den Verbraucher ist sein guter Informationsstand über sein Widerrufsrecht (siehe oben II. Punkt 1). Dieser wird nach der VR-RL in erster Linie durch die sog „Widerrufsbelehrung“ hergestellt, die sich unter den Informationspflichten des Art 6 VR-RL normiert findet: Vor Abschluss des Vertrages hat der Unternehmer den Verbraucher gem Art 6 Abs 1 lit h über „die Bedingungen, Fristen und Verfahren für die Ausübung dieses Rechts ...“ in klarer und verständlicher Weise zu informieren. Die „Verfahren“, über die informiert werden muss, ergeben sich aus Art 11 Abs 1 VR-RL. Der Verbraucher kann für seine Widerrufserklärung entweder das „Muster-Widerrufsformular des Anhangs I Teil B“ der Richtlinie verwenden. In diesem Fall ist Art 6 Abs 1 lit h VR-RL wohl dahin gehend zu korrigieren, dass der Unternehmer den Verbraucher nicht nur über diese Möglichkeit zu informieren hat, sondern dass er ihm dieses Formular auch zur Verfügung stellen muss. Das Formular kann auch elektronisch angeboten werden. Es ist auch darüber zu informieren, dass der Verbraucher gem Art 11 Abs 1 lit b eine Widerrufserklärung in beliebiger anderer Form abgeben kann, aus der sein Widerrufswille „eindeutig“ hervorgeht (siehe dazu unten VIII).

Die restliche Information hat sich auf die „Bedingungen und Fristen“ zu beziehen. Der Unternehmer kann sich für seine Widerrufsbelehrung des Musterformulars in Anhang I Teil A der Richtlinie bedienen. Dieses mutet sehr kompliziert an und liest sich fast wie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) eines Unternehmens⁴⁸. Es könnte nicht-rechtskundige Unternehmer vor Probleme stellen. Noch viel mehr aber könnte der Verbraucher, der eine derart detaillierte, ganz penibel die komplizierte Rechtslage wieder gebende Belehrung erhält, verunsichert sein und den Schluss ziehen, dass er sich etwas derart kompliziert zu Lesendes gar nicht antun wolle. Unter „Bedingungen“ versteht das Formular offenbar auch die Rechtsfolgen des Widerrufs. Es wird ua auch über die Rückzahlungspflicht des Preises aufgeklärt und über das Zurückbehaltungsrecht des Unternehmers, ehe er die Waren oder einen Nachweis über die Rücksendung erhalten hat. Auch die Kosten- und Werterstattungspflichten im Falle von Konsum oder Nutzung werden erklärt. Die Ausübungsbedingungen und Rechtsfolgen eines Widerrufsrechts im Detail, die schon dem Juristen – siehe gleich unten – die Haare zu Berge stehen lassen, haben in einer Widerrufsbelehrung nichts verloren. Um die Programmiersprache der Richtlinie, die nur für die Programmierer-Experten – sprich für die Juristen – verständlich ist, für den normalen Nutzer – sprich Verbraucher – oder auch den Unternehmer verständlich zu machen, bedarf es eines „Human Machine Interface“ (= „Mensch-Maschine-Schnittstelle“ oder „Benutzerschnittstelle“) im übertragenen Sinne, das man als „*Human Law Interface*“ bezeichnen könnte. Dh die Information muss so formuliert werden,

⁴⁸ Das Gleiche gilt übrigens auch für die in den Art 6 bis 8 VR-RL normierten Informationspflichten des Unternehmers. Der Verbraucher wird diese Informationen genauso wenig lesen und, falls er sie ausnahmsweise doch liest, genauso wenig verarbeiten können wie Allgemeine Geschäftsbedingungen.

dass der Nutzer/Verbraucher/Unternehmer auch sofort etwas mit ihr anzufangen weiß und richtig auf sie reagieren kann.

Die nur äußerst beschränkte Fähigkeit des Menschen zur Aufnahme und rationalen Verarbeitung von Informationen ist auch das Ergebnis älterer bis neuerer Forschungen der Verhaltensökonomie (*behavioral economics*) und der Neurowissenschaften.⁴⁹ Diese Erkenntnisse anderer Wissenschaften sollten in der Rechtssetzung des Verbraucherschutzes unbedingt ihren Niederschlag finden, da damit die Rechtssetzungsqualität entscheidend verbessert werden könnte. Das für den Laien kompliziert-unverständliche EU-Verbraucherschutzrecht könnte auf diesem Weg wieder seinen Kontakt zu den Parteien finden, ohne den es nicht funktionieren kann. Es ist sehr bedauerlich, dass die im Grundsatz offenbar um Vereinfachung und Verbrauchernähe des EU-Verbrauchervertragsrechts bemühte Kommission und die EU-Gesetzgebung diese wissenschaftlichen Erkenntnisse und die Chancen, die sie für das Recht bergen, offenbar noch nicht wahrgenommen haben. Angesichts der Notwendigkeit der Herstellung eines „Human Law Interface“ durch Vereinfachung der zu transportierenden Botschaften erscheint die VR-RL geradezu eine Entwicklung in die (falsche) Gegenrichtung anzutreten: Im Vergleich zu den Vorgänger-Richtlinien sind die Bestimmungen über Informationspflichten und Widerrufsrechte (inklusive deren Folgen und Ausnahmen) nun im Schnitt noch ausdifferenzierter und komplizierter und diese Kompliziertheit wird überdies 1:1 an den Verbraucher heran getragen.

VII. Neue Fristen gem Art 9 und 10 VR-RL

Ein Punkt, in dem die EU die Rechtslage vereinfachen konnte, ist jener der Bestimmung der Widerrufsfristen. Diese sind jetzt nicht nur in der VR-RL für den Fernabsatz und die Haustürverträge identisch lang und identisch zu berechnen, sondern auch in allen Mitgliedstaaten nach oben hin abschließend, dh genauso umzusetzen. Dh die Mitgliedstaaten dürfen nunmehr im Anwendungsbereich der VR-RL keine längeren oder anders berechneten Widerrufsfristen in ihren nationalen Vertragsrechten vorsehen.

A. Reguläre Frist

Gem Art 9 Abs 1 VR-RL beträgt die reguläre Widerrufsfrist 14 Tage. Laut ErwG 41 ist die VO (EWG, EURATOM) 1971/1182 des Rates v 3. 6. 1971 zur Festlegung der Regeln für Fristen, Daten und Termine auf die Berechnung dieser

⁴⁹ *Oehler*, Behavioral Economics und Verbraucherpolitik, ÖBA 2011, 707 (710 ff) mwN; *Ben-Shahar*, The Myth of the ‘Opportunity to Read’ in Contract Law, ERCL 1 (2009); *Ben-Shahar/C. E. Schneider*, The Failure of Mandated Disclosure, 159 U. of Penn. L. Rev. 647 (2011) 101; *Bar-Gill/Ben-Shahar*, Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law, New York University Law and Economics Working Papers 2012, 14 ff; *Marotta-Wurgler*, Does Contract Disclosure Matter? JITE 2012, 94; *Chen*, Does Disclosure Matter? Journal of Institutional and Theoretical Economics 2012, 120; *Lurger*, Zustandekommen eines bindenden Vertrages (Teil II CESL-Entwurf), in *Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (2012) 63 (67).

Frist anzuwenden. Das bedeutet auch, dass es sich hierbei nicht um 14 Werkta-
ge, sondern um Kalendertage handelt. Der erste Tag, an dem das fristauslösen-
de Ereignis stattfand, ist nicht mitzurechnen. Für die Fristeinhaltung genügt die
Absendung der Erklärung während offener Frist gem Art 11 Abs 2 VR-RL. Im
Vergleich zu den Vorgänger-Richtlinien wurde die Frist von 7 Tagen auf 14 Tage
verlängert, was den Schutz der Verbraucher auf den ersten Blick ausdehnt. Es ist
aber zu beachten, dass die bisherigen Richtlinien Mindestschutzcharakter hatten
und von den Mitgliedstaaten daher bereits zuvor teilweise mit längeren Fristen
umgesetzt waren.⁵⁰ Für weitere Überlegungen zur Angemessenheit der Frist siehe
Kapitel IV. oben.

Der Beginn des Fristlaufs ist je nach Vertragstyp (siehe die Kategorien 1-4
oben unter V.A.) unterschiedlich zu bestimmen. Gem Art 9 Abs 2 VR-RL be-
ginnt die Frist bei Dienstleistungsverträgen (Kategorie 2) ab dem Tag des Ver-
tragsabschlusses zu laufen, bei Kaufverträgen über Waren (Kategorie 1) ist die
Erlangung des physischen Besitzes der Ware fristauslösend.⁵¹ Bei Verträgen der
Kategorien 3 und 4, dh über unkörperliche digitale Inhalte oder über die Liefe-
rung von Gas, Wasser, Strom in unbestimmten Mengen, oder von Fernwärme
gilt ebenfalls die Dienstleistungsregel: 14 Tage ab Vertragsabschluss. Art 9 Abs 2
lit b iii VR-RL erwähnt einen Vertrag über die regelmäßige Lieferung von Waren
über einen festgelegten Zeitraum hinweg, für den konsequenterweise auch der
Zeitpunkt der Lieferung der ersten Ware maßgeblich ist. Was hier stützig macht,
ist nur die Wortfolge „festgelegter Zeitraum“. Hier ist wohl ein Analogieschluss
zu ziehen: Denn selbst wenn dieser Bezugsvertrag über Waren „für unbestimmte
Zeit“ abgeschlossen worden ist, muss doch die gleiche Fristlaufregel gelten.

Dass der Fristlauf beim Erwerb körperlicher beweglicher Sachen durch Kauf
erst ab Warenerhalt zu laufen beginnt, ist konsequent und kongruent mit dem
Schutzzweck. Erst mit Erhalt der Ware ist der Schutzgrund, nämlich das Infor-
mationsdefizit in Bezug auf den Vertragsgegenstand, behoben, der Verbraucher
muss nun die Gelegenheit erhalten, sich erneut für oder gegen den Vertrag zu ent-
scheiden. Dass hierfür auch 7 Tage ausreichend erscheinen, wurde bereits oben
unter IV. begründet.⁵² Einige Autoren rechtfertigen die längere 14-Tage-Frist mit
dem Argument, dass viele Fernabsatzverträge grenzüberschreitend sind.⁵³

Ob und inwiefern dem Verbraucher, der über Dienstleistungen, Strom,
Wasser usw bzw unkörperliche digitale Inhalte kontrahiert hat, die 14 Tage nach
Vertragsabschluss weiterhelfen, ist fraglich. Wird die Leistung nämlich während
dieses Fristlaufs noch gar nicht erbracht, so wird seine Informationslage nicht
verändert. Wird die Leistung hingegen bereits während dieser Zeit erbracht,
dann erhöht sich der Informationsstand des Verbrauchers, es ergeben sich aber
zugleich erhebliche Rückabwicklungsprobleme bzw es greifen überhaupt Vor-

⁵⁰ Für einen Überblick über derzeitige Umsetzungen in den Mitgliedstaaten siehe: *Schul-
te-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers*, EC Consumer Law Compendium (2007) 477.

⁵¹ Vgl *Loos*, Withdrawal, in: *Howells/Schulze*, Consumer Contract Law 237 (252 ff), der
die diesbezügliche Ungleichbehandlung von Waren und Dienstleistungen für ungerechtfertigt
hält.

⁵² Ebenso *Micklitz/Reich*, Commission Proposal (CESL) 51.

⁵³ *Hall/Howells/Watson*, ERCL 2012, 139 (156 f); *Loos*, Withdrawal, in: *Howells/Schulze*,
Consumer Contract Law 237 (248).

schriften ein, die das Widerrufsrecht (deswegen) ausschließen (siehe dazu gleich unten).

Es stellt sich bei den Leistungen der Kategorien 2-4 weiters die Frage, ob im Fernabsatz die Informationslage des Verbrauchers im Vergleich zum Kauf im Geschäft tatsächlich ein Defizit aufweist. Auch beim Abschluss im Geschäft weiß ich ja über die Qualität einer erst später zu erbringenden Dienstleistung oder eines digitalen Inhalts nur beschränkt Bescheid, habe aber kein Widerrufsrecht. Dh der Schutzzweck des Widerrufsrechts erscheint in diesen Fällen in Bezug auf den Fernabsatz problematisch.⁵⁴

Anderes gilt im Haustürvertrieb: Hier wird nämlich nicht in erster Linie gegen ein Informationsdefizit angekämpft, sondern gegen eine Art Willensstörung durch Überrumpelung und psychologischen Druck. Hier macht es durchaus Sinn, dem Verbraucher 14 Tage ab Vertragsabschluss Zeit zu geben, um sich aus der Überrumpelung zu befreien und seinen wahren Willen wieder zu finden. Denn sobald der Unternehmer verschwunden ist, kann der Verbraucher wieder klarer denken bzw sich auch mit Vertrauten beraten, was zu tun sei. Für die Erholung von der Überrumpelung und dem Entschluss zum Widerruf wird, insb in Anbetracht der Hauptschutzgruppe der über 70-Jährigen (siehe IV. oben), beim Haustürgeschäft doch ein wenig Zeit erforderlich sein, weswegen 14 Tage nicht zu lang erscheinen. Mir sind insb Fälle bekannt, in denen sich ältere Leute schämen, ihren Angehörigen von ihren Haustürabschlüssen zu erzählen. Erst wenn sie das dann doch tun, wird ihnen im Gespräch mit den Angehörigen klar, dass sie den Vertrag gar nicht wollten und ihn widerrufen können. Zu diesem Zeitpunkt ist die Widerrufsfrist aber oft schon abgelaufen.

Bereits oben unter II. Punkt 2) wurde beschrieben, dass vor Ende der Widerrufsfrist durch den Verbraucher getätigte Zahlungen diesen davon abhalten können, von seinem Widerrufsrecht Gebrauch zu machen bzw dieses durchzusetzen. Wenn der Unternehmer mangelnde Kooperationsbereitschaft signalisiert, wird der Verbraucher häufig den Weg der zwangsweisen Durchsetzung seines Rückzahlungsanspruchs scheuen und dann doch lieber von einem Widerruf absehen. Dieses Schutzbedürfnis war auch dem belgischen Gesetzgeber bekannt, weswegen er Zahlungen während aufrechter Widerrufsfrist mit einem gesetzlichen Verbot belegte. Dieses Verbot schloss auch die Zahlung mittels Kreditkarte ein. Die Kreditkartendaten werden von Unternehmern im Fernabsatz aber häufig nicht zu Zahlungszwecken vom Kunden erbeten, sondern als Sicherheitsleistung für etwaige spätere Vertragsverletzungen durch den Kunden. Dem EuGH⁵⁵ wurde daher die Frage vorgelegt, ob das pauschale belgische Verbot mit den EU-Grundfreiheiten vereinbar war. Als stärker schützende Umsetzung der Fernabsatz-Richtlinie als Mindest-Richtlinie war das Verbot nicht zu beanstanden. Es könnte möglicherweise aber im grenzüberschreitenden Verkehr gegen die Warenverkehrs- und die Dienstleistungsfreiheit verstoßen.

Der EuGH entschied, dass es sehr wohl mit den Grundfreiheiten vereinbar sei, vor Ablauf der Widerrufsfrist im Fernabsatz jegliche Zahlung durch den Verbraucher zu verbieten. Dagegen sprach er sich gegen ein Verbot der Über-

⁵⁴ Ebenso *Hall/Howells/Watson*, ERCL 2012, 139 (161).

⁵⁵ EuGH 16. 12. 2004, Rs C-205/07 *Gysbrechts*, Slg 2008 I-9947.

mittlung der Kreditkartendaten aus, da diese ja auch in vertretbarer Weise zu Sicherungszwecken verwendet und nicht nur zu den verbotenen Zahlungszwecken benötigt werden.

Der EU-Gesetzgeber hat diese Problematik in Art 9 Abs 3 VR-RL aufgegriffen. Dabei hat er aber nicht den Rechtssatz des EuGH-Urteils *Gysbrechts* umgesetzt, sondern sich für dessen Einschränkung, bzw sogar teilweise Umkehrung entschieden: Es gilt der Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten den Parteien überhaupt keine Verbote im Hinblick auf die Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten, ob Zahlung oder Lieferung bzw sonstige Erbringung, „während der Widerrufsfrist“ auferlegen dürfen. Dies gilt sowohl für den Fernabsatz als auch für die Haustürverträge. Von diesem Grundsatz ist nicht nur der belgische Fall *Gysbrechts* des Zahlungsverbots, sondern gleich auch die Leistungserbringung vor Fristablauf erfasst. Wie oben unter II. Punkt 3 geschildert, kann gerade diese vorzeitige Leistungserbringung für den Verbraucher ein ernsthaftes Ausübungshindernis im Hinblick auf das Widerrufsrecht darstellen. Der EU-Gesetzgeber hindert somit die Mitgliedstaaten daran, klassische Widerrufshindernisse auf Seiten des Verbrauchers aus dem Weg zu räumen. Von dieser verbraucherfeindlichen Haltung nimmt Art 9 Abs 3 VR-RL nur dort Abstand, wo Mitgliedstaaten bereits innerstaatliche Vorschriften besitzen, die im Fall von Haustürgeschäften Zahlungen für einen gewissen Zeitraum ab Vertragsabschluss verbieten. Für Fernabsatzverträge gilt diese Ausnahme offenbar nicht. Mit den Problemen der Rückabwicklung solcher Verträge beschäftigt sich Kapitel IX. unten.

B. Absolute Frist

Wenn der Verbraucher nicht entsprechend den Vorschriften der Richtlinie (siehe oben VI.) über sein Widerrufsrecht belehrt wurde, so verlängert sich die 14-tägige Widerrufsfrist des Art 9 Abs 2 VR-RL um genau 12 Monate (siehe Art 10 Abs 1 VR-RL). Wenn der Unternehmer während eines Jahres die vorgeschriebene Widerrufsbelehrung doch noch erteilt, so läuft die 14-tägige Frist des Art 9 Abs 2 VR-RL ab diesem Tag. Mit dieser Entscheidung für eine 12-monatige absolute Frist beseitigt der EU-Gesetzgeber, die bislang zwischen Fernabsatz und Haustürvertrag zersplitterte bzw sogar widersprüchliche Rechtslage, wobei allerdings gerade die Fernabsatzverträge für Finanzdienstleistungen, für die nach der einschlägigen FernFin-Richtlinie⁵⁶ keine absolute Frist normiert ist, nicht einbezogen werden. Damit wird zumindest partiell neue Einheitlichkeit geschaffen, was sicher zu begrüßen ist.

Allerdings hat der EU-Gesetzgeber auch zwei erhebliche Schutz einschränkungen für den Verbraucher verfügt:

- 1) Anders als nach der bisherigen Fernabsatz-RL 97/7/EG⁵⁷ (Art 6 Abs 1), nach der die Nicht-Einhaltung der Pflicht zur schriftlichen Bestätigung zahlreicher Informationen (darunter auch die Information über das Wider-

⁵⁶ RL 2002/65/EG v 23. 9. 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, ABL L 2002/271, 16.

⁵⁷ RL 97/7/EG v 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABL L 1997/144, 19.

rufsrecht) eine Verlängerung der Widerrufsfrist ausgelöst hat, wird in der VR-RL nur mehr die fehlende Widerrufsbelehrung mit der Fristverlängerung sanktioniert. Damit entfällt die Fristverlängerungssanktion für die übrigen Informationspflichten. Das ist gut für die Unternehmer, aber eine Schutzeinbuße für die Verbraucher.⁵⁸

- 2) Zuvor galt für den Haustürwiderruf der Rechtssatz der EuGH-Entscheidung *Heininger*⁵⁹: Die Frage nach der Zulässigkeit einer absoluten Frist trotz fehlender Belehrung stellte sich für einen Kreditvertrag nach bereits 5 Jahren Laufzeit. Bei fehlender Widerrufsbelehrung könne keine absolute Frist zu laufen beginnen, daher müsse der Widerruf nach erfolgter Belehrung auch noch nach 5 Jahren möglich sein.

Es galt allerdings zu beachten, dass es sich bei der Rs *Heininger* um ein Dauerschuldverhältnis mit langer Laufzeit (Kreditvertrag) handelte, das noch nicht beiderseits erfüllt war. In seiner Entscheidung in der Rs *Hamilton*⁶⁰ stellte der EuGH klar, dass dieses Verbot der Normierung einer absoluten Frist bei ausbleibender Belehrung dann nicht gelte, wenn der gegenständliche Vertrag bereits beiderseits erfüllt wurde. In einem solchen Fall stünde es den Mitgliedstaaten sehr wohl frei, eine absolute Frist vorzusehen.

Ganz anders als später der EuGH in *Heininger* und *Hamilton* für die Haustür-Richtlinie 1985 hat der frühere EG-Gesetzgeber die Frage der absoluten Frist in der alten Fernabsatz-Richtlinie 1997 beurteilt: Art 6 Fernabsatz-Richtlinie (§ 5e Abs 3 KSchG) sieht ohne jede weitere Voraussetzungen eine absolute Frist von 3 Monaten vor. Diese ist nicht nur bei fehlender Widerrufsbelehrung einschlägig, sondern breiter gefasst, sie gilt bei Fehlen der schriftlichen Bestätigung vorgeschriebener Informationen über wesentliche Punkte des Vertrags einschließlich des Widerrufsrechts (Art 5 Fernabsatz-Richtlinie).

Wie ist die neue Lösung des EU-Gesetzgebers in Art 10 VR-RL zu bewerten? Die formale Vereinheitlichung der Antwort auf die Frage der absoluten Frist ist zwar spärlich, aber zu begrüßen. Die neue absolute Frist des Art 10 VR-RL kommt nur dann zum Einsatz, wenn die Widerrufsbelehrung fehlt. Nach der alten Fernabsatz-Richtlinie sanktionierte sie noch den Verstoß gegen weitere wichtige Informationspflichten. Dh dass die alte Rechtslage in diesem Punkt für den Verbraucher günstiger war. Die alte Rechtslage war auch im Bereich der Haustürverträge in Bezug auf noch nicht abgewickelte Dauerschuldverträge für den Verbraucher günstiger (*Heininger*).⁶¹ Ein Verbraucher, der während 13 Monaten von seinem Widerrufsrecht bei noch aufrehtem Vertrag nichts erfährt, verliert dieses Widerrufsrecht nun automatisch, während es ihm nach der alten Rechtslage bis zum Zeitpunkt erhalten blieb, in dem er es auch tatsächlich – nach Erhalt der entsprechenden Information – ausüben konnte. Umgekehrt waren die 3-Monatsfrist der Fernabsatz-Richtlinie sowie die Regel der EuGH-Entscheidung *Hamilton* bei bereits vollständig erfüllten Verträgen ungünstiger.

⁵⁸ Schauer, Fernabsatzverträge, in: B. Jud/Wendehorst, Verbraucherprivatrecht 99 (112 f).

⁵⁹ EuGH 13. 12. 2001, Rs C-481/99 *Heininger*, Slg 2001 I-9945.

⁶⁰ EuGH 10. 4. 2008, Rs C-412/06 *Hamilton*, Slg 2008 I-2383.

⁶¹ *Hall/Howells/Watson*, ERCL 2012, 139 (157); *Kroll-Ludwigs*, ZEuP 2010, 509 (522 f).

Man könnte daher auf eine ausgewogene Lösung oder einen vertretbaren Kompromiss schließen. Das ist mE nicht ganz zutreffend. Denn sachlich erscheint der Umstand, ob der betreffende Vertrag noch läuft und beispielweise noch über Jahre hin zu erfüllen sein würde (wie zB im Fall des Kreditvertrags in *Heininger*) oder ob dieser bereits beiderseitig erfüllt und damit auch in seiner Bedeutung für die Parteien im Wesentlichen erloschen ist, sehr wichtig. Er wird von der neuen Regel in Art 10 VR-RL aber gar nicht beachtet.⁶² ME wäre eine Regelung angemessener gewesen, die der EuGH-Rsp folgt und den Ablauf einer absoluten Frist während laufender Vertragsabwicklung ausschließt. Nach beiderseitiger Vertragserfüllung hätte man dagegen sowohl für Dauer- als auch für Ziel-schuldverträge eine kürzere Frist als jene von 12 Monaten vorsehen können (zB 3 oder 6 Monate). Die längere (= absolute) Widerrufsfrist sollte wie in der alten Fernabsatz-Richtlinie auch die Verletzung wesentlicher Informationspflichten durch den Unternehmer sanktionieren.⁶³

VIII. Ausübung durch Erklärung gem Art 11 VR-RL und Anhang I B VR-RL

Die Widerrufserklärung hat in Übereinstimmung mit Art 11 VR-RL zu erfolgen. Art 11 Abs 1 VR-RL spricht dabei ungenau von der Information des Verbrauchers an den Unternehmer über seinen Entschluss, den Vertrag zu widerrufen. Dogmatisch betrachtet handelt es sich um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Verbrauchers, die Gestaltungswirkung im Hinblick auf den Vertrag entfaltet. Der Verbraucher kann für seine Erklärung entweder das Muster-Widerrufsformular des Anhangs I Teil B der VR-RL verwenden (Art 11 Abs 1 lit a), das ihm der Unternehmer zur Verfügung stellen muss (obwohl dies nirgendwo ausdrücklich normiert wird, siehe Art 6 Abs 1 lit h VR-RL), oder aber seine „Erklärung in beliebiger anderer Form abgeben“ (Art 11 Abs 1 lit b VR-RL). Aus dieser Erklärung muss der Entschluss des Verbrauchers zum Widerruf des Vertrags „eindeutig hervorgehen“ (Art 11 Abs 1 lit b VR-RL). Das bloße Zurücksenden der Waren ohne weiteren Kommentar (als etwaige konkludente Willenserklärung) reicht also wohl nicht aus.⁶⁴

Für die Erklärung via Musterformular (lit a) dürfen die Mitgliedstaaten keine weiteren Formvorschriften vorsehen. Es bleibt unklar, ob hieraus *e contrario* geschlossen werden kann, dass zusätzliche Formvorschriften für die Er-

⁶² *Looschelders*, Informationspflichten, in: *Remien/Herrler/Limmer*, Europäisches Kaufrecht 107 (136) verteidigt diese Nicht-Beachtung damit, dass die „vollständige Erfüllung im Einzelfall schwierig zu bestimmen sein kann“. Ohne diese Differenzierung bestünde mehr Rechtssicherheit. Für mich ist nicht einsehbar, wieso die beiderseitige Vertragserfüllung schwer feststellbar sein sollte.

⁶³ Siehe auch *Lurger*, Teil II CESL-Entwurf, in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, ■■■■ Europäischen Kaufrechts 63 (78).

⁶⁴ *Unger*, ZEuP 2012, 270 (289); *Hall/Howells/Watson*, ERCL 2012, 139 (158); *Howells/Schulze*, Overview of the Proposed Consumer Rights Directive, in: *Howells/Schulze*, Consumer Contract Law 18; *Looschelders*, Informationspflichten, in: *Remien/Herrler/Limmer*, Europäisches Kaufrecht 107 (131). Diese Möglichkeit ist hingegen im DCFR und in den Acquis Principles vorgesehen gewesen.

klärung ohne Formular (lit b) sehr wohl vorgesehen werden dürfen. Könnte also das österreichische Schriftformerfordernis des § 3 Abs 4 KSchG beibehalten werden? Die Formulierung der lit b „in beliebiger anderer Form“ könnte dagegen sprechen. ME bleibt die Normierung des Schriftformerfordernisses bzw Erfordernisses eines dauerhaften Datenträgers auch weiterhin zulässig, da diese im Wesentlichen dem Schutz des Verbrauchers (Beweiserleichterung) dienen. In diesem Sinne äußert sich auch ErWG 44 der VR-RL: Es könne bei der Umsetzung normiert werden, dass die sonstige Erklärung des Verbrauchers nach lit b auf einem dauerhaften Datenträger zu erfolgen habe.

Der Unternehmer kann, wenn er das möchte, dem Verbraucher zusätzlich zu den zwingend einzuräumenden Möglichkeiten der Art 11 Abs 1 lit a und lit b eine elektronische Widerrufsmöglichkeit anbieten (Art 11 Abs 3 VR-RL). Diese kann sich entweder des Musterformulars der Richtlinie bedienen und/oder auch auf eine elektronische Erklärung in beliebiger anderer Form hinauslaufen. Es ist dem Verbraucher unverzüglich auf einem dauerhaften Datenträger eine Bestätigung über den Eingang eines elektronischen Widerrufs zu übermitteln. Der „dauerhafte Datenträger“ wird in Art 2 Nr 10 VR-RL definiert. Als dauerhafter Datenträger kann jedes Medium fungieren, das es dem Verbraucher erlaubt, die betreffenden Informationen, die er vom Unternehmer persönlich übermittelt erhalten hat,⁶⁵ dauerhaft zu speichern. Daher wird auch die elektronische Übermittlung der Bestätigung per E-Mail ausreichen, da der Empfänger den Text dieses Mails ja dauerhaft speichern kann.

Das Muster-Widerrufsformular des Anhangs I Teil B der Richtlinie enthält sieben Punkte, die der Verbraucher komplettieren muss. In mehreren Fällen ist vom Verbraucher „Unzutreffendes zu streichen“. In diesem Zusammenhang können auch Unsicherheiten auftreten. ZB ist bei „Bestellt am/erhalten am“ Unzutreffendes zu streichen. Warum kann der Verbraucher nicht sowohl angeben, wann er die Waren bestellt als auch wann er sie erhalten hat? Insb wenn das Formular elektronisch angeboten wird, könnte der Verbraucher im Dschungel des Anklickens, Ausfüllens und Streichens im Rahmen einer wenig benutzerfreundlichen Programmierung auf Hindernisse stoßen, die die Absendung seiner Erklärung erschweren oder verhindern.⁶⁶ Wenn sich diese Befürchtungen bewahrheiten, entfaltet das sicherlich gut gemeinte Musterformular eher abschreckende als schützende Wirkung. In der Praxis wird sich zeigen, ob die (unkompliziertere) Variante der Eigenformulierung des Widerrufswillens durch den Verbraucher, die ja schon bisher galt, nicht ohnedies besser funktioniert.

IX. Bereicherungsrechtliche Folgen und Kostentragung gem Art 14 VR-RL

Die Widerrufserklärung des Verbrauchers nach Art 11 VR-RL führt zu einer Beendigung der Verpflichtungen der Vertragsparteien gem Art 12 VR-RL (Eng-

⁶⁵ Zur Auslegung des Begriffs „dauerhafter Datenträger“ nach der Fernabsatz-RL 97/7/EG siehe EuGH 5. 7. 2012, Rs C-49/11 *Content Services*, noch nicht in Slg.

⁶⁶ *Micklitz/Reich*, Commission Proposal (CESL) 53.

lisch: „terminate the obligations“). Es handelt sich dabei um eine sachenrechtlich *ex nunc*, schuldrechtlich aber wohl *ex tunc* wirkende Aufhebung des Vertrags.⁶⁷ Noch nicht erfüllte Leistungspflichten entfallen. Der einfachste Widerruf ist jener, der zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem mit der Vertragserfüllung noch nicht begonnen wurde. Hier erübrigt sich die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung, alle damit verbundenen Probleme können vermieden werden.

Rückerstattung von Waren: Wurden die Leistungen einseitig oder beidseitig bereits erbracht, so müssen die Parteien, was sie erhalten haben, gem den Art 13 Abs 1 und 14 Abs 1 VR-RL unverzüglich, spätestens binnen 14 Tagen ab der Widerrufserklärung zurückerstatten. Die Rückerstattung der Leistungen birgt oft Kosten, wie insb Versandkosten. Damit stellt sich die Frage, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen diese dem Verbraucher aufgebürdet werden dürfen. Bei Waren stellt sich weiters die Frage, ob vom Verbraucher, wie im nationalen Bereicherungsrecht der Mitgliedstaaten sonst oft üblich, für die vor der Rückgabe erfolgte Benutzung der Sache Benutzungsentgelt oder Wertersatz zu zahlen ist. Mit diesen Fragen beschäftigen sich die folgenden Abschnitte A und B.

Keine Rückerstattung möglich: Vor besondere Probleme sieht sich der Gesetzgeber beim Widerrufsrecht dann gestellt, wenn die während aufrechter Frist erbrachten Leistungen gar nicht zurückgegeben werden können: Dieses Problem kann sowohl bei Waren eintreten, die verbraucht wurden, als auch bei bereits konsumierten Dienstleistungen, Strom, Wasser, Gas und Fernwärme und bei unkörperlichen digitalen Inhalten. Letztere könnten, wie oben unter V.C. bereits erläutert, formal zwar rückübermittelt werden. Ihrem Übermittlungsvorgang ist aber bereits die Kopie immanent, deren Löschung auf dem Computer des Verbrauchers vom Unternehmer nicht kontrolliert werden kann. Daher ist auch hier der Übermittlungsvorgang quasi irreversibel. Mit der Problematik nicht reversiblen Lieferungen und sonstigen Leistungen beschäftigen sich die folgenden Abschnitte C und D.

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass bereits oben festgestellt wurde, dass die Lieferung von Waren und die Erbringung von Leistungen vor Ablauf der Widerrufsfrist für den Verbraucher ein veritables Widerrufshindernis darstellen kann, insb dann, wenn die Leistung nicht mehr zurückgegeben werden kann: siehe Kapitel II. Punkt 3. Der Richtlinien-Gesetzgeber hat auf dieses Problem in Art 9 Abs 3 VR-RL (EuGH-Entscheidung *Gysbrechts*) nur unzureichend reagiert und die Vertragserfüllung während offener Frist zur Regel erklärt; die Mitgliedstaaten dürfen diese nicht einschränken (siehe oben Kapitel VII.A).

Bei den rückerstattungsfähigen Warenlieferungen nehmen *Fernabsätze* eine Sonderstellung ein: Hier liegt der Schutzzweck des Widerrufsrechts in einem Informationsdefizit, das darin besteht, dass die Ware vom Verbraucher vor dem Abschluss nicht in Augenschein genommen werden kann. Es ist zur Erreichung des Schutzzwecks des Widerrufsrechts daher immer erforderlich, dass die Ware während offener Frist an den Verbraucher übermittelt wird. Wie bereits oben un-

⁶⁷ Zur dogmatischen Einordnung (der Parallel-Bestimmung in Art 43 CESL) siehe mwN: Weller, Kapitel 4: Widerrufsrecht bei Fernabsatz- und Haustürgeschäften, in: Schmidt-Kessel (Hrsg), Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht? (2012) 147 (164 f).

ter VII.A. erläutert, ist der Schutzzweck des Widerrufsrechts bei allen sonstigen Leistungen im Fernabsatz sehr verschwommen und fragwürdig. Eine irreversible Leistungserbringung während offener Widerrufsfrist erschwert den Widerruf in diesen Fällen noch weiter mit komplizierten Rückabwicklungsfolgen.

Anders als bei Fernabsätzen von Waren liegen die Dinge auch bei den *Haus-türgeschäften*: Hier geht es um die Beendigung einer Druck- und Überraschungssituation, damit der Verbraucher bei freiem Willen nochmals eine Vertragsentscheidung treffen kann. Je weiter der Vertrag hier schon erfüllt ist, desto größer werden die faktischen und psychologischen Hürden eines Widerrufs für den Verbraucher. Er wird sich eine zu komplizierte Rückabwicklung, in der es zu Meinungsverschiedenheiten mit den unkooperativen Unternehmer kommt, der den Vertrag aufrecht erhalten möchte, gar nicht antun (siehe Kapitel II Punkt 3 oben).

A. Rücksendekosten bei Waren gem Art 14 Abs 1 VR-RL

Die Frage der Tragung der Hin- und Rücksendekosten im Falle eines Verbraucherwiderrufs im Fernabsatz wurde bereits angesichts der alten Rechtslage nach der Fernabsatz-Richtlinie⁶⁸ vom EuGH geklärt. In seiner Entscheidung *Heinrich Heine*⁶⁹ hielt der Gerichtshof fest, dass es die Richtlinie nicht zulasse, den Verbraucher im Falle eines Widerrufs mit den Hinsendekosten zu belasten. Die einzige zulässige Kostentragung sei jene für die Rücksendekosten.

An dieser EuGH-Entscheidung hat sich der EU-Gesetzgeber orientiert, als er in Art 14 Abs 1 Unterabs 2 VR-RL normierte, dass der Verbraucher „nur die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren zu tragen“ habe. Dies bedeutet impliziter, dass die Tragung von Hinsendekosten nicht zulässig ist. Die Rücksendekosten-Tragung durch den Verbraucher wird in der VR-RL aber gleichzeitig zu einer Regel des dispositiven Vertragsrechts erhoben. Der Verbraucher hat diese Kosten immer zu tragen, wenn der Unternehmer sich nicht von sich aus bereit erklärt, die Kosten zu übernehmen. *Unger* hält diese Kostentragung für ein sinnvolles Instrument, den Missbrauch des Widerrufsrechts durch den Verbraucher hintanzuhalten.⁷⁰

Der Verbraucher braucht die Rücksendekosten dann nicht zu tragen, wenn er vom Unternehmer über diesen Umstand vor Vertragsabschluss nicht unterrichtet worden ist (siehe die Informationspflicht in Art 6 Abs 1 lit i VR-RL). Diese „Unterrichtung“ hat aufgrund des Umfangs und der Kompliziertheit der Liste der zu erteilenden Informationen allerdings den Charakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dh der Verbraucher wird sie mit hoher Wahrscheinlichkeit gar nicht wahrnehmen und, selbst wenn er dies dennoch tut, muss er diese Pflicht faktisch eben so hinnehmen, wie sie ist. Seiner freien Zustimmung hierzu bedarf es nicht. Wenn diese Bestimmung (Tragung der Rücksendekosten durch

⁶⁸ Art 6 Abs 2 Fernabsatz-Richtlinie lautet: „Die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, sind die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren.“

⁶⁹ EuGH 15. 4. 2010, Rs C-511/08 *Heinrich Heine*, Slg 2010 I-3047.

⁷⁰ *Unger*, ZEuP 2012, 270 (292).

den Verbraucher) nach derzeitiger Rechtslage in den AGB des Unternehmers enthalten wäre, würde das für den Verbraucher nichts ändern: Selbst wenn er die Klausel liest, was unwahrscheinlich ist, hat er nicht die Verhandlungsmacht, durch seine Nicht-Zustimmung eine Änderung der Klausel zu bewirken.

Die österreichische Umsetzung von Art 6 Abs 2 Fernabsatz-Richtlinie in § 5g Abs 2 KSchG hat der einzig möglichen Tragung von Kosten, nämlich von Rücksendekosten, noch eine weitere Einschränkung hinzugefügt, nämlich: „sofern die Parteien dies vereinbart haben“. Diese Einschränkung muss in der Umsetzung von Art 14 Abs 1 Unterabs 2 VR-RL nun entfallen. Der Verbraucher muss von der Kostentragung nur nach Art 6 VR-RL informiert werden, seiner Zustimmung bedarf es hierzu nicht. Ein großes Schutzdefizit für den Verbraucher dürfte hierdurch allerdings nicht entstehen, da der Verbraucher auch bisher keinen realen Einfluss auf die Gestaltung der Vertragsklauseln hatte. Wenn der Unternehmer daher die Kostentragung durch den Verbraucher wünschte, wird er das auch nach der alten Rechtslage problemlos zu realisieren gewusst haben.

Wie in der alten Fernabsatz-Richtlinie ist nicht von angemessenen Kosten der Rücksendung, sondern von „unmittelbaren“ Kosten die Rede. Es bleibt eine durch den EuGH zu beantwortende Frage, was genau diese „Unmittelbarkeit“ bedeutet und ob sie auch einen Maßstab der „Angemessenheit“ beinhaltet. Dies ist insofern von Relevanz als die Rücksendung oft vom Unternehmer organisiert wird, so dass die Kostenforderung dann durch ihn an den Verbraucher gestellt wird. Damit hat der Unternehmer die alleinige Kontrolle darüber, wie hoch der mit „Rücksendekosten“ betitelte Anspruch gegen den Verbraucher ausfällt.

B. Entschädigung für Wertverlust durch Gebrauch bei Waren gem Art 14 Abs 2 VR-RL

Auch in der Frage der Zulässigkeit eines Ausgleichsanspruchs für den Wertverlust durch Gebrauch der Waren nach Vertragswiderruf konnte der EU-Gesetzgeber auf eine einschlägige Entscheidung des EuGH zurückgreifen. In der Rs *Pia Messner*⁷¹ hatte die Konsumentin ein im Internet bestelltes Notebook ca 9 Monate lang benutzt, ehe sie den Vertrag widerrief. Die lange Widerrufsfrist kam durch das Fehlen einer Widerrufsbelehrung zustande. Der EuGH sprach aus, dass eine allgemeine Regel, nach der der Verbraucher nach Widerruf generell zur Zahlung von Wertersatz für die Nutzung der Ware verpflichtet sei, mit der Fernabsatz-Richtlinie nicht vereinbar sei. Es dürfe im nationalen Recht der Mitgliedstaaten allerdings normiert werden, dass Wertersatz für die Nutzung der Ware ausnahmsweise dann zu leisten sei, wenn die Waren „auf eine mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts wie denen von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung unvereinbare Art und Weise benutzt“ wurden. Dies sei wiederum auch nur unter der Einschränkung erlaubt, dass durch diesen Wertersatzanspruch nicht „die Zielsetzung dieser Richtlinie und insb die Wirksamkeit und die Effektivität des Rechts auf Widerruf beeinträchtigt“ würden.

Der EU-Gesetzgeber hat diesen zu vielen Fragen Anlass gebenden Rechtssatz der Entscheidung *Pia Messner* vereinfacht und dabei auch weniger schutz-

⁷¹ EuGH 3. 9. 2009, Rs C-489/07 *Pia Messner*, Slg 2009 I-7315.

freundlich gegenüber dem Verbraucher gemacht:⁷² Gem Art 14 Abs 2 VR-RL muss ein Verbraucher den Wertverlust, der durch Benutzung der Ware entstanden ist, dann ausgleichen, wenn der Wertverlust auf einen zur Prüfung der Ware nicht notwendigen Umgang mit der Ware zurückzuführen ist. Wertverlust, der nicht ursächlich auf die Benutzung der Ware zurückzuführen ist, ist vom Verbraucher daher nicht zu ersetzen. Der Anspruch setzt aber keinen fahrlässig oder vorsätzlich wertmindernden Umgang mit der Ware voraus.⁷³ Dem Verbraucher steht es zu, die Ware kostenfrei in eben der Weise zu untersuchen und auszuprobieren, wie er dies auch im Geschäft tun dürfte.⁷⁴ Bei fehlender Widerrufsbelehrung scheidet ein Wertausgleichsanspruch aus.⁷⁵ Anders als nach der EuGH-Entscheidung ist daher nicht zusätzlich zu prüfen, ob dieser „nicht notwendige Umgang“ gegen das Gebot von Treu und Glauben verstößt und ob der Anspruch die Effektivität des Widerrufsrechts ungefährdet lässt.

Der Entfall dieser zusätzlichen Einschränkungen des Ausgleichsanspruchs aus der Entscheidung *Messner* ist einerseits zu begrüßen, da damit die Rechtsunsicherheit dieser vagen Rechtsbegriffe vermieden wird. Andererseits wird dadurch der Einsatzbereich der Wertausgleichsansprüche gegen den Verbraucher zwingend erweitert. Wenn ein unentschlossener Verbraucher die Ware zunächst 13 Tage lang über die Prüfung hinaus benutzt, sich dann aber doch für den Widerruf des Vertrags entscheidet, muss er nach der neuen Regel des Art 14 Abs 2 VR-RL Wertersatz leisten, selbst wenn ein solcher Anspruch dazu geeignet ist, den durchschnittlichen Verbraucher vom Gebrauch seines Widerrufsrechts abzuhalten und wenn die Benutzung nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprochen hat. Auch die Regel des Art 14 Abs 2 VR-RL schafft nicht völlige Rechtsklarheit: Durch die Rsp wird in Hinkunft zu klären sein, welche Art der Benutzung noch zu einer angemessenen Prüfung nötig erscheint und welche hingegen nicht.

In seiner Entscheidung in der Rs *Quelle*⁷⁶ hielt der EuGH fest, dass ein Wertersatzanspruch für die Benutzung eines Herdes während 17 Monaten, ehe dieser wegen Gewährleistungsmängeln vom Verkäufer ausgetauscht werden musste, mit der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie⁷⁷ nicht vereinbar sei. Diese Entscheidung kann insoweit mit der Entscheidung *Messner* und der Regel des Art 14 Abs 2 VR-RL in Einklang gebracht werden, als man die Situation der Benutzung ohne Kenntnis des Widerrufsrechts mit der Situation der Benutzung einer Ware ohne Kenntnis der Tatsache, dass diese später wegen eines Gewährleistungsman-

⁷² Zu dem gleichen Schluss kommen *Micklitz/Reich*, Commission Proposal (CESL) 52.

⁷³ *Unger*, ZEuP 2012, 270 (293).

⁷⁴ *Unger*, ZEuP 2012, 270 (293).

⁷⁵ *Weller*, Widerrufsrecht, in: *Schmidt-Kessel*, Europäisches Kaufrecht? 147 (168 f) hält diesen Ausschluss für überzogen. Die Vorschrift solle keinen Sanktionscharakter für den Unternehmer haben, der nicht belehrt habe. Daher müsse darauf abgestellt werden, ob der Verbraucher sein Widerrufsrecht tatsächlich gekannt habe oder nicht. ME ist diese Einschränkung wenig praktikabel: Der Beweis für die Kenntnis müsste dem Unternehmer obliegen, dieser wird aber regelmäßig unmöglich sein.

⁷⁶ EuGH 17. 4. 2008, Rs C-404/06 *Quelle*, Slg 2008 I-2685.

⁷⁷ RL 1999/44/EG v 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl L 1999/171, 12.

gels ausgetauscht werden müsse, für vergleichbar hält. In beiden Fällen sollte eine Benutzung ohne jegliche Einschränkungen zulässig sein, jeder Ersatzanspruch für eine solche arglose Benutzung würde die Ergreifung des Rechtsbehelfs zu sehr mit Kosten belasten und den Verbraucher daher davon abhalten, von seinen Rechten überhaupt Gebrauch zu machen. In beiden Fällen, der Ergreifung eines Gewährleistungsbehelfs (Frist 2 Jahre) und der fehlenden Widerrufsbelehrung (Frist 12 Monate 14 Tage), besteht die Gefahr, dass die Benutzung länger andauert hat und daher jeder Anspruch auf Benutzungsentgelt oder Wertersatz daher relativ hoch ausfallen würde. Ähnlich hohe Ansprüche sind bei einem Fristlauf von nur 14 Tagen nicht zu erwarten.

Anders als Art 45 Abs 4 CESL (Common European Sales Law)⁷⁸ schließt die VR-RL einen Anspruch auf Benutzungsentgelt (Nutzungswertersatz) gegenüber dem Verbraucher nicht ausdrücklich aus. Dennoch wird Art 14 Abs 2 VR-RL als abschließende Regelung zur Frage, ob gegen den Verbraucher bereicherungsrechtliche Ausgleichsansprüche wegen „unnötiger“ Benutzung der Sache geltend gemacht werden können, verstanden werden dürfen (siehe Art 14 Abs 5 VR-RL). Das bedeutet, dass auch nach der VR-RL gegen den Verbraucher keine Ansprüche auf Benutzungsentgelt geltend gemacht werden dürfen, sondern lediglich Ansprüche für den Ersatz von Wertverlust unter den in Art 14 Abs 2 VR-RL genannten Voraussetzungen.⁷⁹

Wie der Ausgleichsanspruch für den erlittenen Wertverlust im Einzelnen zu berechnen ist, wird von Art 14 Abs VR-RL nicht geregelt. Hier gelten die Regeln des nationalen Bereicherungsrechts. Der EuGH hat sich bisher nur in einem Spezialfall (Rs *E. Friz*⁸⁰: Auseinandersetzungsguthaben im Zeitpunkt des Widerrufs bei Widerruf des Beitritts zu einem Immobilienfonds in Form einer Personengesellschaft) zu den bereicherungsrechtlichen Berechnungsfragen nach einem (Haustür-)Widerruf geäußert.

C. Erbringung von Dienstleistungen, Lieferung von Gas, Wasser, Strom, Fernwärme während offener Frist

Waren, die nicht zurückgegeben werden können: Im klassischen Fall der Warenlieferung tritt nur das Problem des Wertverlusts durch Benutzung vor der Rückgabe infolge Widerrufs auf, das von Art 14 Abs 2 VR-RL geregelt wird. Der Fall, dass Waren nicht zurückgegeben werden können, weil sie konsumiert wurden oder durch einen Unglücksfall untergingen, ist nicht der Regelfall. Vermutlich deshalb findet sich in Art 14 VR-RL auch keine Regel, die sich dieses Falles annimmt. Das Problem wird teilweise bereits andernorts entschärft, indem das Widerrufsrecht generell ausgeschlossen wird: So nimmt Art 3 Abs 3 VR-RL Lebensmittel, Getränke und Haushaltsgegenstände des täglichen Bedarfs unter gewissen Voraussetzungen ganz von der Richtlinie aus. Wo schneller Konsum und daher keine Rückgabe wahrscheinlich sind, gibt es also auch kein Widerrufsrecht.

⁷⁸ Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11. 10. 2011, KOM (2011) 635 endg.

⁷⁹ Unger, ZEuP 2012, 270 (294).

⁸⁰ EuGH 15. 4. 2010, Rs C-215/08 *E. Friz*, Slg 2010 I-2947.

Hier muss der Verbraucher keine Informationen über die Nicht-Existenz des Widerrufsrechts erhalten (siehe Kapitel V.B. oben). Aus den gleichen Gründen werden in Art 16 lit d VR-RL generell jene Waren vom Widerruf ausgenommen, „die schnell verderben können oder deren Verfallsdatum schnell überschritten würde“. Auch für versiegelte Waren, die aus Gesundheits- oder Hygieneschutzgründen entsiegelt nicht zur Rückgabe geeignet sind, existiert gem Art 16 lit e VR-RL kein Widerrufsrecht. Entseigelte Ton- oder Videoaufnahmen sowie Computersoftware auf einem körperlichen Datenträger, die als Waren zu qualifizieren sind, sind von einer weiteren Ausnahme des Art 16 (lit i) VR-RL erfasst. Diese sind zwar faktisch rückübermittelbar, werden aber Waren gleich gehalten, die nicht zurückgegeben werden können, weil die Anfertigung von Kopien vor Rückgabe durch den Unternehmer nicht kontrolliert oder verhindert werden kann (siehe dazu bereits oben V.C.). Für alle erwähnten Ausnahmen gem Art 16 VR-RL existiert in Art 6 Abs 1 lit k VR-RL im Unterschied zu den Ausnahmen des Art 3 Abs 3 VR-RL eine Informationspflicht des Unternehmers über die Nicht-Existenz des Widerrufsrechts. Wird diese Information nicht erteilt, so hat dies auf die Nicht-Existenz des Widerrufsrechts keinen Einfluss. Die Ausnahme nach Art 16 VR-RL gilt trotzdem (siehe Kapitel V.B. oben). Diese Differenzierung erscheint nicht zwingend. Auch Verbraucher, deren Produkte nach Art 3 Abs 3 VR-RL von allen übrigen Vorschriften ausgenommen sind, könnten darüber informiert werden, dass die Richtlinie nicht gilt oder dass sie kein Widerrufsrecht nach der Richtlinie haben.

Dienstleistungen, Wasser, Strom, Gas, Fernwärme: Werden Wasser, Gas, Strom oder Fernwärme (in nicht begrenztem Volumen oder Menge) bereits während offener Widerrufsfrist geliefert oder Dienstleistungen während offener Frist erbracht, ist nach Widerruf eine Rückgabe der erbrachten Leistungen regelmäßig nicht möglich. Es liegt also eine der oben geschilderten Situation der nicht rückgabefähigen Waren vergleichbare Situation vor. Hier jedoch löst der Gesetzgeber das Problem nicht geradlinig wie bei manchen Kategorien von Waren, indem er das Widerrufsrecht einfach ausschließt, sondern errichtet ein eigenes kompliziertes Regime, das den Art 14 Abs 3 und 4 lit a und Art 16 lit a VR-RL zu entnehmen ist.

Für *Dienstleistungen* existiert unter folgenden Voraussetzungen nach Art 16 lit a VR-RL kein Widerrufsrecht, weshalb sich Probleme des Wertersatzes nach Widerruf (Art 14 Abs 4) erst gar nicht stellen:⁸¹

- 1) Die Dienstleistung wurde bereits vollständig erbracht,
- 2) der Verbraucher hat der vorzeitigen Erbringung ausdrücklich zugestimmt und
- 3) der Verbraucher hat nach Information durch den Unternehmer zur Kenntnis genommen, dass er dadurch sein Widerrufsrecht verliert.

⁸¹ Die bisherige Rechtslage war hier sogar noch ungünstiger für den Verbraucher: § 5f Abs 1 lit i KSchG sieht in Übereinstimmung mit der Fernabsatz-RL 97/7/EG vor, dass der Verbraucher sein Widerrufsrecht verliert, wenn er der Erbringung während offener Frist zustimmt und mit der Erbringung der Dienstleistung während dieser Frist „begonnen wird“.

Wenn nur eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt ist (zB der Verbraucher wurde über den Verlust des Widerrufsrechts nicht informiert oder die Dienstleistung wurde nicht vollständig erbracht), oder wenn es sich um die vorzeitige Lieferung von Wasser, Gas, Strom (in unbestimmter Menge) oder von Fernwärme handelt, dann steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zu. Das ist insofern konsequent, als bei Verträgen über die Lieferung von Strom, Wasser, Gas oder Fernwärme in unbestimmten Mengen eine vollständige Erbringung der gesamten vereinbarten Leistung während offener Widerrufsfrist regelmäßig nicht vorliegen wird. Die *Rückabwicklungsfolgen* ergeben sich aus *Art 14 Abs 3 und 4 lit a VR-RL*:

Da auch bei der Abgabe von bestimmten Mengen an *Strom* ein Rückgabeproblem entstehen wird, ist unklar, wieso diese Kategorie hier nicht einbezogen wird. Gänzlich anders mag die Situation bei Gas- und Wasserflaschen erscheinen, diese können wie Waren in der Regel zurückgegeben werden. Für Strom, der ja nicht wie Wasser oder Gas in Gefäßen verkauft wird, besteht daher in der Richtlinie insgesamt ein Einordnungsproblem. Die Lösung liegt auf der Hand: Strom sollte wie Fernwärme immer der Kategorie 4 (siehe oben Kapitel V.A.: Fernwärme, Strom sowie Wasser und Gas, letztere in unbestimmten Mengen) zugerechnet werden.

Gem Art 14 Abs 3 iVm Abs 4 lit a VR-RL muss der Verbraucher im Rückabwicklungsfall nach Widerruf dem Unternehmer den *anteiligen Preis* (berechnet von einem „nicht überhöhten“ Gesamtpreis) für die bereits erhaltenen Leistungen (Dienstleistungen, Gas, Wasser, Strom, Fernwärme) erstatten. Diese anteilige Preiserstattungspflicht tritt aber nur dann ein, wenn der Verbraucher auf recht formelle Weise „gewarnt“ wurde. Im Einzelnen müssen folgende Bedingungen erfüllt sein:

- 1) Der Verbraucher muss gem Art 7 Abs 3 VR-RL vom Unternehmer dazu aufgefordert worden sein, (im Haustürvertragsfall auf einem dauerhaften Datenträger) sein „ausdrückliches Verlangen“ danach zu erklären, dass mit der Erbringung bzw Lieferung der Dienstleistung, bzw von Wasser, Strom, Gas oder Fernwärme bereits während offener regulärer Widerrufsfrist gem Art 9 Abs 2 VR-RL begonnen werde.
- 2) Der Verbraucher muss dieses Verlangen, wie von Art 7 Abs 3 VR-RL verlangt, erklären.
- 3) Der Verbraucher muss gem Art 6 lit h VR-RL über sein Widerrufsrecht schriftsgemäß informiert worden sein.
- 4) Der Verbraucher muss gem Art 6 lit j VR-RL über die Entgeltspflichtigkeit der vorzeitigen Lieferung auch im Falle eines Vertragswiderrufs gem Art 14 Abs 3 informiert worden sein.

Aus Art 14 Abs 4 lit a VR-RL ergibt sich, dass, wenn nur eine dieser Bedingungen nicht erfüllt ist, ein Zahlungsanspruch gegen den Verbraucher ausgeschlossen ist. Das bedeutet, dass die Erfüllung aller dieser Informationspflichten sowie das Zustandebringen eines „ausdrücklichen Verlangens“ des Verbrauchers auf dauerhaftem Datenträger oder nicht (im Fernabsatz) mit dem *Gratisbezug* der vorzeitigen Leistungen sanktioniert ist. Von einer „Sanktion“, im Grunde sogar von einer Sanktion mit Strafcharakter, des rechtswidrigen Verhaltens durch

den Unternehmer kann hier deswegen gesprochen werden, weil sich aus dem Austauschgedanken des angestrebten Vertrages sowie aus dem Ausgleichsgedanken des außervertraglichen Schuldrechts kein Grund für diese einseitige Vermögensverschiebung ergibt.⁸²

Die Sanktion würde dann umso drastischer ausfallen, wenn man im Falle des Fehlens einer Widerrufsbelehrung nach Art 6 lit h VR-RL zu dem Schluss käme, dass der Gratisbezug während der gesamten absoluten Frist von 12 Monaten und 14 Tagen andauern könnte. Der Gesetzgeber bezieht sich in Art 14 Abs 4 lit a VR-RL nur auf die „Widerrufsfrist“: Gratis bezogen werden können jene Leistungen, die „während der Widerrufsfrist ganz oder teilweise erbracht wurden“. Aus der Gesamtregelung des Art 14 Abs 3 und 4 mitsamt allen Verweisungen lässt sich mE erkennen, dass der Gesetzgeber immer nur die 14-tägige Frist des Art 9 Abs 2 VR-RL vor Augen hatte (siehe zB Art 7 Abs 3, Art 8 Abs 8, Art 14 Abs 4 lit b i). Es ist auch sehr unwahrscheinlich, dass im Zuge der vielfältigen Belehrungen über die Sondersituation der sofortigen Lieferung trotz aufrechter Widerrufsfrist ausgerechnet die Widerrufsbelehrung nicht erteilt würde. Auch dürfte der Gesetzgeber im Falle einer ohnedies schon strengen und begründungsbedürftigen Sanktion nicht deren Vervierundzwanzigfachung im Fall des Fehlens nur einer bestimmten Voraussetzung beabsichtigt haben. Nach systematischer und teleologischer Auslegung ist mE daher davon auszugehen, dass der in Art 14 Abs 4 angeordnete Gratisbezug jedenfalls auf 14 Tage beschränkt ist. Eine endg Klärung dieser Frage kann man sich allerdings nur vom EuGH erwarten.

Unsystematisch bleibt die für immerhin 14 Tage angeordnete Strafsanktion hingegen trotzdem. Eine vergleichbare Sanktion wird von der VR-RL andernorts nirgendwo eingesetzt und findet sich auch in keiner anderen Verbrauchervertrags-Richtlinie. Sie könnte dann angemessen erscheinen, wenn es sich in diesem Fall um für den Verbraucher besonders gefährliche Verstöße des Unternehmers gegen die Richtlinie handelte. Das kann aber im Gesamtsystem der Richtlinie nicht bejaht werden. Die Gefährlichkeit des Vorausbezugs besteht für den Verbraucher zunächst einmal darin, dass er von der Geltendmachung seines Widerrufsrechts angesichts der Schwierigkeiten der Rückabwicklung absieht, obwohl er den Vertrag gar nicht will. Eine Aufschiebung der Vertragserfüllung bis zum Ablauf der Widerrufsfrist lehnt die Richtlinie in Art 9 Abs 3 VR-RL weitgehend ab. In anderen Fällen, in denen eine Rückerstattung unmöglich ist, die Leistung aber bereits vollständig erbracht ist, schließt die Richtlinie ein Widerrufsrecht ganz aus. Wenn Leistungen schon bei offener Frist großzügig erfolgen sollen und ein Widerrufsrecht daneben weiterhin bestehen soll, warum sollte dann die Kostenersatzpflicht für bereits Erhaltenes so besonders gefährlich sein, dass sie in vielen Fällen ausgesetzt werden muss?

Wenn man die beiden von der Richtlinie angebotenen Hauptlösungen für nicht Rückgabefähiges miteinander vergleicht, also (A) Entfall des Widerrufsrechts und (B) Bestehen des Widerrufsrechts bei Wertersatz oder anteiliger Preiszahlungspflicht, dann ist ohnedies die letztere Variante in zwei Aspekten für den Verbraucher günstiger:

⁸² Vgl Rott, *Withdrawal*, in: Report from the Oslo Workshop on Consumer Contracts 2007 and 2008, EBLR 2009, 199, 212 (224 f).

- 1) Ein überhöhter Vertragspreis wird kontrolliert und gekürzt, indem entweder Wertersatz nach dem Marktpreis zu leisten ist, oder der Preis wird wie in Art 14 Abs 3 VR-RL auf seine Angemessenheit kontrolliert.
- 2) Bei Dauerschuldverhältnissen kann sich der Verbraucher des Vertrags *pro futuro* entledigen.

Dh also, dass die Lösung (B), das Weiterbestehen des Widerrufsrechts für den Verbraucher ohnedies die günstigere Lösung ist, dies gilt in verstärktem Maße für alle Dauerschuldverträge, also insb für den Bezug von Strom, Wasser, Gas und Fernwärme. Lösung (A), der Verlust des Widerrufsrechts, die bei Dienstleistungen und nicht rückgabefähigen Waren Einsatz findet, ist demgegenüber ungünstiger, aber einfacher in der Handhabung. Es besteht kein Grund, Lösung (B) für den Unternehmer noch weiter zu verschärfen bzw für den Verbraucher durch Gratisbezug noch günstiger zu machen. Hielte man den Vorausbezug während offener Widerrufsfrist für den Verbraucher generell für so gefährlich, dann müsste man mE eher bei Art 9 Abs 3 VR-RL ansetzen und dort den Vorausbezug verbieten.

*Hall/Howells/Watson*⁸³ weisen zu Recht darauf hin, dass das Schutzbedürfnis des Verbrauchers bei Haustürverträgen in diesem Zusammenhang viel höher ist als bei Fernabsatzverträgen. Dennoch differenziert die VR-RL hier nicht zwischen den beiden Situationen. Wegen des Überraschungseffekts werden in der Haustürsituation häufig Dienstleistungen (vor Ablauf der Widerrufsfrist) erbracht, die für den Verbraucher gänzlich ungewollt und zum Teil auch wertlos sind. Klassisches Beispiel sind nicht benötigte Handwerksarbeiten von niedriger Qualität in Häusern von Pensionisten (zB Dachreparatur ohne Notwendigkeit), die zu höflich sind, um die ungewollten Vertragspartner abzuwehren. In einer solchen Situation ist erstens nicht einzusehen, wieso das Widerrufsrecht gem Art 16 lit a VR-RL entfallen soll, zweitens würde man sich vom Gesetzgeber wünschen, dass er nach Widerruf eine Ersatzpflicht nur des objektiven Werts der Leistung (dh de facto vielleicht fast den Gratisbezug) anordnet. Es bleibt zu konstatieren, dass die VR-RL – trotz des großen Aufwandes, der in Art 14 Abs 4 VR-RL um den Gratisbezug betrieben wird – den überrumpelten Haustür-Verbraucher in dieser Situation nicht schützt.

D. Übermittlung von unkörperlichen digitalen Inhalte während offener Frist

Auch unkörperliche digitale Inhalte können, wie oben unter V.C. erläutert, nach der Übermittlung nicht mehr zurückgegeben werden. Damit besteht hier die bereits oben unter IX.C. ausführlich diskutierte Problematik der Rückgabemöglichkeit und des Wertersatzes. Man könnte daher für unkörperliche digitale Inhalte eine ähnliche Regelung wie die bereits oben erwähnten Regeln für Waren oder Dienstleistungen sowie Strom, Gas etc erwarten.

Wie für vollständig erbrachte Dienstleistungen gilt gem *Art 16 lit m VR-RL* unter genau den gleichen Bedingungen auch für unkörperliche digitale Inhalte der *Entfall des Widerrufsrechts*. Das ist insoweit konsequent, als es sich bei den üb-

⁸³ *Hall/Howells/Watson*, ERCL 2012, 139 (161).

lichen Verträgen über digitale Inhalte wohl um Zielschuldverträge handelt. Vollständig erbrachte Dienstleistungen sind dann der richtige Vergleichsgegenstand. In beiden Fällen handelt es sich um Zielschuldverträge, nicht um Dauerschuldverhältnisse wie insb bei der Lieferung von Strom, Wasser, Gas oder Fernwärme in unbestimmten Mengen. Auch im Fall von Zielschuldverträgen über Waren, die typischerweise nicht zurückgegeben werden können (siehe oben IX.C.), vertritt die Richtlinie die Lösung des Entfalls des Widerrufsrechts. Es fällt nur auf, dass im Falle der Waren eine gestaltend wirkende Belehrung und Zustimmung, wie sie von Art 16 lit a und lit m für Zielschuldverträge über Dienstleistungen und digitale Inhalte gefordert werden, nicht verlangt wird (siehe Kapitel V.B. oben: bei Ausnahmen gem Art 3 Abs 3 keine Information, bei Ausnahmen gem Art 16 lit b-l eine nicht gestaltend wirkende Information nach Art 6 Abs 1 lit k).

Allerdings gelten die *Art 16 lit m VR-RL* sowie Art 14 Abs 4 lit b VR-RL offenbar nicht nur für Zielschuldverhältnisse oder bereits vollständig erfüllte Verträge wie Art 16 lit a VR-RL bei den Dienstleistungen. Auch *Dauerschuldverträge* über digitale Inhalte oder in Teilen zu liefernde digitale Inhalte sind zumindest von Art 14 Abs 4 lit b VR-RL erfasst, sobald eine Teillieferung bereits erfolgt ist. Insofern könnte also die Einordnung in das oben skizzierte System scheitern. Eine unsystematische Ungleichbehandlung zwischen den Dauerschuldverträgen über Strom, Wasser, Gas und Fernwärme und den Dauerschuldverträgen über digitale Inhalte würde dann stattfinden, wenn auch bei Dauerschuldverträgen über unkörperliche digitale Inhalte ein Verlust des Widerrufsrechts nach Art 16 lit m VR-RL stattfinden könnte. Denn bei ersteren (Strom, Wasser usw) kann der Verbraucher das Widerrufsrecht niemals ganz verlieren, sie sind nicht von Art 16 VR-RL erfasst.

Art 16 lit m VR-RL setzt für den Verlust des Widerrufsrechts wörtlich voraus, dass (unkörperliche) „digitale Inhalte“ mit Zustimmung und Kenntnisnahme „geliefert werden“. Ebenso findet sich in Art 16 lit m VR-RL die Wortfolge, wenn „die Ausführung begonnen hat“. Jedoch ist Art 16 lit m VR-RL anders formuliert als Art 16 lit a VR-RL für Dienstleistungen: Es ist in lit m nicht von der Kenntnisnahme des Verbrauchers, dass er sein Widerrufsrecht „bei Beginn der Übermittlung“ verliert, die Rede, sondern nur von der Kenntnisnahme, dass er sein Widerrufsrecht verliert. ME sollte dieser Spielraum genutzt werden. Um die sachlich gebotene Gleichbehandlung der Verträge über unkörperliche digitale Inhalte mit der Gruppe der Dienstleistungsverträge und der Verträge über Strom, Wasser, Gas (in unbestimmter Menge) und Fernwärme zu wahren, ist Art 16 lit m VR-RL dahin gehend zu präzisieren bzw einzuschränken, dass er nur für *vollständig gelieferte* digitale Inhalte bzw nur für Zielschuldverträge gilt.⁸⁴ Die Regel gleicht in dieser vorgeschlagenen einschränkenden Auslegung inhaltlich zur Gänze der Regel für Dienstleistungen in Art 16 lit a VR-RL („... die Dienstleistung vollständig erbracht worden ist“).

Sofern die Voraussetzungen des Art 16 lit m VR-RL bei der Lieferung digitaler Inhalte nicht erfüllt sind, steht dem Verbraucher das Widerrufsrecht zu. Das

⁸⁴ AA Unger, ZEuP 2012, 270 (301). Dieser will den Entfall des Widerrufsrechts nach Art 16 lit m VR-RL aber für den Fall ausschließen, in dem dem Verbraucher die Bestätigung gem Art 14 Abs 4 lit b iii nicht übermittelt wurde.

ist dann der Fall, wenn die Lieferung nicht bereits vollständig erfolgt ist, wenn die ausdrückliche Zustimmung des Verbrauchers für die Datenübertragung bereits vor Ablauf der Widerrufsfrist von 14 Tagen fehlt, oder wenn er nicht darüber informiert wurde, dass er sein Widerrufsrecht verliert. Anders als bei den Dienstleistungen, Gas, Wasser, Strom und Fernwärme in Art 14 Abs 3 VR-RL existiert in Art 14 VR-RL aber keine Regel, die eine Zahlungspflicht für bereits gelieferte digitale Inhalte im Fall des Widerrufs vorsieht. Eine solche Regel wird dann benötigt, wenn alle Regeln der Richtlinie über Zustimmung, Kenntnisnahme und Bestätigung (siehe Art 14 Abs 4 lit b i-iii VR-RL) eingehalten wurden und das Widerrufsrecht nur deswegen nicht nach Art 16 lit m VR-RL entfällt, weil der Vertrag mehrere Lieferungen vorsieht, die aber noch nicht vollständig erbracht wurden. Für diesen Fall könnte Art 14 Abs 3 VR-RL analoge Anwendung finden: Es ist das anteilige Entgelt zu zahlen.⁸⁵

Die Zahlungspflicht nach Widerruf entfällt nach Art 14 Abs 4 lit b VR-RL, wenn eine der Voraussetzungen i-iii gegeben ist, dh der EU-Gesetzgeber sieht hier wieder die Strafsanktion des Gratisbezugs durch den Verbraucher vor, die bereits oben in IX.C. näher analysiert wurde. Nicht einzusehen ist, warum der Gratisbezug nicht unter den gleichen Voraussetzungen eintritt wie unter Art 14 Abs 4 lit a VR-RL im Fall der *Dienstleistungen* sowie der *Lieferung von Gas, Wasser, Strom (in unbestimmten Mengen)* und *Fernwärme*:

Das von den Art 14 Abs 3 und 4 lit a VR-RL iVm Art 7 Abs 3 und Art 8 Abs 8 VR-RL geforderte „ausdrückliche Verlangen“ entspricht inhaltlich wohl der „ausdrücklichen Zustimmung“ des *Art 14 Abs 4 lit b i* und Art 16 lit m VR-RL bei unkörperlichen digitalen Inhalten. Insofern herrscht also Übereinstimmung in der Regelung der beiden Vergleichsgruppen (siehe auch die Kategorien 2-4 in Kapitel V.A. oben). In Art 14 Abs 4 lit b i VR-RL nennt der EU-Gesetzgeber auch ausdrücklich die Widerrufsfrist, um die es ihm in Art 14 Abs 4 VR-RL geht: Es ist die Zustimmung zur Lieferung während offener 14-Tage-Frist des Art 9 VR-RL zu erteilen. Das gilt, wie oben erörtert, auch für Art 14 Abs 3 und 4 lit a VR-RL.

Hier enden aber auch schon die Gemeinsamkeiten. Zwischen Art 14 Abs 4 lit a (Dienstleistungen, Gas, Wasser usw) und Art 14 Abs 4 lit b (unkörperliche digitale Inhalte) existieren die folgenden Divergenzen, die sachlich nicht rechtfertigbar erscheinen:

- 1) Für Lit-a-Verträge tritt der Gratisbezug auch ein, wenn die *Widerrufsbelehrung* nicht erfolgte oder die Information über die *Entgeltlichkeit* trotz Widerrufs nicht erteilt wurde (Art 6 Abs 1 lit h, j VR-RL).
- 2) Für Lit-b-Verträge wird die Information über die Entgeltlichkeit an dieser Stelle nicht angeführt. Ihr Fehlen hat also keine Wirkungen. Auch die Widerrufsbelehrung wird hier nicht erwähnt. Stattdessen geht es dem Gesetzgeber um die Kenntnisnahme vom Verlust des Widerrufsrechts durch den Verbraucher als Folge seiner Zustimmung: *Art 14 Abs 4 lit b ii VR-RL*. Fehlt diese Information, dann hat der Verbraucher nicht nur ein Widerrufsrecht, sondern zugleich auch ein Recht auf Gratisbezug.

⁸⁵ AA Unger, ZEuP 2012, 270 (301): Er hält eine analoge Erweiterung des Art 14 Abs 3 VR-RL wegen Art 14 Abs 5 VR-RL für ausgeschlossen.

- 3) Anders als bei Lit-a-Verträgen erlangt bei Lit-b-Verträgen die in Art 7 Abs 2 und Art 8 Abs 7 VR-RL geforderte schriftliche Bestätigung wesentlicher Vertragsinhalte auf einem dauerhaften Datenträger gesonderte Bedeutung. Denn fehlt diese, ist dies gem *Art 14 Abs 4 lit b iii VR-RL* ein weiterer Auslöser von Gratisbezug.

Entsprechend den Voraussetzungen der Art 14 Abs 4 lit b i, ii und iii VR-RL sind bei unkörperlichen digitalen Inhalten daher folgende Fallkonstellationen denkbar:

- 1) Die ausdrückliche Zustimmung (i), die Kenntnisnahme über den Verlust des Widerrufsrechts (ii) und die Bestätigung (iii) liegen vor: Der Verbraucher kann nicht zurücktreten, die Leistung ist zu bezahlen.
- 2) Die Zustimmung (i) und die Kenntnisnahme (ii) sind vorhanden, aber die Bestätigung (iii) fehlt: Der Verbraucher kann nicht zurücktreten (Art 16 lit m VR-RL), laut Art 14 Abs 4 VR-RL muss er die erbrachte Leistung aber trotz aufrechten Vertrags nicht bezahlen! *Unger* hält dies für ein Redaktionsversehen und schlägt vor, für diesen Fall trotzdem ein Widerrufsrecht vorzusehen.⁸⁶ ME sollte das seltsame Ergebnis dadurch vermieden werden, dass man Art 14 VR-RL auf diesen Fall gar nicht anwendet, weil dieser sich ja nur auf die Rechtsfolgen eines Widerrufs bezieht. Hier hat ein Widerruf aber gar nicht stattgefunden.⁸⁷ Welchen Regelungsgehalt hat Art 14 Abs 4 lit iii VR-RL aber dann überhaupt noch? Die Lösung liegt in der teilweisen Lieferung: In ihrem Falle gilt die Ausnahme von Art 16 lit m VR-RL, wie soeben oben erläutert, nicht. Die Teilleistung wäre im Widerrufsfall in Analogie zu Art 14 Abs 3 VR-RL zu entgelten. Sie ist allerdings gratis, wenn die Bestätigung (iii) fehlt.
- 3) Wenn eine der Voraussetzungen Zustimmung (i) oder Kenntnisnahme (ii) fehlen, hat der Verbraucher ein Widerrufsrecht und die erbrachte Leistung ist auch gratis. Diese Rechtsfolgen treten unabhängig davon ein, ob eine Bestätigung (iii) ausgestellt wurde oder nicht.

E. Zusammenfassung der Systematisierungsversuche

Die Lieferung oder Leistung durch den Unternehmer während offener Widerrufsfrist ist in allen Fällen, außer bei der Fernabsatzbestellung von rückübermittelbaren Waren, ein praktisches Ausübungserschweris des Widerrufsrechts für den Verbraucher.

Nach der vom EU-Gesetzgeber in Art 9 Abs 3 VR-RL getroffenen Wertung dürfen die Mitgliedstaaten Leistungen während offener Widerrufsfrist aber grundsätzlich nicht verbieten. Sie können also immer dann erfolgen, wenn die Parteien dies so vereinbaren.

Relativ überschaubar und unproblematisch ist die Rechtslage für die Lieferung von Waren während offener Frist, die nach dem Widerruf zurück übermittelt werden können. Die Tragung der Hin- und Rücksendekosten sowie ein

⁸⁶ *Unger*, ZEuP 2012, 270 (301 f).

⁸⁷ Ebenso *Unger*, ZEuP 2012, 270 (297), der die Anwendung des Art 14 Abs 4 VR-RL generell auf jene Fälle beschränkt sieht, in denen ein wirksamer Widerruf erklärt wurde.

Ausgleich etwaigen Wertverlusts durch übermäßige (= zur Prüfung nicht notwendige) Benutzung sind in den Art 14 Abs 1 und 2 VR-RL geregelt.

Im Falle der *Unmöglichkeit der Rückgabe* der gelieferten Ware oder der empfangenen Leistung wird sowohl die praktische Abwicklung eines Widerrufs als auch die neue Rechtslage nach der VR-RL äußerst kompliziert und schwierig. Man könnte sich hier einfache Lösungsmodelle vorstellen: wie bspw einen Ausschluss des Widerrufsrechts in solchen Fällen oder den Entfall des Widerrufsrechts bei ausreichender Information oder aber ein Widerruf mit bereicherungsrechtlicher Wertersatzpflicht. Der Gesetzgeber hat ansatzweise auch in diesem Areal begonnen, dann aber alles noch viel komplizierter gemacht.

1. Zielschuldverträge: einmalige Lieferung oder Leistung

Unmöglichkeit der Rückgabe bei Waren: In diesem Bereich arbeitet die Richtlinie überwiegend mit einem gänzlichen Ausschluss des Widerrufsrechts entweder (a) ohne jegliche Information in Art 3 Abs 3 VR-RL oder (b) mit (nicht gestaltend wirkender) Information (Art 6 Abs 1 lit k) in Art 16 lit d, e, i VR-RL (siehe auch Kapitel V.B. oben). Hiervon betroffen sind va Lebensmittel, andere leicht verderbliche Waren, aber auch entsiegelte Waren (die aus Hygiene- oder Kopierschutzgründen versiegelt geliefert wurden). Wenn keine dieser Ausnahmen greift und eine gelieferte Ware nach Widerruf nicht mehr zurückgegeben werden kann, weil sie etwa zufällig untergegangen ist, fehlt es in der VR-RL an einer Regelung. Eine Lösung ist daher mit dem nationalen Bereicherungs- oder Vertragsrecht der Mitgliedstaaten herbeizuführen, das im Einklang mit den Schutzziele der VR-RL anzuwenden ist.

Unmöglichkeit der Rückgabe bei vollständig erbrachten Dienstleistungen: Hier ist zwischen der vollständigen Erbringung der Dienstleistung während offener Frist (wohl Zielschuldverhältnis) und der nicht vollständigen Erbringung zu unterscheiden (wohl oft Dauerschuldverhältnis). In ersterem Fall entfällt wie bei den Waren oben das Widerrufsrecht, allerdings nur dann, wenn der Verbraucher der sofortigen Erbringung ausdrücklich zustimmte und über den Verlust des Widerrufsrechts aufgeklärt wurde (Art 16 lit a VR-RL). Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, so bleibt das Widerrufsrecht erhalten. Es gelten die gleichen Entgeltfolgen wie bei Dauerschuldverträgen nach Art 14 Abs 3 und 14 Abs 4 lit a VR-RL – siehe unten.

Unmöglichkeit der Rückgabe bei vollständig gelieferten unkörperlichen digitalen Inhalten: Auch hier liegt ein Zielschuldverhältnis vor. Wie bei der vollständig erbrachten Dienstleistung entfällt das Widerrufsrecht, aber nur nach ausdrücklicher Zustimmung und Aufklärung des Verbrauchers über den Verlust des Widerrufsrechts (Art 16 lit m VR-RL). Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, so bleibt das Widerrufsrecht aufrecht. Es treten die in Art 14 Abs 4 lit b VR-RL geregelten Entgeltfolgen (Gratisbezug) ein.

2. Dauerschuldverträge oder Leistung in Teilen

Handelt es sich um einen Vertrag, der nicht mit einer einmaligen Lieferung oder Leistung erfüllt werden konnte, hat aber dennoch schon eine Teillieferung

oder –leistung während aufrechter Widerrufsfrist stattgefunden, dann ist nach den folgenden Kategorien zu unterscheiden:

Unmöglichkeit der Rückgabe bei Waren: Hier gibt es keine gesonderte Regel. Es gelten die oben erwähnten Ausnahmen vom Widerrufsrecht. In diesen Fällen erscheint ein Widerruf offenbar auch für künftige Lieferungen auf den ersten Blick nicht mehr möglich. Da der Grund des Widerrufs Ausschlusses bei Lebensmitteln, Getränken, verderblichen und entsiegelten Waren eben in ihrem Verbrauch, Verderben oder der Entsigelung liegt, sollte der Widerruf für die noch nicht erbrachten Teillieferungen, die eben noch nicht verbraucht, verdorben oder entsiegelt sind, nicht gelten. Ein Widerruf sollte, bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen, daher für weitere Teillieferungen des Vertrages weiter möglich bleiben. Die bereits verbrauchte oder entsiegelte Ware ist in Analogie zu Art 14 Abs 3 VR-RL zu entgelten.

Unmöglichkeit der Rückgabe bei (nicht vollständig erbrachten) Dienstleistungen sowie bei Teillieferungen von *Strom, Wasser, Gas, Fernwärme:* Es gelten die Regeln der Art 14 Abs 3 und 14 Abs 4 lit a VR-RL. Das Widerrufsrecht bleibt immer erhalten. Ob die bereits empfangene Leistung nach Art 14 Abs 3 VR-RL mit dem anteiligen Preis entgolten werden muss oder nicht, hängt davon ab, ob der Verbraucher über das Widerrufsrecht, die Entgeltlichkeit der Leistung und den Leistungsbeginn während offener Widerrufsfrist ausreichend informiert worden ist und zugestimmt hat („Verlangen“). Trifft nur eine dieser Voraussetzungen nicht zu, so kann der Unternehmer für die erbrachten Leistungen kein Entgelt verlangen (Gratisbezug).

Diese Rechtsfolgen treten auch bei *vollständig erbrachten Dienstleistungen* (siehe oben Zielschuldverträge) ein, wenn das Widerrufsrecht gem Art 16 lit a VR-RL nicht entfällt, weil der Verbraucher der vorzeitigen Leistung entweder nicht ausdrücklich zustimmte oder vom Verlust des Widerrufsrechts nicht informiert wurde.

Unmöglichkeit der Rückgabe bei unkörperlichen digitalen Inhalten: Bedauerlicherweise weichen die Regelungen hier deutlich von den Regeln für Dienstleistungen, Gas, Wasser, Strom und Fernwärme ab, obwohl hierfür keine sachlichen Gründe erkennbar sind. Das Widerrufsrecht sollte bei allen nicht vollständig erfüllten Verträgen aufrecht bleiben (Art 16 lit m VR-RL sollte nicht gelten). Dies ergibt sich aus dem allgemeinen Gedanken, der in Art 16 lit a VR-RL iVm Art 14 Abs 3, 4 VR-RL zum Ausdruck kommt: Bei Verträgen für die Leistung in mehreren Teilen oder Dauerschuldverträgen existieren noch viele nicht erbrachte Leistungsteile. Im Hinblick auf diese existiert gar kein Rückabwicklungsproblem. Es sollte daher ein Widerruf im Hinblick auf spätere Leistungen immer möglich bleiben. Für die bereits erbrachte Teilleistung ist eine Lösung des bereicherungsrechtlichen Ausgleichs zu finden. Hierzu kann Art 14 Abs 3 VR-RL analog erweitert werden. Dies gilt sowohl für Warenbezugs- als auch für Verträge über unkörperliche digitale Inhalte, die nicht einmalig vollständig erfüllt worden sind.

Wann im Falle des Widerrufs von Verträgen über unkörperliche Inhalte Gratisbezug eintritt, ergibt sich aus Art 14 Abs 4 lit b VR-RL. Dieser weicht unbedingbar von der Parallelbestimmung in Art 14 Abs 4 lit a VR-RL ab. Die gesamte Regelung des Gratisbezugs in Art 14 Abs 4 VR-RL sollte dringend nochmals

überdacht und überarbeitet werden. Sie ist nicht nur uneinheitlich, unsystematisch, sondern auch inhaltlich äußerst fragwürdig.

Als Anregungen *de lege ferenda* zur weiteren Vereinfachung und Systematisierung der oben genannten Regeln können die folgenden genannt werden: Grundsätzlich ist erstens danach zu differenzieren, ob es sich um ein „Zielschuldverhältnis“ handelt, dh hier um einen Vertrag, der bereits mit der Leistung oder Lieferung während aufrechter Frist vollständig erfüllt worden ist, oder ob noch weitere Teile des Vertrags erst in der Zukunft erfüllt werden müssen (Dauerschuldvertrag oder Teilleistungen). Die zweite wichtige Differenzierung ist jene zwischen rückgabefähigen Leistungen und Leistungen ohne Rückgabemöglichkeit.

Zielschuld – bereits vollständig erfüllt – Rückgabe unmöglich: Kann eine Ware, Dienstleistung, digitaler Inhalt, Gas- und Wasserflaschen nicht zurückgegeben werden, sollte das Widerrufsrecht grundsätzlich dann entfallen, wenn es sich um kleinere Umsätze handelt, bei denen keine großen Verluste erzielt werden können: zB unter 20 Euro. Eine Information über das Nicht-Bestehen eines Widerrufsrechts muss vor Vertragsabschluss erfolgen. Bei allen größeren Umsätzen dieser Art könnte das Widerrufsrecht erhalten bleiben, im Falle des Widerrufs ist Wertersatz zu leisten. Wenn der vereinbarte Preis ein angemessener war, läuft der Widerruf auf das gleiche Ergebnis hinaus wie die Vertragserfüllung. Dies kann durch den bereits erfolgten Konsum der Ware oder Leistung gerechtfertigt werden. Einen Vorteil hat der Verbraucher dann vom bestehenden Widerrufsrecht, wenn der vereinbarte Preis über dem Marktwert lag: Er muss nur den Marktwert ersetzen, hat aber Anspruch auf Rückzahlung des überhöhten Preises.

Dauerschuld/Leistung in Teilen – teilweise erfüllt – Rückgabe unmöglich: Auch hier könnte letztere Regel gelten. Der Widerruf beseitigt den Vertrag, es ist Wertersatz für die erbrachte Teilleistung zu leisten. Der zusätzliche Vorteil des Widerrufs liegt für den Verbraucher hier darin, dass er den Vertrag für die Zukunft beseitigen kann. Die bereits verbrauchten Leistungen sind nur nach ihrem objektiven Wert zu ersetzen (wie oben).

Wenn die Ware zurückgegeben werden kann (siehe Art 14 Abs 2 VR-RL), sollte *de lege ferenda* der EuGH-Entscheidung *Pia Messmer* gefolgt werden. Ein Wertverlustersatz sollte nur ausnahmsweise dann geschuldet werden, wenn übermäßiger Gebrauch stattfindet, der den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspricht, nicht wie in Art 14 Abs 2 VR-RL bereits immer dann, wenn die Benutzung „nicht notwendig“ war. Bei fehlender Widerrufsbelehrung sollte der Wertersatz weiterhin ausgeschlossen sein.

X. Zurückbehaltungsrecht des Unternehmers in der Rückabwicklung gem Art 13 Abs 3 VR-RL

Im Hinblick auf die Rückerstattung der empfangenen Leistungen finden sich in den Art 13 Abs 1 und 14 Abs 2 VR-RL spiegelbildliche Regeln für die beiden Vertragsparteien: Der Unternehmer hat alle erhaltenen Zahlungen unverzüglich, spätestens binnen 14 Tagen ab Empfang der Widerrufserklärung zurückzahlen. Der Verbraucher hat die Waren unverzüglich, spätestens binnen

14 Tagen ab Widerruf zurückzusenden oder zu übergeben. Dagegen ist nichts einzuwenden. Bedenklich erscheint hingegen, dass der Unternehmer gem Art 13 Abs 3 VR-RL seine Zahlung so lange zurück halten kann, bis er die Waren zurück erhalten hat oder bis der Verbraucher den Nachweis erbracht hat, dass er die Waren zurück geschickt hat. Dem Verbraucher wird in Art 14 VR-RL umgekehrt kein vergleichbares Verteidigungsmittel gegen die Säumigkeit des Unternehmers bei der Rückabwicklung eingeräumt.

Damit wird nicht nur die 14-Tage-Begrenzung für die Unternehmer-Rückzahlungspflicht Makulatur: Denn der Unternehmer kann nach Art 13 Abs 3 VR-RL ja offenbar auch erst dann (unverzüglich) zurückzahlen, wenn der Verbraucher seine Waren (zB nach 14 Tagen) übermittelt hat. Schlimmer ist, dass damit der Verbraucher zur Vorausleistung gezwungen wird. Wenn der Unternehmer seine Pflichten nicht erfüllt, steht dem Verbraucher kein außergerichtliches Druckmittel zur Verfügung, da er die Waren ja bereits absenden musste. Er wird in die Klägerrolle gedrängt.

Da Verbraucher erfahrungsgemäß viel eher als Unternehmer davor zurückschrecken, ihre Rechte gerichtlich durchzusetzen, wirkt die Regel wie eine Einladung zur Ausnutzung durch jene, die genug unlautere Energie besitzen. Viel eher könnte mE dem Unternehmer zugemutet werden, etwaige rechtsbrüchige Verbraucher zur Ordnung zu mahnen und seine Rechte, wenn nötig, gegen die Verbraucher gerichtlich durchzusetzen. Diese Argumentation gegen die Normierung eines Zurückbehaltungsrechts des Unternehmers wäre mE nur mit der Feststellung zu entkräften, dass es viel eher den Verbrauchern zuzutrauen sei, rechtsbrecherisch zu agieren und die Waren nach Rückerhalt der Zahlung nicht zurückzusenden, als umgekehrt, und dass daher selbst den Unternehmern, die ja leichter Zugang zur Rechtsdurchsetzung finden, eine solche Masse an Klagen nicht zuzumuten wäre. Für eine derartige Annahme existieren mW aber überhaupt keine Grundlagen.

XI. „Akzessorische Verträge“ gem Art 15 VR-RL

Das Phänomen der „akzessorischen Verträge“ hat mittlerweile mehrfach Eingang in europäische Rechtsakte gefunden. Die Regelungen sind jeweils unterschiedlich nicht nur in ihren Titeln, sondern auch in ihrem Anwendungsbereich und in ihren Rechtsfolgen. Hier ein kleiner Überblick: In der deutschen Terminologie gibt es den „verbundenen Vertrag“ in § 13 VerbraucherkreditG (VKrG)⁸⁸ und in Art 2 lit m CESL-VO⁸⁹ (verbundene Dienstleistung), den „akzessorischen Vertrag“ in Art 15 VR-RL und in Art 46 CESL⁹⁰. Die englische Terminologie

⁸⁸ Es handelt sich um eine Umsetzung der RL 2008/48/EG v 23. 4. 2008 über Verbraucherkreditverträge, ABl L 2008/133, 66: Art 15 der Richtlinie handelt von „verbundenen Kreditverträgen“.

⁸⁹ Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht v 11. 10. 2011, KOM (2011) 635 endg.

⁹⁰ Das Common European Sales Law (CESL) ist der Anhang I zum Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht v 11. 10. 2011, KOM (2011) 635 endg.

ist noch vielfältiger und verwendet „related contract“ in Art 2 lit m CESL-VO, „linked contract“ in Art 15 Verbrauchercredit-Richtlinie (VKr-RL)⁹¹ und in Art II. – 5:106 DCFR (Draft Common Frame of Reference)⁹² und „ancillary contract“ in Art 15 VR-RL und Art 46 CESL.

Gem § 13 Abs 3 VKrG beendet der „Widerruf“ (wörtlich: „Rücktritt nach verbraucherrechtlichen Vorschriften“) eines *Waren- oder Dienstleistungsvertrags* automatisch den „verbundenen Kreditvertrag“. Was unter einem verbundenen Kreditvertrag zu verstehen ist, ist § 13 Abs 1 VKrG zu entnehmen. Es handelt sich hierbei um eine Umsetzung von Art 15 VKr-Richtlinie. Art 15 VR-RL regelt die „Wirkungen der Ausübung des Widerrufsrechts auf akzessorische Verträge“. Er lässt die Regelung des Art 15 VKr-Richtlinie und damit des § 13 VKrG unberührt. Art 15 VR-RL gilt also nur außerhalb des Anwendungsbereichs von § 13 VKrG.

Art 15 VR-RL legt fest, dass die Ausübung des Widerrufsrechts nach dieser Richtlinie automatisch auch alle „akzessorischen Verträge“ beendet. Was unter einem „akzessorischen Vertrag“ zu verstehen ist, definiert Art 2 Nr 15 VR-RL: Es handelt sich dabei um einen Waren- oder Dienstleistungsvertrag, der im Zusammenhang mit dem widerrufenen Fernabsatz- oder Haustürvertrag steht. Zusätzlich müssen die Waren oder Dienstleistungen des akzessorischen Vertrags von demselben Unternehmer oder von einem Dritten geschuldet werden, wobei in letzterem Fall eine Vereinbarung zwischen dem Unternehmer des Hauptvertrags und dem Dritten als Grundlage für die Leistungserbringung im akzessorischen Vertrag vorhanden sein muss. Das bedeutet, dass der zwischen den Verträgen verlangte Zusammenhang doch erheblich anders definiert wird, als im Fall der „verbundenen Verträge“ des § 13 VKrG, bzw Art 15 VKr-Richtlinie. Klassischer Fall eines solchen akzessorischen Vertrags ist wohl ein Versicherungsvertrag, zB eine Diebstahlversicherung für ein gekauftes Fahrrad. Versicherungen sind zwar Finanzdienstleistungen und als solche gem Art 3 Abs 3 lit d VR-RL von der Richtlinie ausgenommen. Dies bedeutet aber mE nicht, dass sie nicht als akzessorische Verträge iSv Art 2 Nr 15 und Art 15 VR-RL mit beendet werden können.

An der Grenze zwischen § 13 VKrG (Art 15 VKr-Richtlinie) und Art 15 VR-RL tauchen kleinere Unschärfen auf. § 13 VKrG gilt nur für Verträge über „Waren“ und „Dienstleistungen“. Gem ErwG 19 VR-RL sind digitale Inhalte auf körperlichen Datenträgern als „Waren“ iS dieser Richtlinie zu verstehen, aber sind sie auch „Waren“ iS der VKr-Richtlinie Für Verträge über die Lieferung unkörperlicher digitaler Inhalte sowie die Lieferung von Strom, Wasser, Gas in unbestimmten Mengen und von Fernwärme hält ErwG 19 VR-RL ausdrücklich fest, dass es sich hierbei *nicht* um Verträge über „Waren“ oder „Dienstleistungen“ handle. Falls dies auch für § 13 VKrG und Art 15 VKr-Richtlinie gilt, fällt der Widerruf dieser Verträge nicht unter deren Regeln über „verbundene Verträge“. Es stellt sich die Frage, ob eine Drittfinanzierung von solchen Verträgen dann als „akzessorischer Vertrag“ unter Art 15 VR-RL fällt (vorausgesetzt, die Ausnahme für Finanzdienstleistungen greift nicht, siehe oben), oder ob hier eine

⁹¹ RL 2008/48/EG v 23. 4. 2008 über Verbrauchercreditverträge, ABl L 2008/133, 66.

⁹² *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EU Privat Law (Acquis Group)*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition (2009).

Analogie zu den Waren- und Dienstleistungsverträgen nach § 13 VKrG (Art 15 VKr-Richtlinie) zu ziehen ist. ME ist Letzteres zutreffend. Denn es besteht kein Grund, Widerrufe von solchen Verträgen bei Drittfinanzierung anders zu behandeln als drittfinanzierte Waren- und Dienstleistungsverträge iS von § 13 VKrG.

XII. Resümee

Wie fällt nun das Resümee der Untersuchung aus? Bedeutet die neue Richtlinie einen Fortschritt für die Verbraucher und/oder die Unternehmer in der EU?

Begrüßenswert an der neuen VR-RL ist, dass durch die Vereinheitlichung und Zusammenfassung der Schutzregeln für Fernabsatz- und Haustürverträge aus zuvor zwei getrennten Richtlinien mehr Systematik und Übersichtlichkeit in die Regeln zum Widerruf gebracht wurde. Es ist so etwas wie eine einheitliche Dogmatik des Widerrufs für diese beiden Vertriebsarten erkennbar, während zuvor an gleicher Stelle zum größten Teil nicht begründbare Divergenzen prangten. Freilich hat diese Vereinheitlichung andere Widerrufsrechte des EU-Vertragsrechts nicht erreicht (Timesharing, Verbraucherkredit, Finanzdienstleistungen im Fernabsatz, Versicherungsverträge). Wir haben nun einheitliche Voraussetzungen, Fristen, Rechtsfolgen und Ausnahmen im Rahmen der VR-RL. Jede Form neuer Übersichtlichkeit und Verständlichkeit nützt sowohl den Unternehmern als auch den Verbrauchern.

Für die Verbraucher als positiv zu vermerken ist sicherlich auch die neue Widerrufsfrist von 14 Tagen: Diese ist länger als die Frist in einigen Mitgliedstaaten zurzeit (darunter auch Österreich) und sie gilt nun einheitlich in allen Mitgliedstaaten und wird einheitlich berechnet. Diese neue Klarheit hilft auch den Unternehmern.

Die neue Richtlinie hat alle wichtigen bisher zu Fernabsatzverträgen und Haustürverträgen ergangenen EuGH-Entscheidungen gesetzlich positiviert. Manche dieser Entscheidungen sind nicht 1:1 übernommen, sondern zurecht gestutzt bzw sonst verändert worden, im Regelfall zu *ungunsten* des Verbrauchers. Dass nun im Gesetz bzw in der Richtlinie steht, was zuvor noch unklar war bzw sich nur aus der EuGH-Rsp ergab, ist sicher ein Fortschritt. Die neue Richtlinie regelt sehr viele Details im Zusammenhang mit dem Widerruf und seinen Rechtsfolgen, das kann man auch positiv sehen. Die Richtlinie mag zwar schwer zu lesen sein, aber in vielen Fällen wird man schon hier bzw in deren Umsetzung die Lösung finden und braucht nicht erst den EuGH anzurufen.

Leider erscheint die Zone mit grauen bis schwarzen Wolken insgesamt aber doch größer zu sein als jene Zone, die vom Sonnenschein des Fortschritts überstrahlt wird.⁹³

⁹³ Loos, Withdrawal, in: *Howells/Schulze*, Consumer Contract Law 237 (276) geht mit dem Vorschlag der VR-RL aus 2008, der bei den Widerrufsrechten im Wesentlichen der heutigen Richtlinie entspricht, noch viel härter ins Gericht, indem er sagt: „In sum, one can only conclude that the harmonisation of rights of withdrawal has failed“; im Ergebnis ähnlich dagegen: *Hall/Howells/Watson*, ERCL 2012, 139 (163); aA *Schwab/Giesemann*, Die Verbraucherrechte-Richtlinie: Ein wichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt, EuZW 2012,

An zahlreichen Stellen haben die Verbraucher substantiell an Schutz eingebüßt. Das beginnt schon beim Maximalharmonisierungscharakter der VR-RL an sich. Viele weiter gehende Schutzvorschriften, die bisher in den Mitgliedstaaten bestanden, müssen nun beseitigt werden. In Österreich stellt sich bspw die Frage, ob das Haustürwiderrufsrecht tun tatsächlich den langen Ausnahmenkatalogen der VR-RL unterworfen werden muss, obwohl diese teilweise sachlich nicht begründbare Ausnahmen vorsehen. Sehr wenig verbraucherfreundlich ist auch das einseitige Zurückbehaltungsrecht des Unternehmers (Art 13 Abs 3) im Falle der beiderseitigen Rückabwicklung der Leistungen gem Art 13 und 14 VR-RL. Auch die absolute Frist von 12 Monaten gem Art 10 VR-RL bedeutet für noch nicht vollständig erfüllte Haustürverträge (*Heiminger*) eine Schutzzeinebuße für die Verbraucher. Das gleiche gilt für gesetzliche Zahlungsverbote vor Ablauf der Widerrufsfrist: Diese dürfen für die meisten Verträge gem Art 9 Abs 3 VR-RL nun nicht mehr vorgesehen werden (*Gysbrechts*). Weniger dramatisch aber doch merklich ist die Schutzzeinschränkung beim Wertverlustersatz wegen Benutzung der Ware (*Pia Messner*). Hier führt nun jede nicht notwendige Benutzung schon zur Ersatzpflicht des Verbrauchers. Die Tragung der Rücksendekosten wird zur dispositiven Rechtsregel erhoben (*Heinrich Heine*), während sie zuvor noch vereinbart werden musste (§ 5g Abs 2 KSchG). Diese letztere Änderung dürfte für den Verbraucher aber kaum merklich sein.

Die Muster-Widerrufsbelehrung des Anhangs I A VR-RL ist ebenso wie das Muster-Widerrufsformular des Anhangs I B zwar vielleicht gut gemeint, aber kein wirklicher Fortschritt. Die Muster-Belehrung liest sich ähnlich wie unternehmerische AGB, dh sie ist viel zu kompliziert für Verbraucher und wird für diese daher weniger hilfreich sein als die einfache, eigenständig formulierte Erklärung eines Unternehmers, der sich in sein Gegenüber hineinzusetzen vermag. Auch das Widerrufsformular kann, zumal wenn es elektronisch angeboten wird, zu Benutzungsschwierigkeiten durch den Verbraucher führen.

Hier tritt ein ähnliches Manko der VR-RL zu Tage wie bei den Informationspflichten. Der EU-Gesetzgeber hat sich nicht der neueren Erkenntnisse der Ökonomie und Psychologie bedient, um sie für die Regulierung von Verbrauchermärkten sinnvoll zu nutzen, sondern bleibt alten Glaubenssätzen verhaftet, die eine deutliche Realitätsferne aufweisen (*homo oeconomicus*). Komplizierte und, wie an der VR-RL ersichtlich, immer komplizierter werdende Rechtsmaterien müssen für den Verbraucher in einem „Human Law Interface“ übersetzt werden. Findet diese „Übersetzung“, die im Wesentlichen in einer Kürzung und Vereinfachung der vorhandenen Texte bestehen muss, nicht statt, wird die von der Richtlinie als zentrales Schutzinstrument eingesetzte Information den Verbraucher gar nicht erreichen. Die VR-RL ist dann vielleicht ein durchdachtes, detailreiches Konstrukt, aber sie kommt in der Realität des Verbrauchers nicht mehr an.

Dies ist die negative Seite von detailreicheren Regeln, wie wir sie in der VR-RL im Vergleich zur alten Rechtslage vorfinden: Sie machen den Regelungstext komplizierter und schwerer verständlich. Dies gilt aber leider nicht nur für jene In-

253 (257), die meinen, dass die Richtlinie für Verbraucher und Unternehmer „entscheidende Verbesserungen mit sich bringen“ würde.

formationen, die, wie oben geschildert, den Verbraucher erreichen sollen oder ihm die Abgabe seiner Widerrufserklärung ermöglichen sollen, sondern auch für große Teile des Richtlinien-Texts, die nur vom Unternehmer oder vom Anwalt oder Richter gelesen und verstanden werden müssen. Die Regelung der Problematik der Unmöglichkeit der Rückgabe während offener Widerrufsfrist gelieferter Sachen/Inhalte oder erbrachter Leistungen erscheint in diesem Sinne der Tiefpunkt innerhalb der Regelung des Widerrufsrechts in der VR-RL zu sein. Die Regelungen sind komplex und an vielen auseinander liegenden Stellen der Richtlinie zu finden, einige Regeln fehlen. Art 14 Abs 3 und 4 VR-RL steht diesbezüglich an zentraler Stelle und ist besonders schwer zu verstehen. Innerhalb der Regelung finden sich nicht begründbare Differenzierungen, die unbefriedigend wirken. Der „Gratisbezug“ nach Art 14 Abs 4 VR-RL ist eine Art Strafsanktion für die Nicht-Beachtung gewisser Informationspflichten durch den Unternehmer, die sehr unsystematisch wirkt und an anderen Stellen im EU-Verbraucherschutzrecht nicht zum Einsatz kommt.

Trotz der eingangs erwähnten Sonnenseiten der VR-RL ist diese insgesamt kein Rechtsakt, zu dem man die Verbraucher oder die Unternehmer in der EU beglückwünschen möchte. Ein substantieller Fortschritt kann für keine der beiden Gruppen in ihr gesehen werden, freilich auch kein gravierender Rückschritt. Vielleicht könnte man sagen: Die Richtlinie hat als vorläufige Regelung der erwähnten Problembereiche noch großes Entwicklungspotential.

Diskussionsbericht

Mag. Huberta Maitz-Strassnig (WKÖ, Wien) weist auf die unterschiedlich ausgestalteten Widerrufsrechte bei Waren- bzw Dienstleistungsverträgen und auf die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten bei gemischten Verträgen hin. Als Beispiel für ein Rechtsgeschäft, bei dem sowohl eine Ware als auch eine Dienstleistung Vertragsinhalt werden, wird der Kauf von Fliesen angeführt, die sodann auch verlegt werden sollen. Aufgrund von Ausmessarbeiten kommt der Vertragsabschluss in der Wohnung des Käufers zu Stande. *Maitz-Strassnig* möchte wissen, wie in einem solchen Fall über das Widerrufsrecht belehrt werden soll bzw wann der Fristenlauf beginnt. Schließlich läuft die Widerrufsfrist bei Waren ab Erhalt der Ware, bei Dienstleistungen hingegen bereits ab Vertragsabschluss. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob es sich hier um eine Ausnahme vom Widerrufsrecht iSd Art 16 lit f der Richtlinie handelt. Dieser Bestimmung zufolge ist ein Rücktritt von Verträgen über Waren, die nach Lieferung aufgrund ihrer Beschaffenheit untrennbar mit anderen Gütern vermischt wurden, ausgeschlossen. *Lurger* meint, dass ein derartiger Fall wohl von Art 16 lit f der Richtlinie erfasst sein werde. Es besteht daher kein Widerrufsrecht hinsichtlich der Waren, hinsichtlich der Dienstleistung muss ein solches jedoch aufrecht bleiben. Ob man sich mit diesem Ergebnis zufrieden geben sollte, wird von *Lurger* bezweifelt. Sie hält fest, dass es zwei Möglichkeiten gibt, wie man in einem solchen Fall vorgehen kann. Man kann einen derartigen Vertrag trennen oder diesen – wie man das nach österreichischem Recht machen würde – einheitlich qualifizieren, also entweder als Kauf- oder als Werkvertrag. Das Problem dabei ist jedoch, dass die genauen Grenzen dieser Begrifflichkeiten auf europäischer Ebene nicht bekannt sind. Nach *Lurger* stellt diese Frage deswegen einen klassischen Fall dar, der dem EuGH vorgelegt werden muss. *Hon.-Prof. Dr. Johannes Stabentheiner (Bundesministerium für Justiz, Wien und Universität Linz)* sagt, dass bis zu einer Entscheidung durch den EuGH jede Meinung zulässig ist. Er meint jedoch, dass es durch das Verlegen von Fliesen nicht zu einer Vermischung kommen werde. Der Wortlaut der Bestimmung des Art 16 lit f der Richtlinie, der von einer Vermischung mit anderen Gütern spricht, geht in eine andere Richtung. Mit „Gütern“ seien wohl eher bewegliche Sachen gemeint. Der Fall, den der Gesetzgeber vor Augen hatte, war nämlich seines Erachtens ein anderer. Als Beispiel nennt er das Auffüllen eines bereits zum Teil gefüllten Öltanks. Im Fall der Kombination einer Warenlieferung mit der Erbringung einer Dienstleistung ist nach *Stabentheiner* auf das Schwergewicht abzustellen. Er räumt jedoch ein, dass sich auch bei der Schwergewichtstheorie im Einzelfall diffizile Abgrenzungsfragen ergeben können.

o.Univ.-Prof. Dr. Peter Bydlinski (Institut für Zivilrecht, Universität Graz) fragt sich, weshalb man digitale Inhalte nicht zurückgeben kann. Seiner Meinung nach soll das Löschen der Daten als Rückgabe qualifiziert werden. Allenfalls könne die Meinung vertreten werden, dass die Rückgabe nicht durchsetzbar

bzw kontrollierbar ist, nicht jedoch, dass eine Rückgabe unmöglich ist. *Lurger* führt des Weiteren dazu aus, dass es sich bei digitalen Inhalten, die auf einem Datenträger gespeichert werden, um versiegelte Waren handelt, die nur versiegelt zurückgegeben werden können (zB Foto auf Datenträger). Bei einer Entsiegelung des Datenträgers geht das Widerrufsrecht verloren. Es soll verhindert werden, dass digitale Inhalte zunächst gespeichert und dann wieder zurückgegeben werden können. *Bydlinski* findet dies absurd, da dem Verbraucher dadurch eine Kontrolle der Ware verwehrt wird. Durch das Kontrollieren der Ware kommt es zu einer Entsiegelung, die ein Widerrufsrecht ausschließt. *Bydlinski*'s Meinung nach gehe es nicht an, dass Unternehmen, die mit digitalen Inhalten handeln, nie ein Rücktrittsrecht befürchten müssen. Er sieht zwar das Problem des möglichen Missbrauchs, die Lösung auf zivilrechtlicher Ebene ist für ihn jedoch nicht nachvollziehbar.

Im Übrigen findet *Bydlinski* die Vorleistungspflicht des Verbrauchers im Fall eines Widerrufs äußerst merkwürdig. Die einzige Erklärung dafür sieht er darin, dass das Rücktrittsrecht teleologisch nicht stark begründet und somit nicht besonders gerechtfertigt ist. Wenn schon ein Verbraucher ohne besonderen Grund widerruft, dann kann er auch den Nachteil der Rückabwicklung tragen. Umgekehrt ist es nach *Bydlinski* insb im Fernabsatz aus faktischen Gründen sehr schwierig, Zug um Zug rückabzuwickeln. Zudem wäre auch eine Vorleistungspflicht des Unternehmers keine ganz überzeugende Lösung. Trotzdem ist die Vorleistungspflicht des Verbrauchers eine merkwürdige Regelung, die keinesfalls verallgemeinert werden darf. *Bydlinski* hält fest, dass er sich mit diesem Problem im Zusammenhang mit dem Rücktritt nach Teillieferung wegen Verzugs beschäftigt hat. Auch hier muss derjenige, der vom Vertrag zurücktritt, die Teillieferung, die er bekommen hat, zurückgeben. Im Zuge seiner Recherchen hat er auf europäischer Ebene nichts über die Rückabwicklung Zug um Zug gefunden.

Mag. Gernot Papst (Institut für Zivilrecht, Universität Graz) ist der Meinung, dass Art 13 Abs 3 der Richtlinie, der vom Verbraucher lediglich den Nachweis, dass er die Waren zurückgeschickt hat, verlangt, Missbrauchsmöglichkeiten Tür und Tor öffnet. *Lurger* meint dazu, dass man dadurch eine Abschwächung der Vorausleistungspflicht des Verbrauchers erreichen wollte. Man ist von einer redlichen Partei ausgegangen. In Bezug auf die Missbrauchsgefahr meint *Lurger*, dass das Fälschen einer Absendebestätigung, die man gewöhnlich vom Paketdienst erhält, wohl nicht so leicht wäre und Unternehmern auffallen müsse. Dem entgegnet *Papst*, dass man auch im Falle der Absendung eines leeren Pakets eine Absendebestätigung erhält, die als „Nachweis“ des Verbrauchers dienen kann. *Cap* stellt klar, dass man der Gefahr des Missbrauchs an vielen Stellen ausgesetzt ist. Sie fügt hinzu, dass man einen Ausgleich zwischen Unternehmer- und Verbraucherinteressen schaffen wollte. Es handelt sich um einen politischen Kompromiss, der dazu führen soll, dass der Verbraucher so schnell wie möglich sein Geld zurückerhält.

