



Article scientifique

Article

2009

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

## Konsumentenvertragsrecht in der Privatrechtsgesetzgebung

---

Huguenin, Claire; Hermann, Mathias; Benhamou, Yaniv

### How to cite

HUGUENIN, Claire, HERMANN, Mathias, BENHAMOU, Yaniv. Konsumentenvertragsrecht in der Privatrechtsgesetzgebung. In: Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht, 2009, vol. 6, n° 4, p. 159–170.  
doi: 10.1515/gpr.2009.6.4.159

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:75608>

Publication DOI: [10.1515/gpr.2009.6.4.159](https://doi.org/10.1515/gpr.2009.6.4.159)

nationalen Rechts lässt sich schlagwortartig mit Strukturverlust einerseits, Steigerung der Wertungskonsistenz der nationalen Rechtsordnung andererseits beschreiben. Der europäische Einfluss zwingt den nationalen Gesetzgeber einerseits zu Systembrüchen, ist andererseits ein willkommener Anlass, historisch gewachsene Kategorien und Trennlinien auf ihre innere Rechtfertigung zu überprüfen und gegebenenfalls zu überwinden.<sup>95</sup> Das Gemeinschaftsrecht als Impulsgeber kann so zur Modernisierung des Systems, in Einzelfällen auch zur Herausbildung ganz neuer Teildisziplinen Anstoß geben. Der nationale Gesetzgeber steht dabei vor der Wahl: Übernimmt er die Wertungen des Gemeinschaftsrecht und richtet er den Bauplan der nationalen Rechtsordnung daran aus, so kann dies zu einer Konvergenz von nationaler und europäischer Methodik beitragen. Beschränkt er sich dagegen auf eine minimalistische Umsetzung punktueller Vorgaben, so bleibt es vielfach bei methodischen Diskrepanzen zwischen beiden Ebenen.

Welchen Weg der nationale Gesetzgeber einschlagen sollte, lässt sich nicht pauschal, sondern nur für jedes Rechtsgebiet gesondert beurteilen. Die Antwort wird in erster Linie davon abhängen, ob das bestehende äußere System Ausdruck einheitlicher Wertungen ist oder lediglich auf nicht (mehr) reflektierten Kategorien aufbaut. Dort, wo die systematische Trennung unabdingbare Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung ist, wird der Gesetzgeber gehalten sein, die Auswirkungen punktueller Systembrüche durch explizite Regelungen und Ausnahmen zu begrenzen, und dort, wo die Struktur des nationalen Rechts ihre innere Rechtfertigung verloren hat, Ordnung und Anordnung des Rechtsstoffes anzupassen. Zu wünschen ist in jedem Fall, dass der Gesetzgeber seine Entscheidung möglichst klar zum Ausdruck bringt. Dadurch wäre besser erkennbar, für welche Bereiche – vorbehaltlich zwingenden Gemeinschaftsrechts – das äußere System des nationalen Rechts ein belastbares Indiz für Funktion und Inhalt der einzelnen Norm darstellt, und in welchen Bereichen auch bei der Auslegung nationalen Rechts eine Öffnung im Hinblick auf die abweichende Methodik und Zielsetzung des europäischen Rechts erforderlich ist. So ließe sich zugleich eine – für den Rechtsanwender so dringend erforderliche – klare Grenze ziehen zwischen Diskrepanz und Konvergenz nationaler und europäischer Methodik.

## Summary

German private law traditionally strongly relies on the idea of a comprehensive and coherent system. By contrast, European Community law follows a functional approach, which focuses on the establishment of the common market. Thus the transformation of Community law into national law is not a mere matter of transforming the model into a legal rule, but also a challenge to the systematic approach itself. This in particular raises the question, whether the synchronism between the so-called internal system, i.e. the underlying values, and the so-called external system, i.e. the structure of the body of law, can be upheld. The analysis of four different areas of private law (services, unfair competition, intellectual property law and corporate law) shows the considerable impact of European harmonization on the external system of German private law. The result is quite ambivalent: On the one hand, examples of systematic discontinuity become apparent, on the other hand, European harmonization proves as an inspiration to modernize the structure of German private law.

## Résumé

Le droit des contrats allemand est construit traditionnellement autour de l'idée d'un système complet et cohérent. Par contraste, le droit communautaire suit une approche fonctionnelle orientée vers la création du marché commun. Lors de la transposition du droit communautaire au niveau national les approches opposées s'affrontent. Cela met en cause et les valeurs sous-jacents du «système intérieur» et l'arrangement normatif que constitue le «système extérieur» du droit privé. L'analyse de quatre exemples tirés de différents domaines (services, pratiques déloyales, propriété intellectuelle, sociétés) démontre l'impact considérable de l'eupéanisation sur le système extérieur du droit privé allemand. Le résultat est ambivalent: D'une part des ruptures de système se montrent, d'autre part le droit communautaire peut initier une modernisation du système extérieur.

<sup>95</sup> Ein Beispiel ist die – gemeinschaftsrechtlich nicht zwingend vorgegebene – Überwindung der überkommenen Trennung zwischen Sachmängelgewährleistung und allgemeinem Leistungsstörungenrecht zugunsten eines einheitlichen Leistungsstörungenstatbestandes (§ 280 BGB) im Rahmen der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, vgl. Müller-Graff, GPR 2009, 106, 116.

## Konsumentenvertragsrecht in der Privatrechtsgesetzgebung\*

Professor Dr. Claire Huguenin/Dr. Mathias Hermann/lic. iur. Yaniv Benhamou, Zürich

### A. Optionen für die Gesetzgebung

Steht ein Gesetzgeber vor der Aufgabe, die systematische Stellung, die das Konsumentenvertragsrecht innerhalb der Rechtsordnung haben soll, festzulegen, ist bereits eine Entscheidung getroffen worden. Es ist nämlich bereits entschieden, dass vertragliches Konsumentenrecht gesetzt werden soll. Die Entscheidung, Konsumentenvertragsrecht zu setzen, kann dabei

entweder auf eine autonom erlangte und durch gesellschaftliche Notwendigkeiten hervorgerufene Überzeugung zurückzuführen sein oder – in den Mitgliedstaaten der Europäischen

\* Dieser Artikel wurde inspiriert durch die von den Autoren auf den Türkisch-Schweizerischen Juristentagen in Istanbul, Türkei, am 30. Okt. 2008 gehaltenen Vorträge zum Thema „La place du droit des contrats de consommation dans la législation moderne“.

Union – durch eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung bedingt sein. Die Einführung von Konsumentenvertragsrecht kann aber auch erfolgen, um die Voraussetzungen für einen Beitritt zur Europäischen Union zu schaffen oder um Drittlandnachteile auszugleichen.

Soll in einem Konsumentenvertragsrecht das Rechtsverhältnis zwischen Konsumenten und Unternehmern besonderen Regelungen unterworfen sein, stehen, grundsätzlich betrachtet, zwei Handlungsoptionen zur Wahl. Zum einen könnte das Konsumentenvertragsrecht in eine Gesamtkodifikation<sup>1</sup> eingebunden werden (1) und zum anderen ist eine Legiferierung des Privatrechts in mehreren einzelnen Gesetzen möglich (2).<sup>2</sup>

(1) Ein Modell für die erste Handlungsoption stellt der *Draft Common Frame of Reference*<sup>3</sup> dar. Hierbei handelt es sich um einen von Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftlern vorgelegten Entwurf für einen *Common Frame of Reference*. Bei diesem *Common Frame* handelt es sich eigentlich um einen von der Europäischen Kommission angeregten Prozess, das Gemeinschaftsprivatrecht, und insbesondere auch das Konsumentenvertragsrecht, in nachvollziehbarer Weise darzustellen und für den Rechtsanwender verfügbar zu machen.<sup>4</sup> Bei diesem Vorhaben war allerdings immer der Charakter der Rechtsverbindlichkeit eines solchen *Common Frame* umstritten.<sup>5</sup> Der vorgelegte *Draft Common Frame of Reference* bindet jedenfalls das Konsumentenvertragsrecht in Gestalt eines Gesamtkodex-Modells in die umfassenden Regelungen des Privatrechts ein. Ein weiterer Versuch, eine Gesamtkodifikation zu schaffen, stellt das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) in der revidierten Fassung von 2001 dar. Hierin werden die Vorschriften des Konsumentenvertragsrechts, die aus der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung Deutschlands zur Umsetzung der Richtlinien folgen, ebenfalls mit dem allgemeinen Vertragsrecht verschmolzen. Dabei werden sowohl Regelungen, die ihren Ursprung im Konsumentenvertragsrecht der Europäischen Union haben, verallgemeinert, als auch Regelungen aufgestellt, die nur für das spezielle Unternehmer-Konsumenten-Verhältnis gelten.

(2) Beispiele für das zweite Modell, die Legiferierung des Privatrechts in mehreren einzelnen Gesetzen, liefern das französische und das italienische Recht. In diesen Privatrechtsordnungen gibt es einen Haupttext, der das allgemeine und besondere Privatrecht ohne spezielle Regelungen für das Unternehmer-Konsumenten-Verhältnis enthält. Neben diesem Haupttext existieren spezielle Gesetze, die besondere Gegenstände wie das Konsumentenvertragsrecht regeln.

Im Rahmen der zweiten Handlungsoption kann weiter zwischen *drei unterschiedlichen Ansätzen* der konkreten Rechtssetzung differenziert werden.

Die *erste* Möglichkeit stellt die Rechtssetzung in einzelnen Gesetzen dar, die sich entlang bestimmter Regelungsmaterien bewegen. Diese Regelungsmaterien werden dabei zu einem großen Teil von den Richtlinien des Gemeinschaftsrechts vorbestimmt. Zur Umsetzung dieser Richtlinien werden jeweils einzelne Spezialgesetze erlassen, die den Haupttext des Privatrechts nach und nach ergänzen, ohne jemals in ihm aufzugehen (vgl. bspw. den französischen *Code civil* und das im *Code de la consommation* enthaltene Konsumentenrecht).

Die *zweite* Möglichkeit innerhalb der Handlungsoption der Legiferierung stellt die Zusammenfassung einzelner Regelungsmaterien zu einem gemeinsamen Obertypus des Konsumentenvertrages dar. Dieser Ansatz findet sich im ersten Entwurf der *Acquis Principles*<sup>6</sup> wieder. Alle Regelungen, die das

Unternehmer-Konsumenten-Verhältnis betreffen, werden dabei ohne Unterscheidung zwischen einzelnen Konsumentenvertragstypen in einen Gesetzestext aufgenommen. Die Begriffe wie Konsument oder Unternehmer werden bei diesem Modell abstrakt und für alle Konsumsituationen gleichermaßen definiert. Dem folgend gibt es dann ein besonderes Pflichtenprogramm der beteiligten Vertragsparteien für Konsumsituationen, welches nicht nach einzelnen Konsumvertragstypen differenziert.

Die *dritte* Möglichkeit innerhalb der Handlungsoption der Legiferierung ist in einem kombinierten Ansatz von allgemeinen und besonderen Regelungen des Konsumentenvertragsrechts zu sehen. Dieser Ansatz wird von der Europäischen Kommission auch als *mixed approach* bezeichnet. Er liegt dem im Oktober 2008 vorgelegten Entwurf der Kommission für eine Rahmenrichtlinie über Konsumentenrechte<sup>7</sup> zugrunde. Der kombinierte Ansatz basiert auf der Verallgemeinerung von Regelungen, die bereits jetzt in den bestehenden Richtlinien zum Konsumentenvertragsrecht enthalten sind. Diese Regelungen werden in einem sog. horizontalen Instrument vereinigt.<sup>8</sup> Das horizontale Instrument wird damit zu einer Richtlinie, die einen Allgemeinen Teil des Konsumentenvertragsrechts bildet. Dieses horizontale Instrument wird zudem mit speziellen Regelungen ergänzt, die besondere Konsumverträge betreffen. Damit entsteht ein Besonderer Teil des Konsumentenvertragsrechts. Bei diesem Prozess ist es eine Frage der Übersichtlichkeit und Praktikabilität, ob die allgemeinen und besonderen Teile zu einem einzigen Gesetzeswerk vereinigt werden oder ob mehrere aufeinander bezugnehmende Einzelgesetze bestehen.

<sup>1</sup> Vgl. zu Sinn und Funktion einer Kodifikation *Müller-Graff*, Kodifikationsgewinn durch Inkorporation des Inhalts von Schuldrechtsrichtlinien der EG in das BGB, GPR 2009, 106, (107-112).

<sup>2</sup> Die von *von Vogel*, Verbrauchervertragsrecht im Privatrechtssystem, GPR 2005, 164, (165), vorgeschlagene Differenzierung unterscheidet in drei grundsätzliche Kategorien, wonach folgende Ansätze der Umsetzung von Konsumentenvertragsrecht denkbar seien: (1) innerhalb der allgemeinen Gesamtkodifikation, (2) in einem eigenen Konsumentenrechtsgesetzbuch oder (3) durch Verankerung in zahlreichen Sonderregelwerken.

<sup>3</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Outline Edition*, München: Sellier, 2009.

<sup>4</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein kohärentes europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan, 12. Feb. 2003, KOM (2003) 68 endg.

<sup>5</sup> *Huguenin/Hermann/Meise*, Europäisches Vertragsrecht und schweizerisches Obligationenrecht, Jusletter v. 8. Sept. 2008, Rdnrn. 15-24.

<sup>6</sup> *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, München: Sellier, 2007.

<sup>7</sup> KOM (2008) 614 endg., vgl. auch Commission staff working documents SEC (2008) 2544 und SEC (2008) 2545, beide vom 8. Okt. 2008, und *Effer-Uhe/Watson*, Der Entwurf einer horizontalen Richtlinie über Rechte der Verbraucher, GPR 2009, 7-15.

<sup>8</sup> Vgl. *Lilleholt*, Notes on the Proposal for a New Directive on Consumer Rights, European Review of Private Law, 2009, 335; *Wendehorst*, The CFR and the Review of the Acquis Communautaire, in Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der gemeinsame Referenzrahmen, 2009, S. 323, (329); *dies.*, Europäisierung des Vertragsrechts, in Heun/Lipp (Hrsg.), Europäisierung des Rechts, 2008, S. 29, (39).

## B. Europarechtliche Vorgaben für die systematische Stellung der Regelungen des Konsumentenvertragsrechts

### I. Gesetzgeberisches Handeln der Europäischen Union im Bereich des Privatrechts

Um die Wirkungen der europarechtlichen Vorgaben für das vertragliche Konsumentenrecht einzuschätzen, sind die relevanten Grundlagen der europäischen Rechtssetzung zu berücksichtigen. Die im ersten Teil dargestellten Möglichkeiten für eine Rechtssetzung im vertraglichen Konsumentenrecht werden von den europäischen Vorgaben beeinflusst. Die Freiheit eines nationalen Gesetzgebers wird durch zwingende Vorgaben des Gemeinschaftsrechts eingeschränkt. Die Maßnahmen der Europäischen Union im Bereich des vertraglichen Konsumentenrechts greifen auf das Rechtssetzungsinstrument der Richtlinie zurück. Die Kompetenz zur Rechtssetzung wird auf Art. 95 EGV gestützt.<sup>9</sup> Richtlinien sind nicht selbst unmittelbar geltendes Recht. Die Mitgliedstaaten der Union sind verpflichtet, sie in ihr nationales Recht umzusetzen.<sup>10</sup> Dies folgt aus Art. 249 Abs. 3 EGV in Verbindung mit Art. 10 EGV, wonach sich aus dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue die Pflicht der Mitgliedstaaten ergibt, die Richtlinien fristgemäß und vollständig in nationales Recht umzusetzen.<sup>11</sup>

### II. Reaktionen der Mitgliedstaaten

#### 1. Umsetzung von Richtlinien

Bei der Umsetzung der Richtlinien gilt der Grundsatz, dass das nationale Recht den Bestimmungen der Richtlinien entsprechen muss. Wie dies zu geschehen hat, ist nicht vorgeschrieben.<sup>12</sup> Die Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht braucht nicht notwendig durch besondere Maßnahmen der einzelstaatlichen Gesetzgebung zu erfolgen. Es kann auch genügen, wenn bereits bestehende Bestimmungen des nationalen Rechts richtlinien- und damit gemeinschaftrechtskonform angewendet oder ausgelegt werden. Der *EuGH* geht nämlich davon aus, dass die korrekte Umsetzung einer Richtlinienbestimmung im nationalen Recht nur unter Berücksichtigung der Auslegung durch die nationalen Gerichte zu beurteilen ist.<sup>13</sup>

Die Umsetzung durch gemeinschaftrechtskonformes Anwenden der bestehenden nationalen Regelungen hat jedoch ihre Grenzen. Die dem europäischen Recht entsprechende Rechtslage muss nämlich hinreichend bestimmt und klar sein. Es genügt nicht, wenn sich das bestehende Recht lediglich gemeinschaftrechtskonform auslegen ließe, ohne dass dies voraussehbar auch so durch die nationalen Gerichte erfolgen wird. Die Begünstigten einer gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung müssen überdies in der Lage sein, von ihren Rechten Kenntnis zu erlangen, so der *EuGH*.<sup>14</sup>

#### 2. Unmittelbare Anwendung von Richtlinien

Grundsätzlich kann – bei fehlender oder mangelhafter Umsetzung – eine Richtlinie unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbar anwendbar sein.<sup>15</sup> Eine Belastung des Einzelnen durch eine unmittelbare Wirkung einer Richtlinie ist jedoch ausgeschlossen.<sup>16</sup> Privatrechtliche Normen des Konsumentenrechts würden Ansprüche (z. B. Kündigungsrechte, besondere

Rechtsbehelfe bei Vertragsverletzungen, etc.) vorsehen. Diese Ansprüche würden den Anspruchsgegner belasten. Daher ist eine direkte Wirkung (horizontale Drittwirkung) von Richtlinien im vertraglichen Konsumentenrecht, wie im Privatrecht insgesamt, von vorneherein ausgeschlossen.

#### 3. Überschießende Umsetzung

Im Hinblick auf die Übernahme von Gemeinschaftsrecht ist aber auch das Phänomen der sog. überschießenden Umsetzung im nationalen Recht festzustellen. Eine überschießende Umsetzung von Gemeinschaftsrecht liegt vor, wenn nationales Recht den europarechtlichen Vorgaben angepasst wird, obgleich es hierzu keine Pflicht der Mitgliedstaaten gibt.<sup>17</sup>

Die überschießende Umsetzung von Gemeinschaftsrecht wirft die wichtige Frage auf, ob eine einheitliche europarechtskonforme Auslegung in allen Fällen, also auch in denjenigen, die nicht von einer entsprechenden Verpflichtung gemäß einer Richtlinie erfasst sind, stattfinden muss. Eine einheitliche Auslegung sei aus Gründen der Gleichbehandlung auch für Rechtsgeschäfte sachgerecht, die nicht unter die europarechtlichen Vorgaben fielen.<sup>18</sup> Darüberhinaus wäre eine gespaltene Auslegung ein und derselben Norm bedenklich. Ein nationaler Gesetzgeber, der dieselben Regelungen auch für weitere Sachverhalte setzt, wird zudem wollen, dass eine einheitliche, europarechtskonforme Auslegung für alle Sachverhalte gilt.<sup>19</sup> Der *EuGH* entscheidet im übrigen auch in Fällen der überschießenden Umsetzung von Gemeinschafts-

<sup>9</sup> Vgl. für eine Ausnahme die Verordnung 261/2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen, die allerdings auf die Rechtsgrundlage in Art. 80 Abs. 2 EGV gestützt ist; hierzu *Lienhard*, Europäisches Schuldrecht für den Flugverkehr, GPR 2003-4, 259-266.

<sup>10</sup> Vgl. *Buergenthal/Murphy*, Public International Law, 4. Aufl. 2007, S. 63.

<sup>11</sup> Vgl. *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, 8. Aufl., 2009, S. 6 Rdnrn. 32 ff.

<sup>12</sup> Vgl. *Buergenthal/Murphy*, a. a. O.; *Riehm*, Die überschüssende Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht, JZ 2006, 1035, (1037).

<sup>13</sup> Vgl. *EuGH v. 29.5.1997* – Rs. C-300/95, Kommission gegen Vereinigtes Königreich, Slg. 1997, S. I-2649, Rdnrn. 37 f.; *Heiderhoff*, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts, 2004, S. 43.

<sup>14</sup> *EuGH v. 10.5.2001* – Rs. C-144/99, Kommission gegen die Niederlande, Slg. 2001, S. I-3541, Rdnrn. 17 f.

<sup>15</sup> Vgl. *EuGH v. 19.1.1982* – Rs. C-8/81, Becker gegen Finanzamt Münster-Innenstadt, Slg. 1982, S. 53, Rdnrn. 21 ff.

<sup>16</sup> *EuGH v. 7.3.1996* – Rs. C-192/94, Corte Inglés, Slg. 1996, S. I-1281, Rdnrn. 15 ff.; vgl. auch *Weyer*, Unanwendbarkeit gemeinschaftswidriger nationaler Normen im Privatrechtsverhältnis, GPR 2003-4, 226-233.

<sup>17</sup> *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, 2006, S. 25; *Höpfner/Rüthers*, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 209 (2009), S. 1, (28 ff.); *Habersack/Mayer*, Die Problematik der überschießenden Umsetzung, in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 2006, S. 334.

<sup>18</sup> *BGH v. 9.4.2002*, NJW 2002, 1881, (1884).

<sup>19</sup> *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, 2. Aufl., 2007, S. 56 f.; *Jäger*, a. a. O., S. 96 ff.

recht.<sup>20</sup> Die Erwägungen zur einheitlichen Auslegung dürften jedoch nur dann maßgebend sein, wenn eine zweifelhafte Auslegungsfrage zulasten des Konsumenten entschieden werden soll. Zugunsten des Konsumenten stellt sich die Frage der europarechtskonformen Auslegung dann nicht, wenn nach der Richtlinie ein höherer bzw. ein besserer nationaler Schutzstandard zugelassen wird. Im Falle einer vollständigen Harmonisierung, bei der ein Abweichen von den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben gar nicht zugelassen ist, besteht von vorneherein kein Spielraum für ein Abweichen von der europarechtskonformen Auslegung (siehe z. B. Art. 22 Abs. 1 der Richtlinie 2008/48/EG – Verbraucherkreditrichtlinie).

### III. Mögliche Reaktionen von Nicht-Mitgliedstaaten – die Beispiele Türkei und Schweiz

Auch Nicht-Mitgliedstaaten zeigen Reaktionen auf das gesetzgeberische Handeln der Europäischen Union. Diese Reaktionen sind jedoch unterschiedlich intensiv. Die Türkei z. B. strebt die Mitgliedschaft in der Europäischen Union an. Daher ist es erforderlich, dass das innerstaatliche Recht zum Zeitpunkt des Beitritts die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts erfüllt. Die Türkei wird deshalb das bestehende Gemeinschaftsrecht, und hierzu gehört auch das Vertragsrecht, in ihrer Rechtsordnung umsetzen müssen.

Die Schweiz dagegen möchte derzeit nicht Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft werden. Allerdings wirkt das Gemeinschaftsrecht auch auf die Schweiz ein. Zum einen kann es nämlich in Betracht kommen, dass eine bestimmte nationale Regelung unter dem Eindruck von Gemeinschaftsrecht nicht mehr überzeugend begründet werden kann. Und zum zweiten kann die Veränderung des rechtstatsächlichen Umfeldes der Schweiz dazu führen, Nachteile für Wettbewerber, die in oder aus der Schweiz agieren, durch eine Angleichung an das Gemeinschaftsrecht zu beseitigen.<sup>21</sup> Die Schweiz hat bereits eine gewisse Sonderstellung von einzelnen Bereichen des Privatrechts geschaffen. Dabei handelt es sich um diejenigen Bereiche, in denen Regelungen gemeinschaftsrechtlichen Ursprungs im Wege des sog. autonomen Nachvollzugs in Geltung gesetzt wurden. Gemäß der Rechtsprechung des schweizerischen *Bundesgerichts*,<sup>22</sup> wonach nachvollzogenes Binnenrecht der Schweiz im Zweifel europarechtskonform auszulegen ist,<sup>23</sup> kommt es in Betracht, auch Gemeinschaftsrecht bei der Auslegung des nachvollzogenen Rechts zu berücksichtigen.<sup>24</sup> Zudem kann es für die Schweiz in weiteren Teilbereichen des Privatrechts durchaus sinnvoll sein, durch vereinheitlichte oder nahezu übereinstimmende Regelungen eine EU-Binnenmarkt fördernde Wirkung anzustreben.<sup>25</sup> Hierbei ist grundsätzlich anerkannt, dass dies durch die (teilweise) Angleichung gerade von privatrechtlichen Regelungen erreicht werden kann. Damit lassen sich möglicherweise bestehende Drittlandnachteile der Schweiz gegenüber den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu einem gewissen Grad ausgleichen oder zumindest abmildern.

### IV. Regelungsmethodik für die nationalen Gesetzgeber

Für die nationale Gesetzgebung muss gefragt werden, ob sich aus dem Gemeinschaftsprivatrecht Folgerungen für die nationale Gesetzgebung zum vertraglichen Konsumentenrecht ab-

leiten lassen. In systematischer Hinsicht sind mindestens die folgenden drei Fragen zu beantworten:

1. Bedarf es überhaupt eines Konsumentenvertragsrechts oder braucht es gar kein besonderes Vertragsrecht für Konsumenten?

2. Sollte vertragliches Konsumentenrecht – sofern bei der ersten Frage die Notwendigkeit besonderen Rechts für Konsumenten bejaht wird – durch Spezialgesetzgebung oder durch eine einheitliche Kodifikation für das gesamte Vertragsrecht geregelt werden?

3. Sollte vertragliches Konsumentenrecht in Gestalt spezieller Konsumvertragstypen oder durch ein allgemeines Konsumvertragsrecht geregelt werden?

#### 1. Besonderes Recht für Konsumenten?

Bereits die gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Richtlinien zum vertraglichen Konsumentenrecht zeigt, dass es eines besonderen Konsumentenvertragsrechts in den Mitgliedstaaten der EU bedarf. Der vollständige Verzicht auf besondere Regelungen des vertraglichen Konsumentenrechts ist nicht mehr möglich. Die Rechtslage in den einzelnen Mitgliedstaaten zum vertraglichen Konsumentenrecht muss nämlich hinreichend bestimmt und klar sein (siehe oben, II.1.). Die an einem Rechtsgeschäft beteiligten Parteien müssen den gesetzlichen Regelungen entnehmen können, welche Rechte ihnen zustehen oder welche Pflichten sie zu beachten haben. Daher kann festgestellt werden, dass im nationalen Recht ein Konsumentenvertragsrecht wegen der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten zwingend erforderlich ist.

#### 2. Spezialgesetzgebung oder einheitliche Kodifikation?

##### a) Keine Verpflichtung hinsichtlich der Art der Umsetzung von Richtlinien

Ob es einer Spezialgesetzgebung für das Konsumentenvertragsrecht bedarf oder ob der Weg einer umfassenden Kodifikation für alle Rechtsgeschäfte gewählt werden kann, lässt sich nicht allein aus den Vorgaben des Gemeinschaftsprivatrechts beantworten. Wie die Vorgaben der Richtlinien in den

<sup>20</sup> Vgl. *EuGH v. 23.3.2000* – Rs. C-208/98, Berliner Kindl, Slg. 2000, S. I-1741; *Jäger*, a. a. O., S. 201 ff. und 223.

<sup>21</sup> Vgl. *Gundel*, DVBl. 2007, 269, (275 ff.).

<sup>22</sup> *BGerv. 25.3.2003*, BGE 129 III 335; v. 26.11.2003, BGE 130 III 182, (190); v. 5.8.2005, BGE 132 III 32, (37)=Pr. 96 [2006], Nr. 81.

<sup>23</sup> Dazu kritisch *Cottier/Diebold*, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, in *Jusletter v. 2. Feb. 2009*, Rdnrn. 8-14, und *Huguenin/Hermann*, Europäisches Vertragsrecht und Obligationenrecht – Herausforderungen für die schweizerische Zivilrechtswissenschaft, in *Remien* (Hrsg.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht*, 2008, S. 279, (285-293).

<sup>24</sup> Vgl. *Huguenin/Hermann*, *Vertragsrecht*, in *Wirtschaftsrecht Schweiz – EG, Überblick und Kommentar*, 2007, S. 162, (165 f.).

<sup>25</sup> Vgl. *Cottier/Diebold*, a. a. O., Rdnrn. 4-7; *Schnyder*, *Europäische Privatrechtsharmonisierung und die Schweiz*, in *Furrer* (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, 2006, S. 189, (195); *Probst*, *Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das schweizerische Privatrecht*, in *Werro/Probst* (Hrsg.), *Das schweizerische Privatrecht im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts*, 2004, 13, (23).

nationalen Rechtsordnungen umgesetzt werden, bleibt den Mitgliedstaaten selbst überlassen (siehe oben, II.1.). Aufgrund des Gemeinschaftsrechts besteht dabei weder eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Schaffung von Spezialgesetzgebung noch eine Verpflichtung zur Regelung der Materien in einer einheitlichen Kodifikation. Die nationalen Gesetzgeber sind diesbezüglich frei.

### b) *Folgerungen für die nationale Gesetzgebung*

Für die Praxis der Gesetzgebung in den Mitgliedstaaten können jedoch aus den Regelungen der einzelnen Richtlinien im Zusammenspiel mit dem bereits vorhandenen nationalen Privatrecht gleichwohl Folgerungen gezogen werden. Wenn es nämlich darum geht, die Privatrechtsordnungen der Mitgliedstaaten logisch und benutzerfreundlich zu gliedern, sind auch die europäischen Vorgaben von entscheidender Bedeutung. Es sprechen gute Gründe dafür, neben dem allgemeinen Vertragsrecht in einer Spezialgesetzgebung besonderes Konsumentenvertragsrecht zu regeln:

#### aa) *Schwierige Regelungssystematik*

Zunächst ist auf die differenzierten Regelungen und Regelungssystematiken hinzuweisen, die in den Richtlinien enthalten sind. Dies lässt sich meist nur schwierig in bereits bestehendes Vertragsrecht der Mitgliedstaaten inkorporieren.<sup>26</sup> Hinsichtlich einer sehr detaillierten Regelung ist beispielsweise auf die neue Verbraucherkreditrichtlinie<sup>27</sup> (VKRL) hinzuweisen. Hierin wird in Art. 2 Abs. 1 definiert, dass die Richtlinie für Kreditverträge gilt. In den nachfolgenden Absätzen wird geregelt, in welchen Fällen die Richtlinie entweder vollständig unanwendbar bleibt bzw. lediglich bestimmte Regelungen dieser Richtlinie anzuwenden sind. Dieses Regelungssystem bei der allgemeinen Regelung im Vertragsrecht einzufügen, scheint nahezu unmöglich. Den Rechtsanwendern wird dann weit weniger klar sein, wann die Richtlinie gilt und wann es bei den allgemeinen Vertragsregelungen der einzelstaatlichen Privatrechtsordnungen bleibt. Dies fördert weder den Schutz der Konsumenten, noch dient es der Sicherheit und der Transparenz des Rechtsverkehrs bei (internationalen) Handelsgeschäften.<sup>28</sup> Bei der Reform des BGB wurde dementsprechend gar nicht erst versucht, das Darlehensrecht einheitlich zu regeln. Es existieren nunmehr zwei Regelungskomplexe. Zum einen gibt es den Darlehensvertrag nach § 488 BGB, zum anderen den Sachdarlehensvertrag nach § 607 BGB. Gleiches gilt für den Kauf, der sich in „Kauf“ und „Verbrauchsgüterkauf“ aufteilt.<sup>29</sup>

#### bb) *Gesetzgebungsziele des Gemeinschaftsrechts und des nationalen Rechts*

Abgesehen von diesen sehr gesetzgebungspraktischen Erwägungen sprechen auch die unterschiedlichen und oft zueinander konträren Gesetzgebungsziele des Gemeinschaftsrechts auf der einen Seite und des rein nationalen Rechts auf der anderen Seite für eine Trennung von Vertragsrecht und Konsumentenvertragsrecht. Denn allgemeines Vertragsrecht und spezielles, vom Gemeinschaftsrecht geprägtes, Konsumentenrecht folgen eigentlich immer unterschiedlichen Ziel- oder Schutzrichtungen. Diese sind oft nicht miteinander zu vereinbaren oder jedenfalls nicht hinreichend kohärent aufeinander abzustimmen. Gleiches gilt im Übrigen auch für die jeweils

benutzte Terminologie. Die Ziel- und Schutzrichtungen sowie die Terminologie bestimmen allerdings die Rechtsanwendung im Einzelfall und die Auslegung eines Gesetzes. Je nach dem, welchem zugrunde liegenden Prinzip oder welcher Interpretation man rechtmethodisch folgt, gelangt man zu unterschiedlichen Ergebnissen.

Das nationale Vertragsrecht ist u. a. geprägt vom Prinzip der Vertragsautonomie. Spezielle Ausprägungen der Vertragsautonomie stellen dabei die Freiheit, die Vertragspartner frei wählen zu können, oder den Inhalt der Verträge frei bestimmen zu können, dar. Dadurch können Verpflichtungen oder Berechtigungen gegenüber anderen Personen geschaffen werden, die eine strikte Bindungswirkung entfalten. Diese Freiheiten sollen soweit als vertretbar frei von Eingriffen im öffentlichen Interesse bleiben. Neben der allgemeinen Vertragsautonomie sind in den nationalen Vertragsrechtsordnungen aber auch besondere Regelungen für Vertragsverhältnisse, in denen von einem Gefälle zwischen den Parteien ausgegangen wird, vorgesehen. Solche Regelungen beschränken und begrenzen die Vertragsautonomie. Dies geschieht, meist maßgeschneidert für einzelne Vertragstypen, also durch Spezialregelungen. Aber auch allgemeine Prinzipien können einem schwächeren Vertragspartner zur Seite stehen (bspw. die aus dem Prinzip von Treu und Glauben fließenden Grundsätze).

Das Europäische Privatrecht ist dagegen in seiner ganzen Struktur, sowie in seiner Zielsetzung und in seinen Prinzipien so anders als die einzelstaatlichen Privatrechtsordnungen, dass nicht in Parallelen gedacht werden kann.<sup>30</sup> An dieser Stelle ist an den ursprünglichen Ansatz des gemeinschaftsrechtlichen Konsumentenschutzes zu erinnern. Er hat seine Wurzeln bei der Gewährleistung der Marktfreiheiten, insbesondere der Warenverkehrsfreiheit.<sup>31</sup> Zudem ist stets die begrenzte Regelungskompetenz der Gemeinschaft zu berücksichtigen: Diese darf nur in den Bereichen gesetzgeberisch tätig sein, in denen ihr diese Kompetenz ausdrücklich zugewiesen ist (vgl. Art. 5 Unterabs. 1 EGV). Das Gemeinschaftsprivatrecht dient in erster Linie der Förderung des Binnenmarktes und der Stärkung des Wettbewerbes. Durch das Gemeinschaftsprivatrecht soll, einerseits, ein hohes Schutzniveau für den Konsumenten gewährleisten werden (Art. 153 EGV). Andererseits soll es dazu beitragen, den Europäischen Binnenmarkt auszubauen bzw. die rechtlichen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die Unternehmer und Konsumenten ihn tatsächlich zu ihrem Vorteil nutzen können. Auf diesen Überlegungen beruhen die Richtlinien zum Gemeinschaftsprivatrecht. So heißt es beispielsweise in der sechsten Begründungserwägung der Richtlinie 1993/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen:

<sup>26</sup> Allerdings weist *Müller-Graff*, GPR 2009, 106, (119), darauf hin, dass bspw. das deutsche BGB ein Angebot mache, wie die Richtlinienbestimmungen aus der Logik eines gereiften Systems bürgerlichen Rechts konzeptionsgeleitet systematisiert werden könnten.

<sup>27</sup> Richtlinie 2008/48/EG v. 23. April 2008.

<sup>28</sup> Vgl. auch *Wendehorst*, Europäisierung des Vertragsrechts, in Heun/Lipp (Hrsg.), Europäisierung des Rechts, 2008, S. 29, (33 f.).

<sup>29</sup> Vgl. hierzu bspw. auch *Mörsdorf*, Die verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers für Ein- und Ausbaurkosten des Käufers im Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, GPR 2009, 134–140.

<sup>30</sup> *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, 2. Aufl., 2007, S. 70.

<sup>31</sup> Vgl. *Gormley*, *The Consumer Acquis and the Internal Market*, European Business Law Review 2009, 409.

„Um die Errichtung des Binnenmarktes zu erleichtern und den Bürger in seiner Rolle als Verbraucher beim Kauf von Waren und Dienstleistungen mittels Verträgen zu schützen, für die die Rechtsvorschriften anderer Mitgliedstaaten gelten, ist es von Bedeutung, missbräuchliche Klauseln aus diesen Verträgen zu entfernen.“

Und in der achten Begründungserwägung dieser Richtlinie heißt es weiter:

„Dieser Schutz sollte durch Rechtsvorschriften gewährleistet werden, die gemeinschaftsweit harmonisiert sind oder unmittelbar auf dieser Ebene erlassen werden.“

Solche Hinweise sind auch in der dritten Begründungserwägung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen zu finden:

„Gemeinsame Regeln für Pauschalreisen werden zur Beseitigung dieser Hindernisse und somit zur Verwirklichung eines gemeinsamen Dienstleistungsmarktes beitragen. Die in einem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen des Reisegewerbes werden ihre Dienstleistungen infolgedessen in anderen Mitgliedstaaten anbieten können, und die Verbraucher in der Gemeinschaft erhalten die Möglichkeit, in sämtlichen Mitgliedstaaten Pauschalreisen zu vergleichbaren Bedingungen zu buchen.“

Die Erwägung, allgemeines Vertragsrecht von speziellem Konsumentenvertragsrecht zu trennen, kann somit auch als Verwässerungsschutz für unterschiedliche Gesetzgebungsziele verstanden werden.<sup>32</sup> Der Verwässerungsschutz für Gesetzgebungsziele findet auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene seinen Ausdruck gerade auch durch die neuere Tendenz der vollständigen Harmonisierung durch Richtlinien.<sup>33</sup> Das Ziel dieser vollständigen Harmonisierung ist es, neben den positiven Effekten, die man sich für den Konsumentenschutz und das Vertrauen der Konsumenten in den Markt verspricht, keine Wettbewerbsverzerrung durch unterschiedliche Privatrechtsregelungen zu erzeugen.<sup>34</sup> Ein Beispiel für die Tendenz zur vollständigen Harmonisierung ist Art. 22 Abs. 1 VKRL:

„Soweit diese Richtlinie harmonisierte Vorschriften enthält, dürfen die Mitgliedstaaten keine Bestimmungen in ihrem innerstaatlichen Recht aufrechterhalten oder einführen, die von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichen.“

Diese Entwicklung findet ihre Bestätigung in Art. 4 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie über Konsumentenrechte:<sup>35</sup>

„Die Mitgliedstaaten dürfen keine von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften aufrechterhalten oder einführen; dies gilt auch für strengere oder weniger strenge Rechtsvorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus.“

Die Trennung des allgemeinen Vertragsrechts von speziellem Konsumentenrecht dürfte sich daher insbesondere auch bei der Verwirklichung von Gesetzgebungszielen bewähren, die nicht aus dem Gemeinschaftsrecht sondern aus dem einzelstaatlichen Recht kommen. Sollen im allgemeinen Vertragsrecht besondere sozialstaatliche Aspekte (z. B. soziales Miet-, Darlehens- oder Bürgschaftsrecht) oder besonders marktliberale Ansätze verwirklicht werden, können unnötige europarechtliche Einflüsse stören. Handelt es sich nämlich im nationalen Recht um eine überschießende Umsetzung Europäischen Rechts, wird auch dieses überschießend umgesetzte Recht europarechtskonform ausgelegt (siehe oben, II.3.). Dann kann es jedoch dazu kommen, dass nationale Gesetzgebungsziele, die dem Gemeinschaftsprivatrecht fremd sind, unbeachtet bleiben, denn das Gemeinschaftsprivatrecht dient ja in erster Linie

der Förderung des Binnenmarktes und des Wettbewerbes durch gemeinschaftsweit harmonisiertes Recht.<sup>36</sup> Nationale Gesetzgebungsziele können nur dann ausnahmsweise berücksichtigt werden, wenn eine Regelung in einer Richtlinie eine Verweisung auf die Anwendung rein einzelstaatlichen Rechts enthält.<sup>37</sup>

### cc) Zusammenfassung der Konsequenzen

Um die Flexibilität in der einzelstaatlichen Gesetzgebung zu bewahren und vor nicht erwünschten Einflüssen schützen zu können, sollten daher die Bereiche des allgemeinen Vertragsrechts vom besonderen Konsumentenrecht getrennt werden. Jeder nationale Gesetzgeber muss sich gut überlegen, ob er Bereiche freiwillig in den gemeinschaftsrechtlich beeinflussten Bereich überführen will oder nicht. Der *EuGH* wird nämlich nur den gemeinschaftsrechtseigenen Zielvorstellungen zur Geltung verhelfen. Die übrigen nationalstaatlichen Vorstellungen bleiben bei einer Auslegung überschießenden Rechts unbeachtet. Dies folgt schon daraus, dass die Auslegungsmethodik des *EuGH* maßgeblich von den Gründungsverträgen der Gemeinschaft bestimmt wird.<sup>38</sup> Zudem sind seine Rechtsprechungsbefugnisse aufgrund der verbliebenen Souveränität der Mitgliedstaaten der Europäischen Union eingeschränkt. Der *Gerichtshof* darf nicht in unzulässiger Weise über die Kompetenzen der Europäischen Gesetzgebung – hier gilt das Prinzip der enumerativen Einzelermächtigung (siehe oben, bb) – hinausgehen.<sup>39</sup>

Was in das allgemeine Vertragsrecht aufgenommen wird und was im speziellen Konsumentenrecht verankert wird, bleibt in gewissem Maße von der Einschätzung des nationalen Gesetzgebers abhängig. Sind Regelungen, die ihren Ursprung in gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zum Konsumentenrecht haben, für alle Rechtsgeschäfte zu verallgemeinern,

<sup>32</sup> Siehe auch *Howells*, Consumer Concepts for a European Code?, in Schulze (Hrsg.), *New Features in Contract Law*, 2007, S. 119, wonach der Konsumentenschutz verwässert würde, wenn Konsumentenrecht für das gesamte Vertragsrecht verallgemeinert wird.

<sup>33</sup> Vgl. hierzu *Mak*, Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonization?, *European Review of Private Law* 2009, S. 55-73; *Gsell/Schellhase*, Vollharmonisiertes Verbraucherkreditrecht als Vorbild?, *JZ* 2009, 20, (26 f.); *Reifner*, Die weitere Deregulierung des Verbraucherkredites, *Kritische Justiz* 2009, 132-147; *Tonner/Tamm*, Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher, *JZ* 2009, 277, (282 ff.); *Jud/Wendehorst*, Proposal for a Directive on Consumer Rights – an Academic Position Paper, *GPR* 2009, 68, (70 f.); *Schinkels*, Zu den Auswirkungen des Vollharmonisierungskonzepts der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen auf nationale Umsetzungsspielräume, *GPR* 2005, 109-114.

<sup>34</sup> Vgl. Nrn. 6-8 der Begründungserwägungen der von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Richtlinie über Konsumentenrechte, KOM (2008) 614 endg.; *Lilleholt*, a. a. O., S. 336.

<sup>35</sup> KOM (2008) 614 endg.

<sup>36</sup> Vgl. auch *Wilhelmsson*, *ZEuP* 2008, 225, (226 ff.), der auf die chaotische rechtliche Situation hinweist, die entstehen werde, wenn weite Bereiche des Konsumentenvertragsrechts, ohne eine ähnliche Harmonisierung des allgemeinen Vertragsrechts, harmonisiert würden.

<sup>37</sup> Vgl. *Gsell/Schellhase*, a. a. O., S. 24; *Riehm/Schreindorfer*, Das Harmonisierungskonzept der neuen Verbraucherkreditrichtlinie, *GPR* 2008, 244, (246 f.).

<sup>38</sup> *Höpfner/Rüthers*, a. a. O., S. 8.

<sup>39</sup> *Höpfner/Rüthers*, a. a. O., S. 8 f.

müssen sie in das allgemeine Vertragsrecht eingefügt werden. So ist die Richtlinie 93/13/EWG (Klauselrichtlinie) nach Gemeinschaftsrecht nur auf Konsumentenverträge anzuwenden. Nach deutschem Recht z. B. gelten die Regelungen dieser Richtlinie für alle Rechtsgeschäfte. In solch einem Fall muss die Regelung konsequenterweise auch im allgemeinen Vertragsrecht erfolgen.

### 3. Konsumvertragstypen oder Allgemeines Konsumentenvertragsrecht?

Für die Überarbeitung des Konsumentenvertragsrechts der Europäischen Union soll nach einem sog. *mixed approach* vorgegangen werden. Bei diesem von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Ansatz sollen im Konsumentenvertragsrecht ein horizontales Instrument, welches jene Aspekte regelt, die verschiedene Richtlinien gemeinsam aufweisen („Rahmenrichtlinie“), und sektorielle Richtlinien für spezielle Regelungen kombiniert werden.<sup>40</sup> Dieser kombinierte Ansatz im Konsumentenvertragsrecht wurde von der Kommission bereits im Grünbuch vom 8. Februar 2007 zur Überprüfung des Verbraucherschutzes<sup>41</sup> angedeutet.

Am 8. Oktober 2008 hat die Europäische Kommission ihren Vorschlag für eine Rahmenrichtlinie vorgelegt.<sup>42</sup> Aus europäischer Sicht dürfte es damit sowohl ein Allgemeines Konsumentenvertragsrecht als auch einzelne (sektorielle) Konsumvertragstypen geben. Entscheidet man sich für eine Trennung von Konsumentenrecht und allgemeinem Vertragsrecht, wird es gesetzgeberisch sinnvoll sein, die Struktur des horizontalen Instruments in Kombination mit sektoriellen Regelungen grundsätzlich beizubehalten. Ob die Rahmenrichtlinie allerdings stets die richtigen Entscheidungen für die Vorgaben des vertraglichen Konsumentenrechts trifft, ist eine andere Frage, die mit der Gesetzgebungssystematik grundsätzlich nichts zu tun hat.

## C. Rechtsvergleichender Überblick über die Entstehungsgeschichte nationaler Gesetzgebung im Konsumentenvertragsrecht

Die Wahl der gesetzessystematischen Positionierung eines Konsumentenvertragsrechts im Rahmen nationalen Privatrechts scheint zu einem bedeutenden Teil politisch geprägt zu sein. Allerdings könnte nationales Privatrecht aufgrund seines legislativen Hintergrunds für bestimmte der im ersten Teil (A.) diskutierten Optionen prädisponiert sein. Um diese Fragen zu klären ist es nützlich, bezüglich ausgewählter nationaler Privatrechtsordnungen, einen Überblick über die *Entstehungsgeschichte* der nationalen Gesetzgebung im Konsumentenvertragsrecht ab den 1970er Jahren zu gewinnen. Der Focus der Untersuchungen wird dabei (I.) auf wichtige kontinentaleuropäische Privatrechtsordnungen (Deutschland, Frankreich und Italien) gelegt, da es in diesen Rechtsordnungen eine umfassende Vertragsgesetzgebung gibt.<sup>43</sup> Anschließend wird (II.) ein Überblick über den Stand des Konsumentenvertragsrechts der Nichtmitglieder Türkei und Schweiz gegeben.

## I. Legislativer Hintergrund in Deutschland, Italien und Frankreich

### 1. Deutschland

#### a) Vor Umsetzung der europäischen Richtlinien

Vor Umsetzung der europäischen Richtlinien war das deutsche Konsumentenvertragsrecht durch ein geringes Schutzniveau charakterisiert: es gab weder ein generelles Widerrufsrecht noch detaillierte Informationspflichten im Bereich von Haustürgeschäften, Fernabsatzkäufen und Teilzeitnutzungsverträgen. Zudem erloschen Kaufgewährleistungsrechte nach einer sechsmonatigen Frist oder konnten ausgeschlossen oder beschränkt werden.<sup>44</sup> Das deutsche Konsumentenvertragsrecht war überdies durch einen breiten Anwendungsbereich charakterisiert. Der Konsument kam nur indirekt in den Genuss von ihm schützenden Normen. Beispielsweise war das Gesetz über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von 1976 (AGB-Gesetz) nicht auf den Konsumenten beschränkt und schützte grundsätzlich alle natürlichen und juristischen Personen.<sup>45</sup> Vor Geltung des AGB-Gesetzes wurden die Regelungen über AGB aus dem in § 242 BGB verankerten Grundsatz von Treu und Glauben weiterentwickelt.

#### b) Umsetzung der europäischen Richtlinien

Ab den 1980er Jahren hat Deutschland die europäischen Richtlinien durch unterschiedliche Methoden umgesetzt: durch Änderungen der bestehenden Regelungen, wie die Bestimmungen über Pauschalreisen und über missbräuchliche Klauseln,<sup>46</sup> oder durch Erlass von eigenständigen Spezialgesetzen, etwa dem Gesetz über Teilzeitnutzungsrechte oder dem Fernabsatzgesetz. Bei Umsetzung der Richtlinie 97/7/EG (Fernabsatzrichtlinie) hat der deutsche Gesetzgeber allerdings nicht nur ein eigenständiges Spezialgesetz verabschiedet, sondern auch zentrale Strukturelemente des Konsumentenrechts im BGB standardisiert. Zudem hat er Vorschriften geschaffen, die auf alle Konsumentenverträge anwendbar sind. Dies gilt beispielsweise für die einheitliche Definition des Verbrauchers (§ 13 BGB) und Unternehmers (§ 14 BGB) oder allgemeine Vorschriften über das Verbraucherwiderrufsrecht (nunmehr in § 355 und § 356 BGB enthalten).<sup>47</sup>

<sup>40</sup> Vgl. Legislativ- und Arbeitsprogramm der Kommission für 2008 v. 23. Okt. 2007, KOM (2007) 640 endg., S. 34 und 43.

<sup>41</sup> KOM (2006) 744 endg.

<sup>42</sup> KOM (2008) 614 endg., vgl. auch Commission staff working documents SEC (2008) 2544 und SEC (2008) 2545, beides v. 8. Okt. 2008, sowie *Jud/Wendehorst*, Proposal for a Directive on Consumer Rights – an Academic Position Paper, GPR 2009, 68.

<sup>43</sup> Für einen Überblick über die Umsetzung des Konsumentenrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union siehe *Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers* (Hrsg.), *EC Consumer Law Compendium*, 2008.

<sup>44</sup> *Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers*, a. a. O., S. 32.

<sup>45</sup> *Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers*, a. a. O.

<sup>46</sup> Umgesetzt 1996 durch Änderung des bereits existierenden AGB-Gesetzes von 1976.

<sup>47</sup> Vgl. *Wendehorst*, Europäisierung des Vertragsrechts, in Heun/Lipp (Hrsg.), *Europäisierung des Rechts*, 2008, S. 29, (31–32); *Micklitz*, in *Rebmann/Säcker/Rixecker* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. 2006, Vorbem. zu §§ 13, 14, Rdnrn. 15 ff.

c) *Die Reform von 2001*

Im Jahre 2001, anlässlich der Umsetzung der Richtlinie 99/44/EG (Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter), wurde das BGB in wichtigen Teilen vollständig reformiert.<sup>48</sup> Über die Umsetzung dieser Richtlinie hinaus gab es Änderungen des allgemeinen Privatrechts (Änderungen von ca. 150 Bestimmungen und Integration von Rechtsprechungsinstitutionen wie der culpa in contrahendo oder der positiven Forderungsverletzung).<sup>49</sup> Im Konsumentenrecht hat der Gesetzgeber im Rahmen der Umsetzung neuer Richtlinien<sup>50</sup> bereits bestehende Spezialgesetze,<sup>51</sup> die ihrerseits zum Teil auch auf vorangegangener Richtlinienumsetzung basierten, in das BGB integriert. Hierbei wurden einheitliche Vorschriften über das Widerrufsrecht sowie über verbundene Verträge geschaffen.<sup>52</sup> Zudem hat er sich für eine überschießende Umsetzung der Richtlinie 99/44/EG entschieden: die Regelungen wurden auf alle Kaufverträge ausgedehnt, unabhängig davon, ob ein Konsument involviert ist.<sup>53</sup> Diese Reform zeigt den Willen des deutschen Gesetzgebers, das spezielle Konsumentenrecht in das allgemeine Privatrecht einzugliedern.

d) *Zusammenfassung*

Vor Umsetzung der Richtlinien konnte man ein geringes Schutzniveau für den Konsumenten beobachten. Regelungen mit konsumentenschützender Wirkung galten grundsätzlich für alle Rechtsgeschäfte (vgl. AGB-Gesetz). In Umsetzung der Richtlinien wurden in Deutschland zunächst eigenständige Spezialgesetze geschaffen sowie zentrale Strukturelemente des Konsumentenrechts im BGB standardisiert. Mit der Reform des BGB wurden schließlich die Regelungen des Konsumentenvertragsrechts in das allgemeine Vertragsrecht integriert. Infolgedessen stellt sich die Frage des Verhältnisses des Konsumentenvertragsrechts zum allgemeinen Vertragsrecht. Jedenfalls ist festzustellen, dass die formale Gleichstellung der Vertragspartner und die Vertragsfreiheit nicht mehr die einzigen Parameter des Schuldrechts sind. Insbesondere treten zahlreiche vorvertragliche Pflichten, namentlich Informationspflichten, hinzu.<sup>54</sup>

2. *Italien*a) *Vor Umsetzung der europäischen Richtlinien*

Vor Umsetzung der europäischen Richtlinien gab es in Italien keine Konsumentenvertragsgesetze, d. h. Gesetze, die nur für Verträge zwischen einem Konsumenten und einem Unternehmer galten.<sup>55</sup> Die italienische Privatrechtsgesetzgebung war streng am Dogma der formalen Gleichstellung und der Privatautonomie orientiert.<sup>56</sup> Deshalb konnte es keine Debatte über die Trennung zwischen allgemeinem Vertragsrecht und Konsumentenvertragsrecht geben.

Es gab allerdings Normen, die für den Schutz des Konsumenten mittelbar interessant waren: im *Codice civile* war der Schutz des Konsumenten durch allgemeine Vertragsrechtsbestimmungen geregelt, also durch Normen, die den in einer schwächeren Stellung befindlichen Vertragspartner schützen sollten (hierzu zählten vor allem Regelungen über allgemeine Geschäftsbedingungen, Art. 1341, 1342, 1370 *Codice civile*).<sup>57</sup> Zudem enthielten gewisse Spezialgesetze auch Regelungen mit konsumentenschützender Wirkung (z. B. die Texte betref-

send den unlauteren Wettbewerb oder die Werbung für bestimmte Produkte).<sup>58</sup>

b) *Umsetzung der europäischen Richtlinien*

In einer ersten Phase wurden konsumentenschützende Bestimmungen (z. B. Haustürgeschäft, Fernabsatz) dem *Codice civile* durch Verordnungen als „ergänzende Gesetze“ beigelegt.<sup>59</sup> In einer zweiten Phase wurden die Bestimmungen, die als allgemeine rechtliche Fragen betrachtet werden (z. B. die Richtlinie 93/13/EWG über mißbräuchliche Klauseln und die Richtlinie 99/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter) in den *Codice civile* eingefügt.<sup>60</sup> Trotz dieser Einfügung in das allgemeine Privatrecht betrafen diese Bestimmungen nur die vertraglichen Verhältnisse zwischen einem Konsumenten und einem Unternehmer und stellten spezifische Regelungen von eingeschränkter Anwendbarkeit mitten im *Codice civile* dar. Jedoch wurden diese Bestimmungen im *Codice civile* an zentraler Stelle platziert<sup>61</sup> und konnten so das Vertragsrecht insgesamt beeinflussen.<sup>62</sup> Ebenso wie in Deutschland, zeigt dieses

<sup>48</sup> *Ehmann/Rust*, Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, Umsetzungsvorschläge unter Berücksichtigung des Reformentwurfs der deutschen Schuldrechtskommission, JZ 1999, 852 ff.; *Reich*, Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in das deutsche Recht, NJW 1999, 2397 ff.; *Lobinger*, Hausgemachte Systemverluste: Die deutsche Schuldrechtsreform und die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, GPR 2008, 262; zur Frage des Kodifikationsgewinns durch die Inkorporation der Richtlinien in das BGB, *Müller-Graff*, a. a. O., 112 ff.

<sup>49</sup> Für einen Überblick der Reform siehe *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring* (Hrsg.), Schuldrecht, Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadenersatzrecht und Mietrecht, 2002; *Witz*, La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations, D. 2002, Chronique, 3156 ff.; *Schley*, La grande réforme du droit des obligations en Allemagne, D. 2002, Chronique, 1738 ff.

<sup>50</sup> Z. B. Richtlinie 2000/35/EG zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, die Richtlinie 1998/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen und die Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt.

<sup>51</sup> Z. B. Spezialgesetze zum Haustürgeschäft, zum Fernabsatz, zu mißbräuchlichen Vertragsklauseln, Teilzeitnutzungsrechten und Verbraucherkreditverträgen.

<sup>52</sup> *Effer-Uhe/Watson*, a. a. O., S. 14, sprechen über eine vereinheitlichte Umsetzung des Widerrufsrechts.

<sup>53</sup> *Poillot*, Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats, 2006, S. 339.

<sup>54</sup> *Poillot*, a. a. O., S. 341.

<sup>55</sup> *Vanetti*, La protection du consommateur dans le droit privé italien, in: La protection des consommateurs, Travaux de l'Association H. Capitant, tome XXIV, S. 159 ff.; *Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers*, a. a. O., S. 44.

<sup>56</sup> *Irti*, L'età della decodificazione, 1999, S. 160; *Heeschen*, Italienisches Verbrauchervertragsrecht, eine rechtsvergleichende Analyse unter Berücksichtigung der Vorgaben des Gemeinschaftsrechts, 2007, S. 1.

<sup>57</sup> *Heeschen*, a. a. O., S. 6 ff.

<sup>58</sup> *Poillot*, a. a. O., S. 347.

<sup>59</sup> Vgl. *Alpa/Zatti*, Commentario breve al Codice civile, leggi complementari, I, 2003, et II, 2000; *Carmeli*, La réception du droit communautaire dans l'ordre juridique italien, Rev. Int. Dr. Comp. 2001, Nr. 2, S. 339 ff.

<sup>60</sup> *Poillot*, a. a. O., S. 350.

<sup>61</sup> Zur Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG fügte man ein Kapitel „Konsumentenverträge“ im Buch IV „Obligationen“ ein, und zur Umsetzung der

Vorgehen den Willen des italienischen Gesetzgebers, das Konsumentenrecht in das allgemeine Privatrecht einzugliedern.

### c) *Der Codice del Consumo von 2005*

Am 8. Oktober 2005 hat Italien ein Konsumentengesetzbuch (*Codice del consumo*) verabschiedet. Darin hat der Gesetzgeber das dem *Codice civile* entnommene Konsumentenrecht eingewoben. Sodann hat er auch verschiedene, auf mehrere Spezialgesetze verteilte Texte in diesen *Codice del consumo* aufgenommen.<sup>63</sup> Der *Codice del consumo* stellt somit einen umfangreichen Neuaufbau des allgemeinen Privatrechts dar, in welchem in einem einzigen Text alle konsumentenrechtlichen Bestimmungen versammelt sind (*refonte*). Insofern führt er auch, mindestens systematisch, zu einer Trennung zwischen dem Konsumentenrecht und dem Privatrecht. Das Ergebnis ist eine Sammlung verschiedenartiger Regelungen in einem gesonderten Gesetzbuch. Dort sind nicht nur Bestimmungen konsumentenvertragsrechtlicher Natur, sondern gleichzeitig auch Texte bezüglich irreführender Werbung, Produktsicherheit und Produkthaftung zusammengeführt.<sup>64</sup>

Angesichts der Trennung von *Codice civile* und *Codice del consumo* wurde die Ansicht geäußert, dass sich der Gesetzgeber für diesen Weg entschieden habe, um einen Einfluss des europäischen Konsumentenvertragsrechts auf das nationale Vertragsrecht und die Annäherung der beiden Bereiche zu verhindern.<sup>65</sup> Jedenfalls hat die Auslagerung der zuvor im *Codice civile* angesiedelten Regelungen in den *Codice del consumo* umfangreiche Debatten ausgelöst. Beispielsweise, so wurde vertreten, sei die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Regelungen über missbräuchliche Klauseln auf das allgemeine Vertragsrecht methodisch nun nicht mehr angezeigt.<sup>66</sup>

### d) *Zusammenfassung*

Vor der Umsetzung des Europäischen Rechts war das italienische Recht durch ein geringes Schutzniveau für den Konsumenten charakterisiert. Bei Umsetzung der Richtlinien fügte Italien zunächst Elemente des Konsumentenrechts (z. B. die Richtlinie 93/13/EWG und die Richtlinie 99/44/EG) in den *Codice civile* ein. Zu diesem Zeitpunkt war das italienische Recht durchaus mit dem deutschen Recht vergleichbar, und es war auch der Wille des Gesetzgebers zu erkennen, das Konsumentenrecht in das allgemeine Vertragsrecht einzugliedern. Jedoch beschritt Italien 2005 einen anderen Weg und erließ ein separates Konsumgesetzbuch und vollzog damit eine Art Kehrtwende (Trennung des Konsumentenrechts vom allgemeinen Privatrecht).

## 3. Frankreich

### a) *Vor Umsetzung der europäischen Richtlinien*

Vor Umsetzung der Richtlinien hatte Frankreich bereits Regeln mit einem hohen konsumentenrechtlichen Schutzniveau in sein nationales Recht integriert: Das Gesetz Nr. 73-1193 zur Stützung von Industrie und Handel<sup>67</sup> (*Loi Royer*) geht davon aus, dass beispielsweise der Handel und das Handwerk zur Verbesserung der Lebensqualität beizutragen und darum den Bedürfnissen der Konsumenten sowohl bezüglich des Preisniveaus als auch bezüglich der Qualität von Waren und Dienstleistungen zu entsprechen hätten. Zudem gab es das Gesetz Nr. 78-23 über den Schutz und die Information der Konsu-

menten von Waren und Dienstleistungen.<sup>68</sup> Dieses Gesetz zielte darauf ab, die Konsumenten vor gefährlichen oder minderwertigen Produkten, unlauterer Werbung und unlauteren Geschäftsbedingungen zu schützen. Mit dem Gesetz Nr. 78-23 wurde eine spezielle Konsumgesetz geschaffen. Dieses Gesetz enthielt auch Regelungen über ein Verwaltungskontrollsystem für unlautere Geschäftsbedingungen.<sup>69</sup> Im Hinblick auf sog. Haustürgeschäfte führte bereits das Gesetz Nr. 72-1137<sup>70</sup> Regelungen ein, die vergleichbar mit denjenigen der späteren Richtlinie 85/577 waren.<sup>71</sup>

### b) *Systematisierung durch den neuen Code de la consommation von 1993*

Der französische Gesetzgeber fasste 1993 die bestehenden Gesetze im Bereich des Konsumentenschutzes mit dem *Code de la consommation* (Gesetz Nr. 93-949)<sup>72</sup> zusammen. Die einzelnen Regelungen wurden dabei inhaltlich nicht geändert.<sup>73</sup> Geändert wurde lediglich die Gesetzesform, was jedoch eine bloße Systematisierung einzelner Gesetze in einem einzigen Regelungskörper darstellt.<sup>74</sup> Die bestehenden Spezialgesetze und die neuen europäischen Richtlinien wurden darin aufgenommen. Beispielsweise wurden die Richtlinie 85/577/EWG (in Art. L. 121-16 ff.), die Richtlinie 93/13/EWG (mit Änderung des Art. L. 132-1) und die Richtlinie 94/47/EG (in Art. L. 121-60 ff.) in den *Code de la consommation* integriert.<sup>75</sup> Durch dieses Vorgehen hat der Gesetzgeber Schritt für Schritt das Konsumentenrecht in diesen *Code* eingefügt und dadurch das allgemeine Privatrecht äußerlich unangetastet gelassen. Die Umsetzung der Richtlinie 99/44/EG, die erst im Jahre 2005 durch Art. L. 211-1 *Code de la consommation* verspätet umgesetzt wurde, löste allerdings eine Debatte bezüglich des Anwen-

Richtlinie 99/44/EG wurde Art. 1<sup>bis</sup> „Verbrauchsgüterkauf“ im Kapitel „Verkauf“ des Buchs IV eingefügt.

<sup>62</sup> *Alpa/Massio*, Les contrats de consommateurs et les modifications du Code civil italien, Rev. Int. Dr. Comp. 1997 Nr. 3, S. 629 ff.

<sup>63</sup> *Heeschen*, a. a. O., S. 36 ff.; *Poillot*, a. a. O., S. 353.

<sup>64</sup> Es gibt eine Debatte darüber, ob das Konsumentengesetzbuch ein *Code de secteur* oder eine *Codification à droit constant* ist, siehe *Poillot*, a. a. O., 353–354; *Rossi Carleo*, La codificazione di settore: il codice del consumo, Rassegna di diritto civile 2005, Nr. 3, S. 880, 895.

<sup>65</sup> *Alpa/Massio*, a. a. O., S. 650; *Poillot*, a. a. O., S. 352.

<sup>66</sup> Dafür *Palmieri*, Arriva il Codice de consumo: riorganizzazione, Il foro italiano, 2006, S. 77. Dagegen, siehe z. B., *Rossi Carleo*, La codificazione di settore: il codice del consumo, in: Rassegna di diritto civile 2005, Nr. 3, S. 880 ff.; *Alpa*, Il commento, I contratti, 2005, Nr. 11, S. 1047, 1058.

<sup>67</sup> Gesetz Nr. 73-1193 v. 27. Dez. 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, Journal Officiel de la République Française (JORF), 30. Dez. 1973, S. 14139.

<sup>68</sup> Gesetz Nr. 78-23 v. 10. Jan. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, JORF, 11. Jan. 1978, S. 301.

<sup>69</sup> *Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers*, a. a. O., S. 29.

<sup>70</sup> Gesetz Nr. 72-1137 v. 22. Dez. 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, JORF, 23. Dez. 1972, S. 13348.

<sup>71</sup> *Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers*, a. a. O.

<sup>72</sup> Gesetz Nr. 93-949 v. 26. Juli 1993 relative au code de la consommation, JORF, 27. Juli 1993, S. 10538.

<sup>73</sup> *Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers*, a. a. O.

<sup>74</sup> *Gaudemet*, La codification, ses dormes et ses fins, Revue Juridique et politique, Indépendance et coopération, 1986, S. 778.

<sup>75</sup> *Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers*, a. a. O.

dungsbereichs<sup>76</sup> und der Reform des Obligationenrechts<sup>77</sup> aus. Schließlich entschied sich der Gesetzgeber jedoch für eine Umsetzung *a minima*. Damit bekundete er erneut seinen Willen, das Konsumentenrecht vom allgemeinen Privatrecht zu trennen.<sup>78</sup>

### c) Zusammenfassung

Vor Umsetzung der Richtlinien konnte man einen hohen Konsumentenschutz in Spezialgesetzen, deren Anwendungsbereich streng auf das Verhältnis Unternehmer-Konsument beschränkt war, feststellen. Im *Code civil* gab es nur wenige Elemente des Konsumentenschutzes. Früh wurde in Frankreich ein Konsumentengesetzbuch erlassen, in dem dann auch in Umsetzung von Richtlinien Bestimmungen eingefügt wurden, statt neue, eigenständige Spezialgesetze zu erlassen oder den *Code civil* zu ergänzen. Im Gegensatz zu Italien handelt es sich in Frankreich um eine bloße Kompilation und Systematisierung diverser Gesetze.<sup>79</sup> Vergleichbar mit Italien, liegt jedoch eine Trennung zwischen dem allgemeinen Privatrecht und dem Konsumentenrecht vor.

## II. Legislativer Hintergrund des Konsumentenrechts in der Schweiz und der Türkei

### 1. Türkei

#### a) Vor Anpassung des türkischen Rechts an das Europäische Recht

Vor Anpassung des türkischen Rechts an die Regelungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts war das türkische Konsumentenrecht durch ein geringes Schutzniveau charakterisiert. Im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs gab es beispielsweise kein Recht auf Nachbesserung, die Verjährungsfrist betrug nur ein Jahr und den Käufer traf eine Untersuchungsobliegenheit.<sup>80</sup>

#### b) Anpassung an das Europäische Gemeinschaftsrecht

Mit Blick auf die vorgesehene Zollunion zwischen der Türkei und der Europäischen Union wurde im Jahre 1995 ein besonderes Verbraucherschutzgesetz (VerbSchG)<sup>81</sup> erlassen.<sup>82</sup> Wegen ihres offiziellen Status' als Beitrittskandidatin verpflichtete sich die Türkei 1999 gegenüber dem Europäischen Rat, den gesamten *acquis communautaire* zu übernehmen. Der türkische Gesetzgeber hat deshalb im Jahre 2003 das VerbSchG reformiert. Dadurch sollten Richtlinien der Europäischen Union umgesetzt sowie wichtige Änderungen durchgeführt werden.<sup>83</sup> Diese Bestimmungen wurden durch Verordnungen des Industrie- und Handelsministeriums konkretisiert.<sup>84</sup>

#### c) Zukunftsperspektiven

In den Jahren 2003–2004 wurde im Rahmen der Beitrittsverhandlungen zwischen der Europäischen Union und der Türkei festgestellt, dass das türkische Konsumentenrecht noch nicht dem Europäischen *acquis communautaire* entspricht. Hierauf wurden einige konkrete Änderungsvorschläge unterbreitet.<sup>85</sup> Von 2005–2007 führte man das sog. Twinning-Projekt zwischen dem deutschen Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz und dem türkischen

Industrie- und Handelsministerium ein, um das türkische Konsumentenrecht an das Europäische Recht anzupassen. Im Rahmen des Twinning-Projekts wurde im Jahre 2008 ein neu formuliertes Gesetz zur Revision des VerbSchG vorgeschlagen, das derzeit diskutiert wird.<sup>86</sup>

### 2. Schweiz

#### a) Die Entwicklung der Gesetzgebung zwischen 1981 und 1992

Vor den 1980er Jahren kannte die Schweiz kaum Konsumentenrecht. Im Jahre 1981 hat der Gesetzgeber eine Bestimmung in die schweizerische Bundesverfassung (BV) aufgenommen, die auf die Stärkung des Konsumentenschutzes abzielte (Art. 31<sup>sexies</sup> der alten BV, nunmehr in Art. 97 BV verankert). Art. 31<sup>sexies</sup> der alten BV blieb allerdings weitgehend ohne direkt sichtbare Folgen.<sup>87</sup>

In den 1980er Jahren wurden einige wichtige Gesetze mit konsumentenschützender Wirkung erlassen. Hierbei handelte es sich um das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Aus konsumentenrechtlicher Sicht interessiert darin besonders der Schutz vor aggressiven Verkaufsmethoden nach Art. 3 lit. h) UWG und vor unbilligen Allgemeinen Geschäfts-

<sup>76</sup> Für eine überschießende Umsetzung, siehe *Viney*, *Retour sur la transposition de la directive du 25 mai 1999*, *Dalloz* 2002, *chron.*, S. 3162; *Jourdain*, *Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999: ne manquer une occasion de progrès*, *Dalloz* 2003, *points de vue*, S. 4 ff. Für eine Umsetzung *a minima*, siehe *Tournafond*, *De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du code civil*, *Dalloz* 2002, *chron.*, S. 2883 f.

<sup>77</sup> *Tournafond*, *De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du code civil*, *Dalloz* 2002, *chron.* p. 2883; *Poillot*, a.a.O., S. 376 ff.; *Ghozi*, *La conformité, in Faut-il recodifier le Code de la consommation?*, *Acte du colloque organisé par l'Institut Dumoulin à la Faculté Jean Monnet le 14 juin 2001*, *Economica*, S. 103, 106.

<sup>78</sup> Für eine detaillierte Untersuchung der Umsetzung dieser Richtlinie, siehe *Poillot*, a.a.O., S. 356 ff.

<sup>79</sup> *Gaudemet*, *La codification, ses dormes et ses fins*, *Revue Juridique et politique, Indépendance et coopération*, 1986, S. 778.

<sup>80</sup> *Atamer*, *Türkisches Verbraucherrecht im Lichte des EG-Rechts*, in *Atamer/Hopt* (Hrsg.), *Kompatibilität des türkischen und europäischen Wirtschaftsrechts – Der neue türkische HGB-Entwurf und benachbarte Rechtsgebiete*, 2009, S. 160, (178).

<sup>81</sup> Gesetz Nr. 4077 v. 23. Feb. 1995 und die RG Nr. 22221 v. 8. März 1995.

<sup>82</sup> Vgl. *Güney*, *Die Umsetzung von Verbraucherschutz-Richtlinien in der Türkei*, GPR 2006, 59–68.

<sup>83</sup> Gesetz Nr. 4822 v. 6. März 2003, RG Nr. 25048 v. 14. März 2003.

<sup>84</sup> Für eine ausführlichen Darstellung des VerbSchG und der Verordnungen siehe *Atamer*, a.a.O., S. 159 ff., zur Problematik der AGB-Kontrolle siehe *Rumpf*, *Einführung in das türkische Recht*, 2004, S. 240–241; zur Umsetzung der Haustürwiderrufsrichtlinie in das türkische Recht, *Ağdag-Güney*, GPR 2008, 20–31.

<sup>85</sup> *Micklitz*, *Final Report Assistance for the Directorate General for Consumer Protection and Competition and Ministry of Trade and Industry*, 30. Nov. 2003.

<sup>86</sup> In türkischer Sprache zu finden auf der Webseite des Ministeriums [www.sanayi.gov.tr](http://www.sanayi.gov.tr).

<sup>87</sup> Zur Entstehungsgeschichte siehe *Koller-Tumler*, *Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht*, 1995, S. 11 ff.; *Bühlmann-Eschmann*, *Der Konsumentenschutzartikel der Bundesverfassung im Rahmen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung*, 1991, S. 6 ff.

bedingungen nach Art. 8 UWG. Zudem sah das Gesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) besondere Regelungen über die Gerichtszuständigkeit (Art. 114 IPRG) und über das anwendbare Recht für Konsumentenrechtstreitigkeiten (Art. 120 IPRG) vor. Im Jahre 1991 wurden im Obligationenrecht (OR) Normen über die Zusendung unbestellter Sachen (Art. 6a OR) und über ein Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften (Art. 40a ff. OR)<sup>88</sup> und im Jahre 1992 das Konsumentengesetz (KIG) in Kraft gesetzt.<sup>89</sup>

#### b) Von Eurolex zu Swisslex

Am 2. Mai 1992 haben die Schweiz, die EFTA-Staaten und die Europäische Gemeinschaft das EWR-Abkommen unterzeichnet, wonach die Schweiz den konsumentenschützenden *acquis* im Rahmen des EWR hätte übernehmen müssen (*Eurolex*). Nach der Ablehnung des Beitritts der Schweiz zum EWR durch Entscheidung des schweizerischen Volkes am 6. Dezember 1992 hat sich der Gesetzgeber für einen „autonomen Nachvollzug“ von Teilen des Gemeinschaftsprivatrechts entschieden (*Swisslex*).<sup>90</sup> Dadurch hat der schweizerische Gesetzgeber zahlreiche Vorgaben des konsumentenrechtlichen *acquis communautaire* ins schweizerische Recht integriert: das Bundesgesetz über Pauschalreisen (PRG), das Bundesgesetz über den Konsumentenkredit (KKG) und das Bundesgesetz über die Produkthaftung (PrHG) wurden erlassen. Zudem wurden das UWG sowie die Art. 40b bis Art. 40e OR geändert. Zum Zeitpunkt des autonomen Nachvollzugs des Gemeinschaftsrechts kannten die Schweiz und die Europäischen Union ein gleichbedeutendes Schutzniveau im Konsumentenrecht.<sup>91</sup>

#### c) Zukunftsperspektiven

Die weitere Angleichung des schweizerischen Konsumentenschutzes an den aktuellen Europäischen Mindeststandard durch Erlass neuer Schutzgesetze im Bereich des *E-Commerce*, des Kaufrechts und der Teilzeitnutzungsrechte war unter dem früheren Bundesrat Blocher, der von 2003–2007 für das Justizdepartement zuständig war, eingestellt worden.<sup>92</sup> Nunmehr sind diese Bereiche im Rahmen von drei parlamentarischen Initiativen<sup>93</sup> wieder aufgegriffen worden. Durch eine parlamentarische Initiative würde der Bundesrat, die aus insgesamt sieben Personen bestehende schweizerische Regierung, dazu verpflichtet, dem Parlament eine entsprechende Gesetzesvorlage zu unterbreiten. Die Initiative Nr. 06.489 verlangt die Erarbeitung eines Gesetzesentwurfs, in welchem die Grundsätze über Gültigkeit und Ungültigkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen festgelegt und eine abstrakte Inhaltskontrolle verankert werden. Die Initiative Nr. 05.458 fordert den Konsumentenschutz bei Fernabsatzgeschäften mit Änderungen des Obligationenrechts sowie des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb. Die Initiative Nr. 06.441 betrifft die Gleichstellung des Telefonverkaufs mit den Haustürgeschäften in Bezug auf das Widerrufsrecht.

## D. Schlussbemerkungen

(A.) Bei der Setzung von Konsumentenvertragsrecht stehen zwei Optionen zur Verfügung. Das vertragliche Konsumentenrecht kann entweder in eine Gesamtkodifikation integriert werden oder es kann in mehreren einzelnen Gesetzen, die ne-

ben dem allgemeinen Vertragsrecht stehen, legiferiert werden. Bei der letztgenannten Option lassen sich drei verschiedene Möglichkeiten für deren Umsetzung feststellen. Dabei gibt es jedoch aus Sicht des Europäischen Gemeinschaftsrechts eine Tendenz, für einen *mixed approach* zur Legiferierung von Konsumentenvertragsrecht, wonach in einem horizontalen Instrument allgemeine Regelungen für das Konsumentenvertragsrecht aufgestellt werden und zusätzlich spezifische Regelungen für besondere Konsumverträge geschaffen werden.

(B.) Zwischen dem allgemeinen Vertragsrecht, das gleichermaßen für alle Rechtsgeschäfte unter Einschluss der besonderen Konsumentengeschäfte gilt, und speziellem (nur für das Verhältnis Konsument-Unternehmer geltenden) Konsumentenvertragsrecht ist zu trennen. Bestimmungen, die ihren Ursprung in den gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen zum Konsumentenvertragsrecht haben, jedoch für alle Rechtsgeschäfte gelten sollen, sind im allgemeinen Vertragsrecht zu platzieren. Die Flexibilität einzelstaatlicher Gesetzgebung erfordert, dass weder eine strikte Trennung zwischen allgemeinem Vertragsrecht und Konsumentenrecht noch eine einheitliche Gesamtkodifikation dieser Rechtsmaterien erfolgt.

(C.) Das nationale Recht scheint in der Regel aufgrund seines legislativen Hintergrunds für eine der beiden Optionen (siehe oben, A.) prädisponiert zu sein. Der nationale Gesetzgeber strebt die erste Option (Gesamtkodifikation) an, wenn frühzeitig Elemente des Konsumentenrechts in das allgemeine Vertragsrecht inkorporiert werden und wenn das Recht mit konsumentenschützender Wirkung grundsätzlich auf alle Rechtsgeschäfte Anwendung findet (z.B. Deutschland). Im Gegensatz dazu strebt ein nationaler Gesetzgeber die zweite Option (Spezialgesetzgebung) an, wenn frühzeitig Konsumentenrecht in Spezialgesetzen geregelt wurde, die einen auf das Unternehmer-Konsumenten-Verhältnis beschränkten Anwendungsbereich haben (z.B. Frankreich, Italien). Das schweizerische und das türkische Recht scheinen, insbesondere aufgrund des jeweiligen legislativen Hintergrunds, für die zweite Option prädisponiert zu sein. Auch wenn die Angleichung an das Europäische Recht durch unterschiedliche Zielsetzungen motiviert ist, sind ihre legislativen Hintergründe in mancher Hinsicht gleich: vor dem Einfluss des Europäischen Rechts war das schweizerische bzw. das türkische Recht durch einen geringen Schutz des Konsumenten charakterisiert. Durch die Einflüsse des Europäischen Rechts wurden dann Spezialgesetze erlassen, wobei regelmäßig eher wenige konsumentenschützende Elemente in das allgemeine Vertragsrecht eingefügt wurden.

<sup>88</sup> Brunner, in Kramer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, 2008, S. 201 ff.

<sup>89</sup> Koller-Tumler, Einführung in die Grundlagen des privatrechtlichen Konsumentenschutzes, in Kramer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, 2008, 36 ff.

<sup>90</sup> Huguenin, Konsumentenrecht im OR im Spannungsfeld zwischen Regulierung und Deregulierung, Schweizerische Juristenzeitung 1995, 417 ff.

<sup>91</sup> Koller-Tumler, a. a. O., S. 43.

<sup>92</sup> Koller-Tumler, a. a. O., S. 45.

<sup>93</sup> Parlamentarische Initiative Nr. 06.489 gegen missbräuchliche Klauseln im „Kleingedruckten“ und Parlamentarische Initiative Nr. 05.458 – Verbesserung des Konsumentenschutzes, des Fernabsatzes und der Gewährleistung; Parlamentarische Initiative Nr. 06.441 – Mehr Konsumentenschutz und weniger Missbräuche beim Telefonverkauf, abrufbar unter [www.parlament.ch/d/suche/Seiten/curia-vista.aspx](http://www.parlament.ch/d/suche/Seiten/curia-vista.aspx).

## Summary<sup>94</sup>

As a rule, there are two choices available regarding the incorporation of the law on consumer contracts into a national private law system, namely, it can either be incorporated within a Civil Code or enacted in supplementary statutes. The authors of this article favour separating the general principles of contract law from special rules designed to exclusively govern the relationship between a consumer and a business. There are several advantages to this bifurcated approach, *inter alia*, implementing various legislative or protective purposes under both European community private law and under national law. Moreover, when examined against the backdrop of the national private law legal systems, it is possible to discern a certain preference for either the integration of consumer contracts rules as part of a Civil Code or to infer a preference for keeping the general contract law regime and consumer contract regime as distinct entities.

## Résumé

Il existe deux options principales pour insérer le droit des contrats de consommation dans une législation nationale, la première consistant à l'intégrer dans une *codification unique*, la deuxième à l'adopter dans des *lois spéciales*. Les auteurs plaident en faveur d'une séparation entre les règles applicables à tous les contrats, qui doivent être intégrées dans le droit commun des contrats, et celles limitées aux rapports entreprise-consommateur, qui doivent être maintenues dans le droit spécial des contrats de consommation. Ils estiment que cette séparation permet notamment de mieux réaliser les objectifs législatifs, soit ceux découlant du droit européen d'un côté et du droit national de l'autre. En outre, ils observent que le droit national est prédisposé à l'une ou l'autre des options de législations en fonction de son contexte législatif.

<sup>94</sup> Übersetzung Susan Singleton.

# Service

## Allgemeines Gemeinschafts- und Gemeinschaftsprivatrecht

### Rezension

**Matthias Bäumer: Die Privatrechtskodifikation im juristischen Universitätsstudium. Problemanalyse im Spiegel historischer Reformdiskussionen (Frankfurt/Main u. a.: Peter Lang 2007. ISBN 9783631578155. € 39,-)**

Spätestens seit der Publikation des Akademischen Entwurfes für einen Gemeinsamen Referenzrahmen (AEGRR/DCFR) wird in größerer Breite diskutiert, inwieweit es Sinn habe, Vorarbeiten zu einer Europäischen Zivilkodifikation zum Gegenstand des Universitätsunterrichts zu machen (vgl. namentlich den Beitrag von *Oliver Remien*, Der Gemeinsame Referenzrahmen im Unterricht, in: Martin Schmidt-Kessel, Hrsg., Der Gemeinsame Referenzrahmen, München 2009). Diese Diskussion wird gefördert durch die Defizite des sog. Bologna-Prozesses, der – wo er stattfindet – entgegen seiner ursprünglichen Zwecksetzung bislang keine Fortschritte in Richtung auf eine stärker europäische Juristenausbildung erbracht hat. Solche Fortschritte sind also eher von – behutsam reformierten – klassischen Modellen zu erwarten.

Damit hat sich ein neues Feld für die bekannte Frage eröffnet, ob für die gegenwärtige Situation in Europa etwas aus dem Kodifikationsprozess im Deutschland des (langen) 19. Jahrhunderts zu lernen sei. Auch damals wurde kodifiziert, und es wurde juristischer Partikularismus in einem langwierigen Prozess abgelöst. Die Frage nach den Konsequenzen dieses Prozesses für die Ausbildung war auch unter den Zeitgenossen heftig umstritten.

Die Trierer Dissertation von Matthias Bäumer, betreut von Franz Dorn und Peter Krause, spürt geschichtlichen Parallelen und Unterschieden nach; sie zeichnet ein einleuchtendes Gesamtbild für ein allgemein interessiertes juristisches Publikum. Die Leser dieser Zeitschrift werden vor allem die letzten zwei Kapitel interessieren, betitelt „Nationale Gesetzbücher als Lehrgegenstand des Studiums und die Europäisierung des Privatrechts“ und „Ausblick“ (Seite 130-150). Dort referiert Verfasser die Debatte, stellt Modelle vor und zieht abgewogene Folgerungen für die heutige Situation: „Wenn also die gemeinsamen Wurzeln der europäischen Rechtsordnung, gemeinsame Rechtsgrundsätze oder sogar ein europäisches Gemeinrecht zum Gegenstand des juristischen Studiums gemacht werden sollen, so wird dies nicht neben den überkommenen Formen der lehrmäßigen Behandlung des noch geltenden nationalen Privatrechts[,] sondern nur in enger Verknüpfung mit einer methodisch angepassten Darstellung des geltenden Gesetzesrechts möglich sein“ (Seite 150). Dem ist beizutreten. Leider fehlen Sach- und Namensregister.

Wer mit Fragen der Bildungsreform befasst ist, wird die informative und gut lesbare Arbeit gern zur Hand nehmen. Auch der Preis ist nicht überzogen.

*Professor Dr. Christian Baldus, Heidelberg*