

Dr. Dr. Lovis Wambach

Die ausdrückliche Zustimmung zur Ausführung einer Dienstleistung im Fernabsatz - Ein unnötiger Formalismus?

Unternehmern (§ 13 BGB), die ihre Dienstleistungen im Wege des Fernabsatzes feilbieten, sind von Gesetzes wegen zahlreiche Pflichten (etwa: §§ 312c und 312e BGB) aufgebürdet. Eine Verpflichtung besteht darin, den Verbraucher (§ 14 BGB) ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht gem. § 355 BGB zu belehren, was im Angesicht der Anforderungen von Gesetz und Rspr. an die Widerrufsbelehrung kein unkompliziertes Unterfangen ist.

Unabhängig von der Einhaltung von Informationspflichten und Widerrufsbelehrung und auch losgelöst davon, ob der Verbraucher seine Rechte oder die Pflichten des Unternehmers kannte, erlischt dennoch das Widerrufsrecht, wenn der Verbraucher vor Beginn der Dienstleistung diese selbst veranlasst oder ihr ausdrücklich zugestimmt hat (§ 312d Abs. 3 Nr. 2 1. Alt. BGB).

Anlässlich der Modernisierung des Schuldrechts war im Gesetzgebungsverfahren umstritten, ob die Zustimmung des Verbrauchers, wie nach dem bis dahin geltenden Fernabsatzrecht, auf Grund schlüssigen (konkludenten) oder aufgrund deutlichen und klaren (ausdrücklichen) Handelns erklärt werden kann. Der *Bundesrat* (BT-Drs. 14/6857, S. 20) verkündete: "Dieses Erfordernis stellt einen unnötigen Formalismus auf, mit dem die Vertragsparteien überfordert wären und womit dem Unternehmer ein erhebliches zusätzliches Risiko aufgebürdet würde." Die *Bundesregierung* ist mit ihrer Gegenäußerung (BT-Drs. 14/6040) einer Erleichterung des Verlusts des Widerrufsrechts entgegengetreten: "Andernfalls [ohne das Erfordernis der ausdrücklichen Zustimmung] besteht die Gefahr, dass der Verbraucher allein dadurch, dass er der sofortigen Durchführung der Dienstleistung nicht widerspricht, sondern den Unternehmer 'gewähren' lässt, sein Widerrufsrecht verliert."

Die Rspr. hat sich bisher nur zurückhaltend mit der ausdrücklichen Zustimmung gem. § 312d Abs. 3 Nr. 2 1. Alt. BGB auseinandergesetzt. Zuletzt hat das *AG Hannover* (NJW 2007, 781 f.) entschieden, dass die Rückübersendung eines ausgefüllten Formulars zur Erstellung einer Kostensenkungsanalyse im Zusammenhang mit einer privaten Krankenversicherung nur als konkludentes, nicht aber als ausdrückliches Einverständnis mit dem Beginn der Dienstleistung verstanden werden kann. Alle anderen Sentenzen beschäftigen sich mit sog. R-Gesprächen (reverse charged calls), bei denen vor Annahme des Gesprächs eine Tastenkombination gedrückt werden muss. Erst danach wird das Gespräch "durchgestellt". Das *AG Schleswig* (MMR 2005, 638 f.) subsumierte unter das Tastendrücken die ausdrückliche Zustimmung des Verbrauchers. Der Verbraucher handele bei der Betätigung der Tastenkombination mit einem entsprechenden Rechtsbindungswillen, dessen Ausdrücklichkeit - so muss man das *Gericht* verstehen - in der Erkennbarkeit dieser Rechtswirkung liegt. Das *AG Braunschweig* (MMR 2004, 706 f.) hatte die entgegengesetzte Auffassung vertreten. Eine ausdrückliche Zustimmung gehe nämlich über rein rechtsgeschäftliche Handlungen (Betätigung der Tastenkommunikation) hinaus, mit welcher der Verbraucher lediglich eine technische Einrichtung zur Auslösung von technischen Merkmalen betätige. Das *LG Braunschweig* (U. v. 26.5.2004 - 8 S 218/04) bestätigte das amtsgerichtliche Urteil, allerdings schon mangels Vertragsschlusses, wobei es - ein dem juristischen Denken geschuldetes Versäumnis - zu den Ausführungen des *AG* zu § 312d Abs. 3 Nr. 2 1. Alt. BGB keine Stellung mehr

genommen hat. Der *BGH* hat in seiner ausführlichen Entscheidung v. 16.3.2006 (MMR 2006, 453 m. Anm. *Mankowski*) in einem gleich gelagerten Fall die Erlöschensalternativen des § 312d BGB (Beginn mit ausdrücklicher Zustimmung und [bewusste] Veranlassung des sofortigen Beginns der Dienstleistung) vermengt. Da der *BGH* das Drücken der Tastenkombination als "bewusste Ingangsetzung des Leistungsvorgangs" wertete, kam es seiner Ansicht nach auf die Frage, ob darin auch zugleich eine ausdrückliche Zustimmung zu sehen sei, nicht mehr an.

Mangels eines obiter dictums ist also nach wie vor nicht obergerichtlich geklärt, in welchen Fällen eine ausdrückliche Zustimmung zum Leistungsbeginn vorliegt, oder ob eine ausdrückliche Zustimmung stets dann vorliegt, wenn der Verbraucher die Ausführung der Dienstleistung eigenhändig veranlasst hat, und welche Anforderungen an das bewusste Veranlassen des Erfüllungsbegins zu stellen sind.

*RA Dr. Dr. Lovis Wambach, Bremen.*

MMR 2007, Heft 10, XII