



Deutscher Notarverein

Der Präsident

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin

Europäische Kommission
GD Justiz – Referat A2
Rue de la Loi 200
B-1049 Bruxelles

jls-communication-e5@ec.europa.eu

Kronenstraße 73/74
10117 Berlin
Tel: 030 / 20 61 57 40
Fax: 030 / 20 61 57 50
E-Mail: o.vossius@dnotv.de
<http://www.dnotv.de>

Berlin, 30. Januar 2011

Grünbuch der Kommission: Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen KOM(2010)348 endg.

„Inhalt und Form des künftigen deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs werden zumindest auf Menschenalter geradezu das Niveau der deutschen Rechtswissenschaft und Rechtsübung bestimmen; erhebliche Mängel würden die vielbeklagte Trennung von Theorie und Praxis verewigen. Gediegenheit nach Inhalt und Form dagegen würde die Wissenschaft in höherem Grade als bisher dem Ausbau und der Ergründung des bestehenden Rechts zuführen, zugleich zwischen dieser Wissenschaft und der Rechtsübung heilsame Wechselbeziehungen herstellen.“

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme. In deren Rahmen versuchen wir nach einer Vorbemerkung Antworten auf folgende vier Fragen:

1. Wollen bzw. brauchen wir ein Europäisches Vertragsrecht?
2. Warum glauben wir, dass wir ein Europäisches Vertragsrecht wollen bzw. brauchen sollten?

¹ *Levin Goldschmidt et al., Über Plan und Methode für die Aufstellung des Entwurfs eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs, 1874, zitiert nach ders., Vermischte Schriften, 1901, S. 514 f. (Denkschrift im Auftrag des Bundesraths des Deutschen Reichs).*

3. Ist der *Draft Common Frame of Reference* das Europäische Vertragsrecht, das wir wollen und brauchen?
4. Welche Folgerungen für die Bewertung des Grünbuchs ergeben sich aus den Antworten zu den Fragen 1-3?

1. Vorbemerkung

Der Deutsche Notarverein begleitet das Projekt des Europäischen Vertragsrechts schon seit langem. Zum einen verweisen wir hierzu auf unsere Stellungnahmen gegenüber der Kommission vom 11.07.2001 und vom 16.05.2003. Zum zweiten hat sich unser Berufsstand besonders intensiv in die Beratungen im CFR-Net eingebracht. Wir haben das Projekt aus der Sicht von Praktikern stets konstruktiv begleitet, allerdings die Beteiligung von Praktikern an der Gesetzgebungsarbeit selbst stets auch eingefordert. Dieser Forderung wurde seitens der Kommission nicht entsprochen.

Nun liegt mit dem *Draft Common Frame of Reference* (im folgenden „*DCFR*“) ein aus wissenschaftlicher Sicht Beachtung verdienendes Werk vor, dessen logische Stringenz durchaus beeindruckt. Unsere Bedenken richten sich gegen die dem *DCFR* zugrundeliegenden Prämissen. Von diesen ausgehend, entsteht zum einen ein Zivilrecht, das sich vom freiheitlich-liberalen Verständnis der klassischen Zivilrechtskodifikationen Europas zu entfernen scheint. Darüber hinaus besteht wegen der – sicherlich unbeabsichtigten – Wortwahl und Methodik die große Gefahr, dass der *DCFR* in die Nähe der Rechtsvorstellungen totalitärer Staaten im Europa des 20. Jahrhunderts gerückt wird. Gerade aus deutscher Sicht ist jedoch insoweit eine besondere Sensibilität angebracht. Derartige Missverständnisse wären für die Akzeptanz des gesamten Projekts außerordentlich schädlich. Im Folgenden wird u. a. dargelegt, warum der *DCFR* derart (miss-)verstanden werden könnte.

2. Brauchen bzw. wollen wir ein Europäisches Vertragsrecht?

a) Das „Wollen“

Wer den Europäischen Gedanken unterstützt, der muss ein Europäisches Vertragsrecht wollen. Denn wer sich nach Jahrhunderten mörderischer Kriege auf dem europäischen Kontinent nach einer *Pax Romana* durch politische Einigung Europas (zurück-)sehnt, der muss auch für Rechtsvereinheitlichung sein. In diesem Rahmen stellt ein gemeinsames Vertragsrecht einen wichtigen, wenn nicht gar einen zentralen Baustein dar.²

² Man darf allerdings nicht übersehen, dass eine positive Korrelation zwischen Rechtseinheit und Frieden jedenfalls in der Zeit des *ius commune* leider nicht festzustellen ist.

b) Das „Brauchen“

Die Frage nach dem „Brauchen“ stellt sich schon differenzierter. „Wer braucht hier was“, so müsste die Frage genau genommen lauten. Damit ist die Frage nach der praktischen Bedeutung europaweiter Zivilrechtsverhältnisse gestellt. Diese lässt sich jedoch nicht einheitlich beantworten.

Gerade in einer Exportnation wie Deutschland stehen hierbei Vertragsrechtsbeziehungen zwischen „Unternehmen“ bzw. – in überkommener Terminologie der Zivilistik – „beiderseitige Handelsgeschäfte“ im Vordergrund. Von daher muss man sich fragen, warum die Kommission nicht ihr Hauptaugenmerk auf die Schaffung eines Europäischen Handelsgesetzbuchs legt. Genaueres Nachdenken, warum dies nicht geschieht, ist lohnend. Diese Stellungnahme wird auch nach einer impliziten Antwort auf diese Frage suchen.

Zivilrechtsverhältnisse zwischen Kaufleuten in einem und Privatleuten in einem anderen Staat sind schon sehr viel seltener. Die Frage ist genauer zu stellen: Welche Unternehmen begründen welche grenzüberschreitenden Vertragsbeziehungen mit welchen Privatleuten?

Im Vordergrund stehen hierbei Großunternehmen. Weitaus mehr als das Recht steht bei KMU die Sprachbarriere der Begründung unmittelbarer grenzüberschreitender Vertragsbeziehungen zum Kunden entgegen. KMU bedienen sich daher meist indirekter Absatzwege, etwa über Zwischenhändler oder Handelsvertreter. Selbst bei Großunternehmen sind die Rechtsbeziehungen typischerweise auf das Verhältnis zwischen dem Kunden und einer Auslandsniederlassung beschränkt. Ausnahmen bilden etwa nur die Produkthaftung und die Gewährleistung (z. B. Rückrufaktionen von Automobilherstellern) oder die meist umsatzsteuerlich motivierte Einschaltung von Auslandsgesellschaften (z. B. die Amazon Sàrl in Luxembourg). Unmittelbare Vertragsbeziehungen über die Grenzen hinweg scheinen primär ein Merkmal nur des Online-Handels zu sein, der allerdings ein immer bedeutenderes Segment des Zivilrechts darstellt. Ähnliche Bedeutung könnte künftig u. U. Finanzdienstleistungen zukommen, wie z. B. Versicherungsverträgen.

Erst recht ohne große praktische Bedeutung sind Zivilrechtsbeziehungen im Vertragsrecht zwischen Privatpersonen in verschiedenen Staaten. Hier sind das Familienrecht (gemischt nationale Ehen) und das Erbrecht (internationale Erbfälle) ungleich wichtiger.

Stellt man also die Frage, wer ein Europäisches Vertragsrecht „braucht“, so stehen die Bedürfnisse von Großunternehmen nach einheitlichen Standards für die Gestaltung ihrer Kundenbeziehungen eindeutig im Vordergrund. Sowohl das wirtschaftliche Machtgefälle als auch verfahrensrechtliche Arbitragegewinne (Zwang zur Rechtsverfolgung im Ausland etc.) erlauben es der Wirtschaft, das Risiko, wegen Rechtsverletzung von einigen wenigen in Anspruch genommen zu werden, einfach einzupreisen. Dieser Realität sollte man sich bewusst sein, wenn man die Forderung der Wirtschaft nach einem Europäischen Vertragsrecht bewertet.

3. Warum glauben wir, dass wir ein Europäisches Vertragsrecht wollen bzw. brauchen sollten?

Unser Wunsch nach einem Europäischen Vertragsrecht ist Ausfluss der Pfadabhängigkeit unseres politischen Denkens. Wir sind hier durch die Traditionen der großen Zivilrechtskodifikationen des „langen 19. Jahrhunderts“ vorgeprägt, der Zeit zwischen 1789 und 1914.

Im Wort „Europäisches Vertragsrecht“ schwingt ein historischer Bogen, der vom *Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten* von 1794 über den *Code Napoléon* von 1804, das *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die österreichischen Erblande* von 1811 über das *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* von 1861 bis hin zum *Bürgerlichen Gesetzbuch* von 1896 und den Schweizer Kodifikationen (*Zivilgesetzbuch* von 1907, *Obligationenrecht* von 1911) führt. Eine beispiellose Rezeption dieser Gesetzeswerke von Südamerika bis Japan unterstreicht diese „Heilsgeschichte der bürgerlich-liberalen Gesellschaft“.

In der Tat, die Zivilrechtskodifikationen Europas sind – sieht man vom Preußischen ALR einmal ab – politische Errungenschaften der bürgerlichen Gesellschaft, errungen gegen die vormals absoluten Monarchen, basierend auf dem rezipierten Römischen Recht, wissenschaftlich und methodisch vorbereitet ab Ende des 15. Jahrhunderts durch die Zeitalter der französisch-niederländischen Jurisprudenz³, des *Usus Modernus*⁴, des Naturrechts⁵ sowie – besonders in Deutschland und der Schweiz – durch Historische Schule und Pandektenwissenschaft ab dem Ende des 18. Jahrhunderts. Jedes Europäische Land, das eine Zivilrechtskodifikation hervorgebracht hat, betrachtete und betrachtet diese nicht nur als eine juristische, sondern vor allem auch als eine kulturelle Errungenschaft von nationaler Bedeutung mit identitätsstiftender Funktion.

Menschenbild aller dieser Zivilrechtskodifikationen ist der „*citoyen*“, der freie Bürger, das selbst bestimmte Individuum des 14. Juli 1789, das aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit hinausgegangen ist. Selbst im Preußischen Allgemeinen Landrecht klingt das bereits an.

Ein Vergleich dieses ideengeschichtlichen Kontexts mit England ist lohnend. Im Hochmittelalter war Gesetzgebung im Allgemeinen und römisches Recht im Besonderen das Instrument des politischen Zentralismus. Nicht von ungefähr haben Stauferkaiser wie *Friedrich I Barbarossa* und besonders *Friedrich II* ihre Gesetze als Teile des *Corpus Iuris Civilis* Justinians betrachtet (*authenticae*). Prominentestes Beispiel hierfür sind die Konstitutionen von *Melfi Friedrichs II* aus dem Jahr 1231.

³ Zu nennen sind hier etwa *Faber, Cuiacius, Donnellus, Grotius, Voetius, Domat* und *Pothier*.

⁴ Verbunden mit den Namen *Stryk, Struve, Leyer, Lauterbach, Heineccius* und *Böhmer*.

⁵ Hier ist zu verweisen auf *Leibniz, Pufendorf, Thomasius, Wolff* und *Montesquieu*.

Thomas von Aquins Unterscheidung zwischen der *lex divina*, der *lex naturalis* und der dem Gesetzgeber zugänglichen *lex positiva* schuf der Politik in der 2. Hälfte des 13. Jahrhunderts eine nachgerade unwiderlegliche Legitimationsgrundlage.

In England dagegen konnte sich in diesem für Europa weichenstellenden 13. Jahrhundert die Zentralgewalt nicht durchsetzen. In den Wirren des spätestens nach der Katastrophe von *Bouvines* (1214) zerfallenden angevinischen Reiches kam es 1215 mit der *Magna Charta Libertatum* zur Stärkung der Stände und damit zur Stärkung des überkommenen Rechts als eines Rechts der landbesitzenden Oberschicht. Versuche zur Rezeption des römischen Rechts wurden immer wieder vereitelt, so etwa 1236 auf dem Landtag von *Merton* mit der berühmten programmatischen Formulierung „*nolumus Leges Angliae mutare ...*“⁶. Von daher verwundert die Reserviertheit des Vereinigten Königreichs gegenüber dem Projekt eines Europäischen Vertragsrechts nicht.

Spätestens hier dürfte klar sein, dass Kontinentaleuropäer das Projekt eines Europäischen Vertragsrechts aufgrund unserer ideengeschichtlichen Pfadabhängigkeit durch eine stark rosa eingefärbte Brille betrachten. Eine sinnvolle Bewertung des Projekts erfordert, sich von dieser Brille zu befreien.

Schon ein Blick auf den Titel des Grünbuchs zeigt die Notwendigkeit dieses Prozesses der Bewusstwerdung des neuen Kontexts. Die Titel der Zivilgesetzbücher Kontinentaleuropas sind programmatisch, wenn sie vom „*Bürger*“ (nicht vom Untertan) sprechen oder von „*Zivil*“ (Frankreich, Österreich, Deutschland, Schweiz, Italien, Benelux-Staaten, Spanien, Portugal usw.).

Die Programmatik des Grünbuchs ist nicht minder deutlich. Nur: Aus dem Bürger sind „*Verbraucher*“ und „*Unternehmer*“ geworden. Von den Idealen des 14. Juli 1789 ist dies sehr weit weg.

Statt des unbeirrbaren Glaubens des 19. Jahrhunderts an den Fortschritt der Geschichte, der sich an Zivilrechtskodifikationen manifestiert, erscheint ein nüchterner Blick auf das erforderlich, was als Gedankengut dem Grünbuch zugrunde liegt. Es kommt nämlich nicht darauf an, ob Europäisches Vertragsrecht drauf steht, sondern auf den Inhalt.

⁶ Der Sache nach ging es um die Ablehnung der römisch-kanonischen Legitimation nichtehelicher Kinder durch nachfolgende Eheschließung, also um eine für die englische Oberschicht materiell bedeutsame Frage.

4. Ist der *DCFR* das Europäische Vertragsrecht, das wir wollen und brauchen?

„Die Kommission für die Entwerfung eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs wird aus hervorragenden praktischen und theoretischen Juristen zusammengesetzt, wobei zugleich auf Vertretung der innerhalb des Deutschen Reichs bestehenden grösseren Rechtsgebiete Rücksicht genommen wird.“⁷

a) Entstehungsbedingungen von Zivilrechtskodifikationen

Aus welchem politisch-ideengeschichtlichen Kontext heraus entstanden die großen europäischen Kodifikationen und wie stellt sich dieser Kontext heute dar? Versucht man ein Destillat der geschichtlichen Erfahrungen, so scheinen wirkungsmächtige Zivilrechtskodifikationen unter folgenden Bedingungen zu entstehen:

- (1) einheitlicher Sprach- und Kulturraum (mit – bezogen auf die Sprache – der Ausnahme der Schweiz, die aber durch ein dominierendes Deutschschweizertum gekennzeichnet ist);
- (2) ideologisch-politischer Konsens über die „Mission“ einer Zivilrechtskodifikation (wobei es zur Tragik dieser Gesetzbücher gehört, dass dieser Konsens oft schon bei ihrem Inkrafttreten nicht mehr bestand);
- (3) ein Staat mit zentralisierter Gesetzgebungskompetenz für das Zivilrecht (im Deutschen Reich geschaffen durch die *Lex Miquel/Lasker* von 1873);
- (4) die Einbettung des Zivilgesetzbuchs in eine Gesamtrechtsordnung (insbesondere das Verfahrensrecht einschließlich des Insolvenzrechts und der vorsorgenden Rechtspflege);
- (5) vorausgegangene jahrzehntelange wissenschaftliche Hochblüte, in der ein breiter Konsens über rechtsdogmatische, dem Gesetz vorgelagerte Grundfragen entsteht („Eckpfeiler des Zivilrechts“);
- (6) Entwurfserstellung meist durch Einzelpersonen (Preußen, Österreich, Frankreich, Schweiz – typischerweise Justizpraktiker), ansonsten durch eine kleine Redaktorengruppe mit Übergewicht der Justizpraktiker über die Hochschullehrer. Ein deutsches Spezifikum ist die jahrelange breite Diskussion des Entwurfs in der juristischen Fachöffentlichkeit.

⁷ Levin Goldschmidt, a. a. O., S. 529.

b) Entstehungsbedingungen des *DCFR*

Misst man den *DCFR* an diesen Kriterien, so bleibt nicht viel übrig.

Zu (1): Von einem einheitlichen Kulturraum wird man, jedenfalls bezogen auf die christliche Tradition Europas, vielleicht noch sprechen können. Mit der Sprache fängt es aber bereits an. Sprache transportiert Vorverständnis⁸. Als Basis für das Projekt wählt man ausgerechnet die Sprache des Landes, in dem (i) die Kodifikation keine Tradition hat, das (ii) einer Kodifikation ablehnend gegenübersteht und das (iii) Zivilrecht eher als Klassenfrage denn als Errungenschaft einer bürgerlich-liberalen Gesellschaft versteht. In der gemeinrechtlichen Vergangenheit Europas, die in der kanonistischen Tradition Englands ebenfalls ihren Bezugspunkt fand, gab es als Juristensprache das Lateinische. Seinem Vorteil an Präzision und dem in ihm gespeicherten großen juristischen Erfahrungswissen steht heute der Nachteil gegenüber, dass es der Masse der Rechtsuchenden den Zugang zum Recht versperrt. Erwägenswert wäre, als Sprache eines Europäischen Vertragsrecht das Französische zu verwenden. Es handelt sich hierbei um die derzeit präziseste Rechts- und Verwaltungssprache Europas, die zudem die freiheitliche Konnotation von Zivilrecht besser transportiert.

Zu (2): Die ideologisch-politische Basis für eine Zivilrechtskodifikation scheint ebenfalls fragwürdig. Das erkennt man schon daran, dass das Projekt des Europäischen Vertragsrechts nur als Standortfaktor für die Wirtschaft gerechtfertigt wird. Als Projekt der Europäischen Einigung scheint es hingegen politisch irrelevant. Das Charisma, das einer Zivilrechtskodifikation im 19. Jahrhundert innewohnte, ist verfliegen. Es fehlt, modern gesprochen, das „*mission statement*“.

Zu (3): Die Gesetzgebungskompetenz für das Zivilrecht fehlt ebenfalls. Mühsam versucht man, über Kompetenzen für Verbraucherschutz und Binnenmarkt das Terrain machtpolitisch zu besetzen und in vertragswidriger Weise Fakten zu schaffen. Das verzerrt zum einen die für die Akzeptanz des Projekts unabdingbare gesamtgesellschaftliche Perspektive. Zum anderen übersieht die Kommission die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Legitimation gerade dieses Projekts.

Zu (4): Jede Zivilrechtskodifikation war und ist in eine Gesamtrechtsordnung eingebettet. Zum einen traf sie auf eine Tradition im Verfahrensrecht, und zwar sowohl was die Streitige als auch was die vorsorgende Rechtspflege angeht. Vor dem *Code Napoléon* lag die *Loi Ventôse* über das Notariat, mit ihm entstanden der *Code de commerce* und der *Code de procédure civile*. Vor dem BGB lagen die Reichsjustizgesetze von 1877, mit ihm traten umfangreiche Novellen des HGB, das Reichs-FGG, die Reichsgrundbuchordnung, das Abzahlungs- und das Anfechtungsgesetz in Kraft. Schutzbestimmungen enthielten damals vor allem auch das öffentliche Recht, wie z. B. die Reichsgewerbeordnung.

⁸ Siehe etwa Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 29-30: „Die Verbindlichkeit der Norm impliziert gerade die Einheitlichkeit des Sprachverständnisses des Normanwendenden.“

Die Positionierung des BGB im Spannungsfeld zwischen Konsensual- und Abstraktionsprinzip, zwischen schlichter Willenseinigung und Form, zwischen Vertragsinhaltsfreiheit und Verhandlungsgerechtigkeit ist nur im Kontext von Verfahren zur Rechtsverwirklichung denkbar, die einerseits Raum für das Aushandeln bieten und andererseits über öffentliche Register Rechtsverhältnisse sicher und transparent machen.

An dieser Einbettung in eine Gesamtrechtsordnung fehlt es dem *Draft Common Frame of Reference* vollkommen. Ohne institutionell abgesicherte Rechtsverwirklichung gibt es aber kein Recht, ausgenommen das Recht des Stärkeren.

Zu (5): Ob von einer europaweiten Hochblüte der Rechtswissenschaft gesprochen werden kann, ist nicht unbedingt vom deutschen Rechtspraktiker zu beurteilen. In Deutschland ist jedenfalls die Pandektistik schon lange vorbei, spätestens seit die braunen Horden die Masse ihrer Vertreter vertrieben haben. Selbst die Genese unserer zentralen Errungenschaften im Bürgerlichen Gesetzbuch scheint heute bei vielen deutschen Juristen schlicht vergessen.

Wer weiß denn noch, dass den zentralen Weichenstellungen des Sachenrechts des BGB (§§ 873 ff., 925, 929 ff) eine intensive Diskussion über Besitz und Pfandrecht vorausging, die sich von *Friedrich Karl von Savigny* über *Heinrich Dernburg* zu *Rudolph von Jhering* über das gesamte 19. Jahrhundert erstreckt? Hier geht es um das Verhältnis zwischen absolutem und relativem Recht, um Bestimmtheit, Spezialität und Publizität, all das nicht zuletzt vor dem Hintergrund von Transparenz und Rechtssicherheit als Standortfaktoren der industriellen Revolution.⁹

Wer weiß denn noch, dass unsere Grenzziehung zwischen Zivilrecht und Prozessrecht in *Windscheids* Erfindung des Anspruchs ihren Wendepunkt findet, eine „Erfindung“, die einer jahrzehntelangen Diskussion über Rechtshängigkeit und Rechtskraft, Gläubiger- und Schuldnermehrheit bzw. Streitgenossenschaft, Durchführung einer Forderungszession und Rechtswirkungen der Verjährung (endlich) eine tragfähige Lösung bot?¹⁰

⁹ Das gesamte Buch VIII des *DCFR* drückt sich letztlich vor der Frage, ob der dingliche Vertrag beim *modus acquirendi* abstrakt ist, d. h. wie sich ein Wegfall der *causa* auswirkt. Dies hat ohnehin mit *contract law* nichts mehr zu tun. Dogmatisch bleibt der *DCFR* weit hinter dem am Ende des *Usus modernus* gegen 1800 erreichten Stand zurück: Offenbar ist eine antizipierte Einigung vor Entstehung der Sache unzulässig (VIII.-2:101 (1) a): Damit gibt es keinen erweiterten bzw. verlängerten Eigentumsvorbehalt mehr. Auch eine Genehmigung durch den wirklichen Berechtigten geht ins Leere, so VIII.-2:101 (1) c). Sowohl dies als auch die Unklarheit über die Folgen eines Wegfalls der *causa* haben für Zwangsvollstreckung und Insolvenz erhebliche Konsequenzen. Konsequenterweise ist auch das Bereicherungsrecht (Buch VII) mit seiner uferlosen Generalklausel in VII.-1:101 dogmatisch weit hinter den römischen Stand der Technik zurückgefallen. Gesellschaftspolitische Umverteilung (wie nach der Generalklausel) war jedoch nie Aufgabe des Bereicherungsrechts.

¹⁰ Archaisch das dogmatische Konzept in *DCFR* III.-5:101: „*a right to performance of an obligation*“ (offenbar werden die Sekundäransprüche bei Leistungsstörungen nicht erfasst). Ausgeschlossen ist auch die Vorwegabtretung künftiger Ansprüche, so jedenfalls III.-5:104 (1) (a). Die Nachgenehmigung einer Zession durch den wirklich Berechtigten scheidet offenbar auch aus, siehe III.-5:104 (1) (c). Damit ist die antizipierte Globalzession als wirtschaftliche Basis für

Wer weiß denn noch, warum sich der schuldrechtliche Vertrag zugunsten Dritter entgegen dem römischen *nemo alterius stipulari potest* durchgesetzt hat?¹¹ Warum sind wir zur Möglichkeit einer Klage auf Erfüllung statt nur auf Schadensersatz gelangt?

Wem sind die Interpendenzen zwischen Ehegattenbürgschaft und Ehegüterrecht bewusst?

Diese sich über ein Jahrhundert erstreckenden Diskussionen führten zu einer *communis opinio* und damit zu einem Konsens in zentralen Konzeptionsfragen, der das Bürgerliche Gesetzbuch von 1900 erst möglich machte. Solches wäre auch für ein Europäisches Vertragsrecht eine Grundvoraussetzung.

Diese Zusammenhänge berücksichtigt der *DCFR* jedoch nicht ausreichend.¹²

zu (6): Auch die Genese des Entwurfs des *DCFR* unterscheidet sich von der Geschichte der erfolgreichen europäischen Zivilrechtskodifikationen grundlegend.

Nach der entsprechenden wissenschaftlichen Vorbereitung und öffentlichen Diskussion erfolgt der Startschuss von oben (d. h. von einem mit Gesetzgebungskompetenz ausgestatteten Staat) mit einem Auftrag zur Ausarbeitung eines Entwurfs. Auftragnehmer ist zumeist ein genialer Justizpraktiker (*Carl Gottlieb Svarez* für das Preußische ALR, *Franz von Zeiller* für das ABGB, *Eugen Huber* für ZGB/OR) oder eine sehr kleine Kommission mit Übergewicht der Justizpraktiker über die Professoren (BGB). Innerhalb ihrer Sachgebiete agierten die Redaktoren der 1. Kommission zudem so souverän wie ihre großen Vorgänger. In der Vierer-Gruppe, die den *Code Napoléon* ausarbeitete, ragt *Jean-Etienne-Marie Portalis* derart hervor, dass das Gesetz ebenfalls fast schon als das Werk eines Einzelnen erscheint.

Der *DCFR* hingegen ist eine Schöpfung der theoretischen Wissenschaft. Der Versuch, über das CFR-Network praktischen Sachverstand einzubringen, wurde von der Kommission bereits in der Anfangsphase abgebrochen. Die Kritik der Praktiker, auch aus wissenschaftlich-dogmatischer Sicht, war europaweit ebenso einhellig wie grundlegend. Man wollte sie aber nicht hören. Die Protokolle der wenigen *workshops* des CFR-Net wurden nie veröffentlicht. Gerade angesichts des hohen Grades von Konsens der Praktiker über mögliche Lösungen ist dies bedauerlich.

Kreditsicherung und Factoring entfallen. Das Rangkonzept in III.-5:121 passt nur für die Verpfändung, nicht für die Zession.

¹¹ Der Verfasser von *DCFR* II.-9:301 Abs. 1 hat offensichtlich übersehen, dass ein dinglicher Vertrag zugunsten Dritter wegen der mit ihm verbundenen nicht beherrschbaren Rechtsfolgen nicht in Betracht kommt, sonst hätte man nicht die ungenaue Begrifflichkeit „*right or other benefit*“ verwendet.

¹² Bezeichnend ist, dass zentrale Begriffe wie „*intention*“, „*right*“ oder „*mistake*“ trotz des erhobenen Anspruchs im Definitionsteil fehlen. Die Definition von „*juridical act*“ bleibt weit unter dem Niveau der Motive zum 1. Entwurf des BGB zurück („*Ein Rechtsgeschäft ist eine private Willensäußerung, die auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet ist, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist*“, Mot I, S. 126).

Nunmehr findet als Alibiveranstaltung eine Evaluation des CFR statt, und zwar im Wesentlichen durch die Verfasser und ihre Schüler, garniert mit nach Proporz aus den Mitgliedstaaten in einem intransparenten Verfahren ausgesuchten Personen, von denen einige das Gremium bereits wieder verlassen haben.

c) Vertragsfreiheit im *DCFR*

Welche Grundideen hinter dem *DCFR* stehen, lässt sich exemplarisch daran zeigen, wie dieser zur Vertragsfreiheit steht.

aa) Konzept des *DCFR*

Der *DCFR* denkt das Obligationenrecht nicht von der Vertragsfreiheit als übergeordnetem Prinzip her, sondern hält „*freedom*“, „*security*“, „*justice*“ und „*efficiency*“ als dem Vertragsrecht vorgegeben (Principle 1. Die Gestaltung des Vertragsrechts ergibt sich als Auflösung eines Zielkonflikts, der sogar zwischen „*justice*“ und „*efficiency*“ gesehen wird (Principle 40).

„*Freedom*“ gibt es nur „*unless there is a good reason to intervene*“ (Principle 2). Anlass hierzu besteht z. B. dann, wenn der Vertrag „*in the absence of genuine freedom to contract*“ geschlossen wurde (a. a. O.). Vertragsfreiheit ist (nur) „*in normal situations*“ mit „*justice*“ vereinbar (Principle 3). Die Selbstverständlichkeit der Unzulässigkeit eines Vertrags zu Lasten Dritter wird auf „*contracts harmful to society in general*“ erweitert (Principle 5).

„*Freedom*“ hat hierbei nur innerhalb der idealen Marktsituation voll informierter Teilnehmer mit identischer Verhandlungsmacht ihren Platz (Principle 3). Das Vertragsrecht insgesamt und damit auch die Vertragsfreiheit selbst haben hingegen der allgemeinen Wohlfahrt als allen diesen Prinzipien vorgegebenem Ziel zu dienen (vor allem Principles 5 und 58). Das Recht folgt damit dem materiellen Ziel optimaler Güter- und Ressourcenallokation.¹³ Dass dies die Folge von Freiheit ist, nicht deren Begrenzung, oder dass Freiheit und Gerechtigkeit über das wirtschaftliche Wohl eines Volkes hinaus einen eigenen Wert haben, diese Vorstellung ist dem *DCFR* fremd.

Der *DCFR* denkt somit die Vertragsfreiheit nicht vom Individuum her, sondern als Subziel eines undefinierten wirtschaftlichen Wohls des Ganzen.

Ebenfalls fremd ist dem *DCFR* die Vorstellung, dass sich Freiheit, Sicherheit und Gerechtigkeit durchaus effizient durch Verfahren und Institutionen verwirklichen lassen, vielleicht sogar nur durch diese. Die Vorstellung einer vorsorgenden Rechtspflege lehnt der *DCFR* daher ebenso konsequent ab wie die diesen Verfahren immanente Form (vor allem Principle 2, 17 und 55). Sogar für die Schenkung soll Textform ausreichen. Missbräuchen wird nur über generalklauselartige Treuepflichten vorgebeugt

¹³ Principle 58: „*The rules in the DCFR are in general intended to be such as will promote economic welfare.*“

(IV.H. – 2:101 und IV.H.- 2:104). Selbst das tradierte Grundbuchsystem Kontinentaleuropas wird gerade noch einmal den Einzelstaaten überwiesen (VIII.-1:102).

Damit einher geht eine spezifische manichäistisch geprägte Rhetorik. Bewusst setzt sich das „*modern contract law*“ des Entwurfs in Antithese zum „*traditional*“ oder „*classical contract law*“ (siehe vor allem Principles 1, 6, 8, 9, 10, 20¹⁴). Statt der herkömmlichen Vertragsfreiheit gibt es (nur) eine „*genuine freedom of contract*“ (Principles 1, 2). „*Efficiency*“ steht den „*formal and procedural hurdles*“ bzw. den „*formalities*“ des „*traditional contract law*“ gegenüber (Principles 2 und 55).

Abweichungen vom „*classical contract law*“ einschließlich solcher vom *acquis* werden nur mit der These gerechtfertigt, dass heute die Dinge komplizierter geworden seien (so vor allem Principles 9, 20, 46). Diese Behauptung wäre jedoch erst einmal zu beweisen. Der *DCFR* tritt diesen Beweis jedoch nicht an. Ohne jeden Beweis und allein gestützt auf eine bloße rhetorische Figur gehen die Verfasser des *DCFR* somit ans Werk. Richtigerweise wird man konstatieren müssen, dass jede Zeit ihre schwierigen Rechtsprobleme hatte, aber auch ihre guten Juristen, die sie lösten.¹⁵

In Principle 46 berufen sich die Verfasser auf „*substance*“ statt auf „*actual wording*“ und postulieren damit ein überpositives Verbraucherrecht. Gerade diese überpositive Institutionenbildung unter Rückgriff auf ihr angebliches „Wesen“ ist ein typisch deutsches Phänomen, das in seinen Anfängen bis in die Vormärzzeit zurückreicht. Damit werden bestimmte Regelungsgegenstände des Rechts nicht nur der wissenschaftlichen, sondern auch der politischen Diskussion entzogen.

Die grundlegenden Prämissen des *DCFR* setzen sich bis in die Einzelheiten des Entwurfs fort, was folgende Beispiele zeigen:

(1) Aufwertung vorvertraglicher Treuepflichten zur primären Leistungspflicht.

Wegen der Stellung der Treuepflicht als Gegenpol zur Freiheit hat der Grundsatz von „*good faith and fair dealing*“ (Principles 22-23, 40, 42) zentrale Bedeutung „*under the heading of justice*“. Im Unterschied zur *culpa in contrahendo* handelt es sich um eine primäre Leistungspflicht (II.-3:301) mit der Folge einer Beweislastumkehr. Anders als bei § 311 Abs. 2 BGB muss der Schuldner des Schadensersatzes beweisen, dass er

¹⁴ Principle 20 lohnt hierbei die genauere Lektüre am meisten, vor allem wenn sich die Begründung eines Rücktrittsrechts für den Verbraucher trotz der aufgrund primärer Informationspflicht erzielten Marktbedingungen nur noch in falschen logischen Schlüssen verheddert: von der Haustürsituation ausgehend wird das Rücktrittsrecht wegen „*simplicity and legal certainty*“ und der angeblich gebotenen Falltypisierung auf alle Verträge mit Verbrauchern erstreckt.

¹⁵ Man denke etwa an die Entwicklung der Kausalität im Deliktsrecht in der römischen Hochklassik, das Handels- und internationale Privatrecht im Hochmittelalter, die Anfänge des Immobiliarredits im 18. Jahrhundert, die Diskussion über die juristische Person anlässlich des Städelchen Testaments oder die Herausbildung des Völkerrechts im 16. Jahrhundert (*Suarez, Vitoria, Grotius*).

dieser Verpflichtung genügt hat.¹⁶ Es kommt noch nicht einmal auf die Erkennbarkeit eines Informationsgefälles bei einem Vertragsteil für den anderen Teil an.

(2) Materielle Vertragskontrolle über Generalklauseln.

Freiheit und Gerechtigkeit als Subziele unter einer effizienten Güterallokation bedingen eine materielle Vertragsabschluss- und -inhaltskontrolle über Generalklauseln. Das beginnt schon mit dem generellen Vorbehalt eines „*fairness test*“ für die Vertragsfreiheit (Principle 11) und setzt sich über die Pflicht „*to act in accordance with good faith and fair dealing*“ (Principle 23, vgl. aber auch I.-1.102, II.-3:301 und II.-8:102) bis in die letzten Verästelungen hinein fort (so etwa in II.-3.302 (3) – „*reasonably anticipates*“¹⁷).

Weitere Beispiele für die heillose Flucht in Generalklauseln im *DCFR* sind (allein aus Teilen der Bücher II und III):

- (i) Der Begriff „*discrimination*“ samt der diesbezüglichen Beweislastverteilung und seine Durchsetzung im gesamten Schuldrecht, vgl. II.-2:101-105 und III.-1:105, vor allem die uferlose Definition in II.-2:102 (1) (a).
- (ii) „*incompatible*“ in III.-3:102.
- (iii) „*reasonable time*“ in III.-2:102 oder in III.-3:107 (statt dem eindeutigen „sofort“ wie in § 271 BGB).
- (iv) „*legitimate interest*“ in III.-2:107 (1) (b) (statt dem austarierten System der §§ 267, 268 BGB).
- (v) „*ancillary*“¹⁸ *obligation to take reasonable steps*“ in III.-2:111 (1).
- (vi) „*fundamental*“ in III.-3:502 bzw. „*adequate assurance*“ in III.-3:505.

(3) Ständisches Gesellschaftsmodell

Der *DCFR* denkt Vertragsrecht nicht vom Individuum, sondern von in Gruppen eingeteilten Marktteilnehmern her („*business and consumer*“, vgl. Principle 46, I.-1:105 und Annex). Diesen Ansatz führt er konsequent durch bis hin zum rechtshistorischen A-tavismus der „*vulnerable persons*“ (Principle 40, 46, 52, IV.H.-2:104). Darin steckt die zur uferlosen Generalklausel umgeformte *persona miserabilis* des vorindustriellen Zeitalters.¹⁹ Deutlich wird dies etwa im Vergleich mit § 138 Abs. 2 BGB, der bewusst

¹⁶ Das Konzept setzt sich z. B. auch in II-4:104 und II-9:102 fort.

¹⁷ Abgesehen davon ist dies eine Frage des Zivilprozessrechts.

¹⁸ Dieser Begriff wird zudem ohne Not eingeführt und bringt keinen Erkenntnisgewinn.

¹⁹ Die *persona miserabilis* spielt im geltenden deutschen Recht – wie auch im früheren gemeinen Recht – nur noch im Verfahrensrecht eine Rolle, dort aber erheblich konturierter in Form

nicht auf den „Stand“ der Person, sondern auf die konkrete Situation dieser Person abstellt.

bb) Traditionelles Konzept

Die großen Zivilrechtskodifikationen setzen in der Selbstgewissheit ihres Jahrhunderts die Vertragsfreiheit (Abschluss- und Inhaltsfreiheit) als Selbstverständlichkeit voraus. Eine Synopse der Aussagen wichtiger Kodifikationen zur Vertragsfreiheit zeigt das:

Gesetz, §§	Text
Preuß ALR 5 I 39 (1794)	Ueber alles, was der Gegenstand einer rechtsgültigen Willenserklärung seyn kann, können auch Verträge geschlossen werde
Code Civil Art. 1101 (1804)	Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. ²⁰
ABGB § 859 (Fassung von 1812)	Die persönlichen Sachenrechte, vermöge welcher eine Person einer andern zu einer Leistung verbunden ist, gründen sich entweder unmittelbar auf ein Gesetz; oder auf ein Rechtsgeschäft; oder auf eine erlittene Beschädigung.
BGB § 305 (Fassung von 1896)	Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Aenderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt.
schweiz. OR, Art. 1 Abs. 1 (1911)	Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien erforderlich.
italien. Codice Civile, Art. 1322 (geltende Fassung)	Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. ²¹

wie z. B. in § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG („unerfahrene und ungewandte Beteiligte“) oder in § 139 Abs. 2 ZPO („erkennbar übersehen“). Auch im *ius commune* war der Begriff sehr viel klarer konturiert.

²⁰ Übersetzung: „Der Vertrag ist eine Übereinkunft, durch die eine oder mehrere Personen sich gegenüber einer oder mehreren anderen verpflichten, etwas zu geben, zu tun oder zu unterlassen.“

²¹ Übersetzung: „Die Parteien können den Inhalt des Vertrages im Rahmen der gesetzlich vorgegebenen Grenzen frei bestimmen.“ Im Vergleich dazu bindet die Fassung von 1942 die Parteien auch an die Regeln der „ständischen Ordnung“ („*norme corporative*“) und beschränken die Vertragsinhaltsfreiheit im Grundsatz auf die gesetzlich vorgesehenen Vertragstypen: “(1) *Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative.* (2) *Le parti possono anche concludere contratti che non appar-*

Gesetz, §§	Text
niederl. Bürgerlich Wetboek, Boek 1, Art. 1 Abs. 1	Allen die zich in Nederland bevinden, zijn vrij en bevoegt tot her genot van de burgerlijke rechten. ²²

Alle genannten Kodifikationen, das italienische Gesetz jedenfalls für die Frage des Vertragsabschlusses, setzen die Abschluss- und Inhaltsfreiheit als dem Privatrecht vorgegebenes Prinzip voraus. Dem Gesetzestext vorangestellte „Principles“ halten jedenfalls alle diese Kodifikationen für unnötig.

cc) *Gegenmodelle aus dem 20. Jahrhundert*

Die Einordnung der Vertragsfreiheit als Subziel einer politisch gewollten Güterverteilung findet sich in den Gesetzeswerken der europäischen totalitären Systeme des 20. Jahrhunderts. Hierfür exemplarisch sei das Zivilgesetzbuch der DDR von 1976 zitiert:

Gesetz, §§	Text
ZGB-DDR §§ 6 und 8 (1976)	<p>§ 6</p> <p>(1) Die Rechte und Pflichten der Bürger in den zivilrechtlichen Beziehungen werden durch die sozialistischen gesellschaftlichen Verhältnisse bestimmt, die auf der politischen Macht der Arbeiterklasse, dem sozialistischen Eigentum an den Produktionsmitteln und der Leitung und Planung der Volkswirtschaft durch den sozialistischen Staat beruhen.</p> <p>(2) Jeder Bürger kann im Rahmen des Zivilrechts sozialistisches Eigentum nutzen, persönliches Eigentum, Urheberrechte sowie andere Rechte erwerben und innehaben, Verträge schließen und andere Rechtsgeschäfte vornehmen, über sein Eigentum durch Testament verfügen und erben; er hat die damit verbundenen Pflichten verantwortungsbewußt zu erfüllen.</p> <p>§ 8</p> <p>(1) Die Bürger gestalten auf der Grundlage dieses Gesetzes ihre zivilrechtlichen Beziehungen zu den Betrieben und zu anderen Bürgern.</p>

tengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico."

²² Übersetzung: „Alle, die sich in den Niederlanden befinden, sind frei und zur Ausübung der bürgerlichen Rechte befugt.“

Gesetz, §§	Text
	(2) Die Bürger sind berechtigt, im Rahmen dieses Gesetzes Verträge aller Art zu schließen, die darauf gerichtet sind, ihre materiellen und kulturellen Bedürfnisse zu befriedigen.

Damit soll den Verfassern des *DCFR* nicht unterstellt werden, dass sie totalitäre Ziele verfolgten, was sie ganz gewiss nicht tun. Es ist aber zu betonen, dass die Vertragsfreiheit in einem freiheitlichen und marktwirtschaftlichen System im Mittelpunkt des Zivilrechts zu stehen hat und nicht lediglich eines von mehreren Subzielen ist. Die *DCFR*-Verfasser würden dem wahrscheinlich auch gar nicht widersprechen, es kommt in ihrem Entwurf aber leider nicht zum Ausdruck. Hierin liegt die große Gefahr von Missverständnissen und einer Diskreditierung des gesamten Projekts.

Überspannte man den Ansatz des *DCFR*, so ließen sich gar sprachliche Parallelen zum methodischen Denken der nationalsozialistischen Juristen finden. So heißt es etwa in den in den Vorentwürfen zum Volksgesetzbuch enthaltenen und dort an den Anfang gestellten „Grundregeln für das Volksgesetzbuch des Großdeutschen Reiches“²³:

- „11. *Die Ordnung des Wirtschaftslebens ist wesentliche Voraussetzung eines gemeinschaftsbewußten Zusammenlebens der Volksgenossen. Als Mittel sinnvoller Verteilung der Güter wird der Vertrag anerkannt.*
- 12. *Niemand darf sich durch Verträge seiner Ehre und Freiheit berauben. Niemand darf Verträge zur rücksichtslosen Verfolgung eigener Belange mißbrauchen. Schuldner und Gläubiger müssen bei Abschluß eines Vertrages aufeinander gebührend Rücksicht nehmen und haben zur Erreichung des Vertragszwecks gegenseitig vertrauensvoll zusammenzuwirken.*
- 13. *Erklärungen und Verträge werden nur insoweit anerkannt, als sie mit den Grundsätzen des völkischen Zusammenlebens in Einklang stehen. Verstoßen sie dagegen oder gegen zwingende gesetzliche Einzelvorschriften, so sind sie ungültig. Das gilt auch für Umgehungsversuche...*
- 14. *Jedermann muss sich gefallen lassen, daß seine Erklärungen so gedeutet werden, wie es nach den Umständen des Einzelfalls dem Willen eines redlichen, seiner Verantwortung gegenüber einem Geschäftspartner und der Volksgemeinschaft bewußten Volksgenossen entspricht.*
- 18. *Jedermann hat in Erfüllung seiner Pflichten und in Ausübung seiner Rechte Treu und Glauben und die guten Sitten (die anerkannten Grundsätze des völ-*

²³ Zitiert nach *Werner Schubert et al.*, Akademie für Deutsches Recht 1933-1945, Protokolle der Ausschüsse, Band III/1 Volksgesetzbuch, 1988, S. 46 (Fassung der Beratungen vom Mai 1941). Siehe auch die spätere Fassung von 1942, a. a. O., S. 515 ff.

kischen Zusammenlebens) zu beachten. Er soll den berechtigten Belangen des am Rechtsverhältnis beteiligten Volksgenossen gebührend Rechnung tragen und überall das Wohl der Gemeinschaft dem eigenen Nutzen voransetzen.“

Auch wenn der *DCFR* nicht im geringsten Verdacht steht, nationalsozialistisches Rechts- oder Gedankengut zu transportieren, gibt die Nähe etwa des Principle 58 („*The rules in the DCFR are in general intended to be such as will promote economic welfare*“), zu der vorzitierten Grundregel doch zu denken. Gleiches gilt für die herausgehobene Rolle des Treuegedankens im Vertragsrecht.

dd) Einordnung des *DCFR*

Die angeblich „moderne“ Konzeption des *DCFR* hat jedenfalls sprachlich deutlich mehr Ähnlichkeiten mit den Produkten totalitärer Ideologien des 20. Jahrhunderts als mit dem „klassischen“ Vertragsrecht. Dies gilt insbesondere für die Unterordnung der Vertragsfreiheit als Teil der bürgerlichen Freiheit unter das politische Ziel des „*economic welfare*“.

Zwischen dem *DCFR* und einer Rechtswissenschaft, die die Freiheit dem Gemeinwohl unterordnet, bestehen darüber hinaus weiter folgende Gemeinsamkeiten:

- (1) Das Rechtsdenken nimmt die Gemeinschaft her, nicht das Individuum zum Ausgangspunkt (*business and consumer*)²⁴.
- (2) Generalklauseln wie „gute Sitten“ und „Treu und Glauben“ (§§ 138, 242 BGB) oder „*good faith and fair dealing*“ werden von gesetzlichen Außenschranken der Vertragsfreiheit in institutionelle Innenschranken aller subjektiven Rechte umgedeutet.²⁵
- (3) Als Methode der Rechtsanwendung dient auch im *DCFR* der Rückgriff auf einen außerpositiven Begriff des Rechtsinstituts²⁶, so vor allem in der „verräterischen“ *Acquis*-Argumentation mit „*substance*“, die das „*actual wording*“ in Principle 46

²⁴ Siehe etwa *Heinrich Stoll*, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936, S. 7: „*Das vertragliche Schuldverhältnis ist die Rechtsform der Güterbereitstellung und Güterverteilung, unentbehrlich um das Leben der Gemeinschaft zu ermöglichen und Höchstleistungen zu erzielen.*“

²⁵ So die Formulierung von *Bernd Rütters*, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 1968, hier zitiert nach der Taschenbuchausgabe 1973, S. 364 f. (§ 19 V. 2.). Besonders deutlich wird dies auch an der Behandlung des Diskriminierungsverbots und der diesbezüglichen Beweislastverteilung im *DCFR*.

²⁶ Hierzu eingehend *Rütters*, a. a. O., S. 145 f. mit zahlreichen Belegen (§ 21 I 3 c)) und folgendem Fazit: „*Der außerpositiv aufgefaßte Institutsbegriff übernimmt daher die Rolle, im Wege einer institutionellen Interpretationsmethode entweder die normative Kraft des Faktischen oder die normative Kraft des Ideologischen methodisch zu rechtfertigen. Die institutionelle Methode hat eine Schleusenfunktion für die Einführung nicht normierter Wertungen in die praktische Rechtsanwendung.*“

überspielt, aber auch allgemein über die Öffnung des Rechts für außerrechtliche Erwägungen durch die Generalklauseln.

- (4) Die Angriffe gegen das „*classical contract law*“ mit seinen „*formal and procedural hurdles*“ und die Propagierung einer „*genuine freedom of contract*“²⁷ findet ihre Parallele etwa in den Schriften von *Carl Schmitt* gegen die „*nur formale Wertneutralität*“ der Weimarer Verfassung.²⁸

Natürlich steht der *DCFR* nicht in irgendeiner Kontinuität totalitärer Rechtsschulen. Der Sprach- und Methodenvergleich belegt jedoch, dass der *DCFR* inhaltlich und textlich Konzepten nahesteht, die die Vertragsfreiheit als ein Relikt bürgerlich-liberalen Denkens betrachten, das es zu bekämpfen gilt. Das ist nicht die Tradition von 1789, sondern die Denkstruktur wertkonservativer neoidealistischer Liberalismus- und Kapitalismuskritik der Zeit ab 1890. Wohl neu am *DCFR* ist allerdings die Kategorie der *efficiency*²⁹.

Mittel dieses Denkens sind Generalklauseln, mit denen das angeblich „*formalistische Denken*“ zugunsten einer gemeinschaftsorientierten materialen Vertragsgerechtigkeit überwunden werden soll. Über diese fließen die außerpositiv bestimmten Rechtsvorstellungen in das Zivilrecht ein. Institutionen und Verfahren zur Rechtsverwirklichung haben in solchem Rechtsdenken keinen Platz. Für den *DCFR* sind sie überflüssig, da ineffiziente „*formal and procedural hurdles*“. Statt der angeblichen „*minimum intervention*“ in Principle 11 unterwirft der „*fairness test*“ das gesamte Rechtshandeln des Bürgers einer uferlosen richterlichen Kontrolle. Das verschiebt die Gewichte innerhalb der Staatsgewalten.

Der *DCFR* begibt sich damit jedenfalls sprachlich in die unheilvolle Kontinuität einer Zivilistik, die sich – von der Rechtsgeschichte abgesehen – immer noch nicht aus der methodischen Pfadabhängigkeit des späten 19. Jahrhunderts und der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts befreit hat. Statt dessen droht jetzt die Europäisierung dieser Ansätze. Statt „modern“ zu sein, greift der *DCFR* eher auf überholte Konzepte zurück. Es muss erlaubt sein, hierauf einmal in aller Vorsicht hinzuweisen, freilich ohne den Autoren eine entsprechende Motivlage zu unterstellen. Der Leser ohne Kenntnis von *substance* hat eben nur das *actual wording* zur Verfügung, und die Bedeutung der Wörter erschließt sich nun einmal (nur) aus ihrem historischen Kontext.

²⁷ Die Übersetzung mit „*gesunde*“ Vertragsfreiheit dürfte dem Gemeinten am nächsten kommen.

²⁸ *Carl Schmitt*, Legalität und Legitimität, 1932, S. 14, 23, 46 (zitiert nach der 7. Aufl. 2005).

²⁹ Eine ideengeschichtliche Untersuchung ökonomischen Effizienzdenkens auf mögliche Zusammenhänge mit sozialdarwinistischem Biologismus steht allerdings u. W. noch aus.

5. Welche Folgerungen für die Bewertung des Grünbuchs ergeben sich aus den Antworten zu den Fragen oben 2. – 4.?

Ein Europäisches Zivilrecht für den europäischen Staatsbürger des Vertrags von Lissabon bleibt ein politisches und juristisches Desiderat. Der Weg dorthin wird jedoch kein leichter sein. Sein Ziel ist auch nicht schnell zu erreichen.

Ein europäisches Zivilrecht setzt nicht zuletzt die wissenschaftlich-praktische Durchdringung des gesamteuropäischen Rechtsstoffs mit dem Ziel eines juristisch-dogmatischen Konsenses voraus. Erneut muss sich eine – diesmal gesamteuropäische – Rechtswissenschaft auf die Suche nach dem Heiligen Gral der Zivilistik begeben, der Frage, was ein subjektives privates Recht ist.

Diese Frage stellt sich von drei Seiten:

- (1) Wie wird ein subjektives privates Recht begründet (Rechtsgeschäftslehre)?
- (2) Welchen Inhalt hat es (Obligationenrecht)?
- (3) Wie wird es verwirklicht (Sachen- und Verfahrensrecht)?

Das manchmal kritisch gemeinte Wort vom „Neopandektismus“ zu einem solchen wissenschaftlichen Vorgehen erscheint uns eher als angemessene Forderung. Die Erfahrungen der Praktiker im *CFR-Net* sprechen dafür, dass ein solcher Konsens über ein *ius commune* erreichbar sein könnte.

Die europäische Politik muss Übereinstimmung über die Ziele des Projekts erzielen. Geht es um eine unheilige Allianz zwischen Willfährigkeit gegenüber einzelnen Interessengruppen und an Zuständigkeitsgewinn orientierter Machtpolitik, wird das Unterfangen nicht gelingen. Solange ein europäisches Zivilrecht nicht den freien europäischen Bürger in den Mittelpunkt stellt, wird es die Fackel der charismatischen Gründerväter der Europäischen Union nicht weitertragen.

Da dieser wissenschaftlich-politische Konsens im Handelsrecht (verstanden im traditionellen Sinn eines Sonderprivatrechts der Kaufleute) europaweit sehr viel stärker ausgeprägt ist, erscheint es sinnvoll, entsprechend dem Vorgehen im Deutschen Bund, mit der Kodifikation des Handelsrechts („b2b“) zu beginnen, sich dann zum bürgerlichen Recht („c2c“) vorzuarbeiten und schließlich Schutzvorschriften für Ungleichgewichtslagen („b2c“) zu integrieren.

Nach Herstellung eines Zielkonsenses sollte ein Entwurf mit den Methoden erarbeitet werden, die sich in der Vergangenheit bewährt haben, also in einem kleinen Team mit Übergewicht herausragender Justizpraktiker. Der Heilige Proportius ist hierfür ebenso wenig ein guter Ratgeber wie die bisherige Kommissionspraxis ergebnisorientierter Studienvergabe nach einer Pseudoausschreibung.

Für eine solche Kleingruppe von Redaktoren mag der *DCFR* ein Baustein sein, aus dem sie manches verwenden kann, vieles dagegen nicht. Hieraus ergibt sich, dass der *DCFR* allenfalls als Tool-Box verwendbar sein könnte, wenngleich man sich der

Tatsache bewusst sein muss, dass diese Werkzeuge missbrauchsanfällig sind und ihr Gebrauch in eine Diktatur der *political correctness* münden kann.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Oliver Vossius