

# Strukturelle Schwächen in der Europäisierung des Privatrechts

Eine Prozessanalyse der jüngeren Entwicklungen

Von WALTER DORALT, Hamburg\*

## Inhaltsübersicht

I. Einleitung . . . . .	261
II. »Draft Common Frame of Reference« und »Common Frame of Reference«	264
1. Entstehung und Ergebnis der Arbeiten am DCFR . . . . .	264
2. Wissenschaftliche und politische Dimension des (D)CFR . . . . .	266
3. Die Suche nach den besten Lösungen braucht eine wissenschaftliche Debatte. . . . .	268

---

\* Der Autor dankt den Teilnehmern der »Aktuellen Stunde« vom 3.6. 2010 am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht für die Diskussion der Thesen sowie *Susanne Augenhöfer, Maja Brkan, Jens Kleinschmidt, Stefan Vogenauer* und *Reinhard Zimmermann* für konstruktive Kritik zu einem Entwurf dieses Beitrags.

Abgekürzt werden zitiert: *Christian v. Bar*, Die Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens aus Sicht der Verfasser des wissenschaftlichen Entwurfs, in: Der Gemeinsame Referenzrahmen (diese Note) 24–33 (zitiert: Funktionen); *Hugh Beale*, The Future of the Common Frame of Reference: Eur. Rev. Contract L. 2007, 257–276; *Walter Doralt*, Rote Karte oder grünes Licht für den Blue Button?, Zur Frage eines optionalen europäischen Vertragsrechts: AcP 211 (2011) (1–34); *Horst Eidenmüller/Florian Faust/Hans C. Grigoleit/Nils Jansen/Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann*, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht: JZ 2008 529–550 (zitiert: *Eidenmüller u. a.*, Referenzrahmen); *Wolfgang Ernst*, Der »Common Frame of Reference« aus juristischer Sicht: AcP 208 (2008) 249–282 (zitiert: Common Frame of Reference); Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung, hrsg. von *Martin Schmidt-Kessel* (2009); *Stefan Grundmann*, The Structure of the DCFR – Which Approach for Today’s Contract Law?: Eur. Rev. Contract L. 2008, 225–247; Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, hrsg. von *Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann* (2009) 1177–1180 (zitiert: HWBEuP); *Brigitta Lurger*, DCFR, CFR, Common Core etc.: Wege oder Irrwege zu einem europäischen Privatrecht?, in: Europäische Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa, hrsg. von *Andreas Fischer-Lescano/Florian Rödl/Christoph U. Schmid* (2009) 55–73 (zitiert: Wege); *Hans Schulte-Nölke*, The way forward in European consumer contract law: optional instrument instead of further deconstruction of national private laws, in: The Cambridge Companion to European Union Private Law, hrsg. von *Christian Twigg-Flesner* (2010) 131–146 (zitiert: Way forward).

III. <i>Wo gab es bisher Schwächen?</i> . . . . .	270
1. <i>Transparenz war bisher Mangelware</i> . . . . .	270
2. <i>Ein Geburtsfehler und die Verantwortung der Politik</i> . . . . .	271
3. <i>Wenig Zeit, aber viele Köche</i> . . . . .	275
IV. <i>Die neuen Entwicklungen – Expertengruppe zum Vertragsrecht, persönliche Berater der Kommissarin und Grünbuch Vertragsrecht 2010.</i> . . . . .	277
1. <i>Expertengruppe und »Network of Excellence«: Same same but different?</i> . . . . .	278
2. <i>Zwei persönliche Berater der Kommissarin</i> . . . . .	281
3. <i>Das neue Grünbuch Vertragsrecht</i> . . . . .	282
V. <i>Zusammenfassung</i> . . . . .	283
<i>Summary: Structural Weakness in the Europeanisation of Private Law – a Procedural Analysis of Recent Developments</i> . . . . .	285

## I. Einleitung

Viele punktuelle Eingriffe des Europäischen Gesetzgebers prägen die Veränderung des Privatrechts und seine immer deutlichere Europäisierung.<sup>1</sup> Während die Wissenschaft diese Entwicklungen lange Zeit hindurch nur wenig beeinflusste, werden die intensiven Bemühungen um ein belastbares wissenschaftliches Fundament für die Europäisierung des Privatrechts nun vermehrt wahrgenommen. Aufmerksamkeit erhielten etwa die *Principles of European Contract Law* (PECL)<sup>2</sup> und die *Principles of European Tort Law* (PETL).<sup>3</sup> Voraussetzung für die Annäherung an die Wissenschaft war neben der größeren Offenheit von Legisten und Richtern vor allem die Überzeugungskraft wissenschaftlicher Arbeitsergebnisse und Argumente. Bereits vor Abschluss der Arbeiten und damit lange vor dem Zeitpunkt, zu dem die Überzeugungskraft der Argumente eine Rolle spielt, hatte der sog. *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) eine Sonderstellung erreicht. Der DCFR ist ein von der Europäischen Kommission als Grundlage für die Europäisierung des Privatrechts in Auftrag gegebenes Großprojekt, zu dem sich mehrere Wissenschaftlergruppen unter der Bezeichnung *Joint Network on European Private Law – Network of Excellence*<sup>4</sup> zusammengefunden hatten. Die Ar-

<sup>1</sup> Reinhard Zimmermann, *European Contract Law: General Report*: EuZW 2009, 455–462.

<sup>2</sup> Vgl. Reinhard Zimmermann, *Principles of European Contract Law*, in: HWBEuP 1177–1180.

<sup>3</sup> Ulrich Magnus, *Principles in European Tort Law*, in: HWBEuP 1186–1190.

<sup>4</sup> Für eine Liste siehe <<http://www.copecl.org>>. Zur Acquis Group und den Acquis Principles siehe Hans C. Grigoleit/Lovro Tomasic, *Acquis Principles*, in: HWBEuP 12–17; zur Study Group on a European Civil Code siehe Martin Schmidt-Kessel, *Study Group on a European Civil Code*, ebd. 1453–1456; Christian v. Bar, *Die Struktur des Draft Common Frame of Reference*, in: *Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen*, hrsg. von

beiten konnten in dem äußerst knapp bemessenen Zeitrahmen<sup>5</sup> abgeschlossen werden. Als Ergebnis wurde 2009 ein umfassendes Regelwerk mit rechtsvergleichenden Anmerkungen veröffentlicht.<sup>6</sup> Von Beginn an hatten die Wissenschaftler den Kontakt zur Politik gesucht und auch gefunden. Daraus ergab sich unter anderem eine erhebliche finanzielle Unterstützung,<sup>7</sup> ohne die in einem so kurzen Zeitraum ein dermaßen gewaltiges Projekt kaum durchführbar gewesen wäre. Noch wichtiger wird die gewonnene Nähe zur Politik aber für die Verwertung der Ergebnisse. Derzeit wird der wissenschaftliche Entwurf auf Initiative der Europäischen Kommission durch eine von ihr im April 2010 eingesetzte Expertengruppe überarbeitet.<sup>8</sup> Daraus soll bis Mai 2011 die Grundlage für ein optionales europäisches Vertragsrecht hervorgehen. Zusätzlich wurden zwei persönlicher Berater der Justizkom-

---

*Reiner Schulze/Christian v. Bar/Hans Schulte-Nölke* (2008) 35–45 (40) (zitiert: Der akademische Entwurf).

<sup>5</sup> Zum Zeitrahmen und seiner Verkürzung nach Arbeitsbeginn Näheres unten in N. 76. Auch die Gruppen selbst hatten keine lange »Vorlaufzeit«: Die *Study Group on a European Civil Code* wurde 1998 gegründet, die *Acquis Group* 2002. Der Begriff »CFR« findet sich zum ersten Mal in der Mitteilung der Kommission: Ein kohärentes europäisches Vertragsrecht – ein Aktionsplan, KOM(2003) 68 endg. und geht auf Anregungen aus der Wissenschaft zurück; dazu *v. Bar*, Funktionen 24–33. In der Mitteilung der Kommission waren drei Ziele formuliert worden: Erhöhung der Kohärenz des Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet des Vertragsrechts, Ausarbeitung EU-weiter allgemeiner Geschäftsbedingungen und eine Untersuchung, ob ein »optionales Rechtsinstrument« zur Lösung der Probleme des europäischen Vertragsrechts notwendig ist; ab 2005 wurden die genannten Gruppen (und weitere Institutionen) unter dem sog. *Joint Network on European Private Law – Network of Excellence* zur Ausarbeitung des DCFR zusammengefasst, dessen Entwurf Ende 2007 abgegeben und dann mit gewissen Veränderungen bis 2009 veröffentlicht wurde. Zum enormen Zeitdruck siehe *Schulte-Nölke*, *Way forward* 144ff., wo auch die plötzliche Reduktion des bereits vereinbarten Zeitplans erwähnt wird.

<sup>6</sup> Für eine Einführung *Reinhard Zimmermann*, *Common Frame of Reference*, in: HWBEuP 276–280.

<sup>7</sup> Die Finanzierung des DCFR erfolgte maßgeblich durch die Europäische Kommission und ihr 6. Forschungsrahmen-Programm, das das *Network of Excellence CoPECL – Common Principles of European Contract Law* finanzierte. Zu anderen Geldquellen und näheren Informationen über das Netzwerk, Entstehung und involvierte Personen siehe *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, *Interim Outline Edition*, hrsg. von *Christian v. Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke/Hugh Beale u. a.* (2008) 1–49. Zu den Erwartungen der Politik *Meglana Kuneva*, *The European Contract Law and Review of the Consumer Acquis*: ZEuP 2007, 955–957. Dazu, dass es keine offene Ausschreibung, sondern einen Vorschlag aus der Wissenschaft gab, den die Politik billigte und zu finanzieren bereit war, siehe *Beale* 258.

<sup>8</sup> Beschluss der Kommission vom 26. 4. 2010 zur Einsetzung einer Expertengruppe für einen gemeinsamen Referenzrahmen im Bereich des europäischen Vertragsrechts, ABL L 105/109 (die Liste der Mitglieder dieser Gruppe vom 21. 5. 2010 findet sich unter dem Titel IP/10/595 und kann abgerufen werden unter <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/595&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>>.

missarin bestellt, die ihr mit Rat über die Arbeit der Experten zur Seite stehen sollen.

Neben diese Entwicklungen tritt das im Juni 2010 von der Europäischen Kommission vorgestellte Grünbuch Vertragsrecht. Dazu waren Stellungnahmen bis Januar 2011 erwünscht.<sup>9</sup> Das Grünbuch stellt sieben Optionen für das weitere Vorgehen zur Diskussion, womit im Grunde alle denkbaren Varianten angesprochen sind – von einer bloßen Veröffentlichung bisheriger und laufender Arbeiten, bis hin zu einem optionalen europäischen Vertragsrecht in verschiedenen Ausgestaltungen oder sogar einer gesamteuropäischen Kodifikation. Optionen, die keine schnelle Wirkung entfalten, werden nicht favorisiert. Die zuständige Kommissarin macht aus ihrer Präferenz für ein optionales europäisches Vertragsrecht kein Geheimnis.<sup>10</sup> Indes sind die zahlreichen Implikationen eines solchen Vertragsrechts in ihrer Komplexität wohl noch nicht allgemein bewusst.<sup>11</sup>

Schließlich zeichnet sich eine weitere Entwicklung ab, die sich auf die Europäisierung der Rechtswissenschaft und die in diesem Beitrag geäußerten Gedanken auswirken wird. Gemeint ist die Gründung eines *European Law Institute* (ELI). Dieses soll nicht auf das Privatrecht beschränkt sein, die Initiative geht aber von Professoren des Privatrechts aus. Im Einzelnen stehen die Aufgaben noch nicht fest. Anzunehmen ist, dass die Koordination zwischen politischen Institutionen und vorhandenen Netzwerken aus der Wissenschaft dazugehören wird.<sup>12</sup> Nach den aktuellen Plänen soll das ELI unabhängig von der Politik, auch von der Europäischen Kommission sein.

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen wird im Folgenden zunächst auf den aktuellen Stand der wissenschaftlichen Diskussion um den DCFR eingegangen (II.), um daran anschließend die Schwächen des bisherigen Prozesses herauszuarbeiten (III.). Schließlich werden die aktuellen Entwicklungen rund um die neu einberufene Expertengruppe, die persönlichen Berater der Kommissarin und das Grünbuch Vertragsrecht analysiert (IV.). Die

---

<sup>9</sup> Grünbuch der Kommission, Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM(2010) 348/3 (zitiert: Grünbuch Vertragsrecht 2010).

<sup>10</sup> Vgl. dazu die Reden der zuständigen Kommissarin *Viviane Reding*, *European Consumer Day 2010*, 15. 3. 2010; *Speech at the American Chamber of Commerce to the EU*, 22. 6. 2010; beide abrufbar auf der Seite der Kommissarin <[http://ec.europa.eu/commission\\_2010-2014/reding/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/reding/index_de.htm)>.

<sup>11</sup> *Sebastian Martens*, Ein Knopf für den Binnenmarkt?, oder: Vollharmonisierung durch den »Blue Button«?: *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)* 2010, 215–218; *Doralt* 1 ff.

<sup>12</sup> Näheres dazu ist im Internet abrufbar: <<http://www.europeanlawinstitute.eu>>; siehe dort insbesondere das *Hamburg Memorandum* vom 15. 7. 2010 zu möglichen Aufgaben und Struktur des ELI.

politischen Vorhaben beschränken sich derzeit auf das Vertragsrecht, daher wird auch hier primär auf das Vertragsrecht Bezug genommen.<sup>13</sup>

Bei allen diesen Punkten wird besonders die Frage der Organisation der verschiedenen abgeschlossenen und laufenden Arbeitsschritte betrachtet, weil organisatorische und strukturelle Fragen bislang wenig beachtet wurden. Dabei werden Schwachstellen und Kompromisse sichtbar, die bereits jetzt einen erheblichen Einfluss auf die jüngsten Entwicklungen und wissenschaftlichen Ergebnisse nehmen. Zwar ist die Europäisierung des Privatrechts bereits weit vorangeschritten, sie wird aber noch viele Jahre hindurch nicht abgeschlossen sein. Das Bewusstsein über bisherige Schwächen mag daher zukünftige Arbeitsschritte erleichtern.

## II. »Draft Common Frame of Reference« und »Common Frame of Reference«

### 1. Entstehung und Ergebnis der Arbeiten am DCFR

Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem DCFR<sup>14</sup> hat eben erst eingesetzt, teilweise mit scharfer Kritik.<sup>15</sup> Klar ist aber bereits jetzt, dass der

<sup>13</sup> Nicht behandelt werden hier die Sondergebiete, vor allem nicht das Versicherungsvertragsrecht, zu dem sich eine eigene, umfangreiche wissenschaftliche Diskussion entfaltet hat. Dazu *Principles of European Insurance Contract Law*, PEICL <<http://www.restatement.info/>>; Jürgen Basedow, Der Gemeinsame Referenzrahmen und das Versicherungsvertragsrecht: ZEuP 2007, 280–288 (zitiert: Der Gemeinsame Referenzrahmen); Helmut Heiss/Jürgen Basedow/Manfred Wandt, Principles of European Insurance Contract law (PEICL), Ein wichtiger Schritt zur Integration nationaler Versicherungsmärkte in der EU: EuZW 2008, 68; Christian Armbrüster, Das Versicherungsrecht im Common Frame of Reference: ZEuP 2008, 775–812; Helmut Heiss, Principles of European Insurance Contract law, in: HWBUEP 1183–1186; ausführlicher ders., The Common Frame of Reference (CFR) of European Insurance Contract Law, in: Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law<sup>2</sup>, hrsg. von Reiner Schulze (2009) 235–260; Principles of European Insurance Contract law (PEICL), hrsg. von Jürgen Basedow/John Birds/Malcolm Clarke/Herman Cousy/Helmut Heiss (2009).

<sup>14</sup> Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private law, Draft Common Frame of Reference, Full Edition, hrsg. von Christian v. Bar/Eric Clive (2009).

<sup>15</sup> Siehe z. B. Jürgen Basedow, Kodifikationsrausch und kollidierende Konzepte – Notizen zu Marktbezug, Freiheit und System im Draft Common Frame of Reference: ZEuP 2008, 673–676 (zitiert: Kodifikationsrausch); Stefan Grundmann 225–247; Eidenmüller u. a., Referenzrahmen 529–550; Wolfgang Ernst, Common Frame of Reference 249–282; Jan Smits, The Draft-Common Frame of Reference, Methodological Nationalism and the Way Forward: Europ. Rev. Contract L. 2008, 270–280; Brigitta Lurger, Wege 59 ff.: »inhaltliche und methodische Inkohärenz«. Kritisch zur Struktur Martijn Hesselink, The CFR and Social Justice, in: The Politics of the Draft Common Frame of Reference, hrsg. von Alessandro Somma (2009) 95–113 (110). Kritisch zur Regelung der Dienstleistungsverträge Hannes Unberath, Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens: ZEuP 2008, 745–774. Kritisch zum Schadensersatzrecht im DCFR Gert Brüggemeier, Study Group on a European Civil

Entwurf ein wichtiger Schritt für die Europäisierung des Privatrechts ist und die umfangreichen rechtsvergleichenden Anmerkungen (Notes) eine reichhaltige Quelle für weitere Forschungsvorhaben bilden werden. Der DCFR umfasst das gesamte Vermögensrecht und geht damit weit über das Vertragsrecht hinaus.<sup>16</sup>

Ansatz, Struktur und thematische Reichweite des DCFR tragen die Züge einer Kodifikation des Privatrechts.<sup>17</sup> Gleichwohl wird betont, dass eine die nationalen Gesetzbücher ersetzende Kodifikation daraus nicht hervorgehen soll.<sup>18</sup> Rechtsvergleichend betrachtet ist die Regelungsdichte hoch. Stil und

---

Code: Principles of European Law: Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another: AcP 210 (2010) 308–317. Kritisch zum Irrtumsrecht *Nils Jansen/Reinhard Zimmermann*, Vertragsschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht, Textstufen transnationaler Modellregelungen: AcP 210 (2010) 196–250 (zitiert: Vertragsschluss). Kritisch zum Bereicherungsrecht *Jan Smits*, A European Law on Unjustified Enrichment?, A Critical View of the Law of Restitution in the Draft Common Frame of Reference, in: *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference*, hrsg. von *Antoni Vaquer* (2008) 152–163; mit dem Vorwurf der Einschränkung der Privatautonomie *Horst Eidenmüller*, Party Autonomy, Distributive Justice and the Conclusion of Contracts in the DCFR: *Eur. Rev. Contract L.* 2009, 109–131. Kritik aus ökonomischer Perspektive in den Beiträgen von *Urs Schweizer*, *Florian Faust*, *Thomas Ackermann*, *Hannes Unberath*, *Carsten Herresthal*, *Gregor Thüsing*, *Sally Horler* und *Gerhard Wagner*, in: *The Common Frame of Reference, A View from Law and Economics*, hrsg. von *dems.* (2009).

<sup>16</sup> *Reiner Schulze*, Der DCFR – Funktionen, Methoden und Struktur, in: *Der akademische Entwurf* (oben N. 4) 1–34.

<sup>17</sup> Vgl. *Smits* (oben N. 15) 274 («a comprehensive codification of private law») und 275 ff.; *Eidenmüller u. a.*, Referenzrahmen 533; *Grundmann* 225 ff.; *Thomas Pfeiffer*, Methodik der Privatrechtsangleichung in der EU, Der gemeinsame Referenzrahmen zum europäischen Vertragsrecht: AcP 208 (2008) 227–247 (238); *Wolfgang Ernst*, Zur Struktur des CFR, in: *Der Gemeinsame Referenzrahmen* 55–69 (57 f.) («[Der CFR] ist ein *Code unique*.»); *Nils Jansen/Reinhard Zimmermann*, Was ist und wozu der DCFR?: *NJW* 2009 3401–3406 (3402); *dies.*, »A European Civil Code in All But Name«: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference: *Cambridge L.J.* 69 (2010) 98–112. Vgl. noch vor Abschluss der Arbeiten am DCFR *Diana Wallis*, Is it a Code?: *ZEuP* 2006, 513–514; die Frage einer gesamt-europäischen Kodifikation hatte eine ausgesprochen heftige Debatte ausgelöst, die besonders in Frankreich emotional geführt wurde: *Yves Lequette*, Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar: *D.* 2002, Chr. 2202–2214; *Philippe Malinvaud*, Réponse – hors délai – à la Commission européenne: à propos d’un code européen de contrats: *D.* 2002, Chr. 2542–2551; siehe auch *Thomas Kadner-Graziano*, Die Zukunft der Zivilrechtskodifikation in Europa, Harmonisierung der alten Gesetzbücher oder Schaffung eines neuen?, Überlegungen anlässlich des 200. Jahrestags des französischen Code civil: *ZEuP* 2005, 523–540 mit weiteren Nachweisen. Zur Frage der Kodifikation vor dem DCFR siehe die Beiträge in: *Towards a European Civil Code*, hrsg. von *Arthur Hartkamp/Martijn Hesselink/Ewoud Hondius/Carla Joustra/Edgar du Perron/Muriel Veldman* (2004); *The Harmonisation of European Contract Law*, hrsg. von *Stefan Vogenauer/Stephen Weatherill* (2006); vgl. davor auch *Jürgen Basedow*, Codification of Private Law in the European Union, The Making of a Hybrid: *Eur. Rev. Priv. L.* 2001, 35–49.

<sup>18</sup> Vgl. z. B. *Beale* 258; *Hans Schulte-Nölke*, Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht – Fakten und populäre Irrtümer: *NJW* 2009, 2161–2167 (zitiert: Arbeiten).

Struktur sind durch und durch deutsch,<sup>19</sup> dennoch ist es ein genuin europäisches Produkt, urteilt man nach den beteiligten Personen (über 200 Juristen aus allen Mitgliedstaaten<sup>20</sup>).<sup>21</sup>

## 2. Wissenschaftliche und politische Dimension des (D)CFR

Die wissenschaftlichen Ergebnisse des DCFR bilden den Ausgangspunkt für zwei schwer trennbare und parallel verlaufende Diskussionen.<sup>22</sup> Einerseits geht es um die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem derzeit größten rechtsvergleichenden Projekt im Privatrecht, andererseits um die

<sup>19</sup> Ähnlich der Eindruck bei *Ole Lando*, *The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference*: *Eur. Rev. Contract L.* 3 (2007) 245–256 (250f.) (»The lawyer who is not familiar with the stringent and incomprehensible logic of the CFR, a logic borrowed from the German Civil Code, will wonder why he must look for provisions that mostly apply to contracts, in a Book that has merged contracts with other obligations«); Kritik am BGB wegen seines ausgeprägten Hanges zur Abstraktion bei *Ole Lando*, *Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts*: *RabelsZ* 67 (2003) 231–245 (244f.). Vgl. *Ernst* (oben N. 17): »Der CFR [...] ähnelt in dieser Hinsicht dem BGB [...]«; *ders.*, *Common Frame of Reference* 250: »Die einzelnen Regelungen sind recht detailliert und intensiv miteinander durch Querverweise »verzahnt«. Dem Ideal der Volkstümlichkeit ist das Ganze so wenig verpflichtet wie etwa das deutsche BGB.« Kritisch zur Abstraktion im DCFR auch *Reiner Schulze/Thomas Wilhelmsson*, *From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules*: *Eur. Rev. Contract L.* 2008, 155–168 (159ff.); ähnlich *Grundmann* 225ff.: »[The DCFR] is mainly a comparative law synthesis of traditional Codes, with a certain Germanic bias, supplemented by the rules taken from the *acquis* (and generalised)«; *Stefan Grundmann*, *Grand European Code Napoléon or Concise Uniform Contract Law? Defining the Scope of a Common Frame of Reference*, in: *The Politics of the Draft Common Frame of Reference* (oben N. 15) 19–38 (21f.): »order adopted by the German Civil Code«. Zu Restitution und Unjustified Enrichment im DCFR *Pietro Sirena*, *The DCFR – Restitution, unjust enrichment and related issues*: *Eur. Rev. Contract L.* 2008, 445–454 (446). Zum Rechtsgeschäft im DCFR *Jansen/Zimmermann*, *Vertragschluss* (oben N. 15) 202ff.; *Jan Peter Schmidt*, *Der »juridical act« im DCFR*, Ein nützlicher Grundbegriff des europäischen Privatrechts?: *ZEuP* 2010, 304–320; siehe auch *Ruth Sefton-Green*, *Sense and Sensibilities, The DCFR and the Preservation of Cultural and Linguistic Plurality*: *Eur. Rev. Contract L.* 2008, 281–303 (291). Teils mögen die Gründe für diesen Eindruck darin liegen, dass die führenden Personen beider Gruppen Deutsche sind und zumindest die *Study Group on a European Civil Code* (siehe oben N. 4) als deutsche Initiative wahrgenommen wurde; vgl. *Nils Jansen*, *Negotiorum Gestio and Benevolent Intervention in Another's Affairs: Principles of European Law?*: *ZEuP* 2007, 958–991 (958): »Offenbar wird sie als »deutscher und auch politischer verstanden, als die Lando-Kommission [...]«

<sup>20</sup> *Von Bar*, *Funktionen* 24–33.

<sup>21</sup> Übersicht abrufbar unter <<http://www.copecel.org/>>.

<sup>22</sup> Mehr Klarheit bringt weder die Bezeichnung »Toolbox« noch der Begriff »Referenzrahmen«. *Oliver Remien*, *Zweck, Inhalt, Anwendungsbereich und Rechtswirkung des Gemeinsamen Referenzrahmens, Eine erste Analyse des Standpunktes des Justizministerrates vom 18. 4. 2008*: *GPR* 2008, 124–128 (127), spricht z. B. von »[...] dem nebelhaften Charakter des Konzepts GRR.« (GRR ist die übliche Übersetzung von [(D)CFR].)

politische und rechtspolitische Ausrichtung der Privatrechtsharmonisierung in Europa.

Die Verfasser des DCFR wollen diese beiden Diskussionen getrennt sehen und schlagen die Bezeichnung DCFR für den vorliegenden wissenschaftlichen Entwurf vor, CFR für das daraus (eines Tages) hervorgehende politische Dokument.<sup>23</sup> Andere nehmen an, dass der CFR – etwa in Form eines optionalen Instruments – inhaltlich nach mit dem DCFR identisch sein wird und es sich beim DCFR lediglich zeitlich um eine Vorstufe handelt.<sup>24</sup>

Gewiss scheint nur, dass der wissenschaftliche Entwurf eine politische Komponente hat.<sup>25</sup> Manche Beteiligte sehen den DCFR als Vorarbeit für eine gesamteuropäische Kodifikation, andere als Grundstein für ein optionales Vertragsrecht. Scharf trennen lässt sich die wissenschaftliche Diskussion der Ergebnisse von den politischen Zielen auch deshalb nicht, weil je nach Funktion des Textes die Ausrichtung eine andere sein kann (dazu noch unter III.2.). Eine gänzlich unpolitische Diskussion mit ausschließlich wissenschaftlichem Charakter zur Europäisierung des Privatrechts und dem DCFR ist daher kaum möglich.

Jedenfalls aber ist die Wissenschaft im Privatrecht mit den Arbeiten am DCFR ein Stück weit europäischer geworden. Vor allem soll die Orientierung bei der Rechtsvergleichung durch die vorgelegten Arbeiten erleichtert werden.<sup>26</sup> Zur Überwindung nationaler Grenzen durch junge Juristen könnte der DCFR ebenfalls beitragen, weil der Blick über die Grenze er-

<sup>23</sup> Vgl. etwa *Hans Schulte-Nölke*, Contract Law or Law of Obligations, The Draft Common Frame of Reference (DCFR) as a Multifunction Tool, in: Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law (oben N. 13) 47–62 (48 ff.); *Schulze* (oben N. 16) 15; v. *Bar*, Funktionen 24.

<sup>24</sup> *Axel Flessner*, Der Gemeinsame Referenzrahmen im Verhältnis zu anderen Regelwerken: ZEuP 2007, 112–118 (115).

<sup>25</sup> *Brigitta Lurger*, Much Ado About (Almost) Nothing, The Integration of the So-Called ›Consumer Acquis‹ in the Draft Common Frame of Reference, in: The Politics of the Draft Common Frame of Reference (oben N. 15) 132–149 (137 f.) (zitiert: Much Ado About); *Ruth Sefton-Green*, The DCFR: Technical or Political Toolbox?, ebd. 39–50. Vgl. auch den Titel von *Martin Schmidt-Kessel*, Das Ideal eines Europäischen Zivilgesetzbuchs: GPR 2008, 261–312, dort 262: »[...] vor allem der *Draft Common Frame of Reference* [steht] im Mittelpunkt der fachlichen Aufmerksamkeit. Das liegt nicht nur an seiner besonders großen Ambitioniertheit, sondern beruht auf einer bislang kaum vorstellbaren Nähe des Projekts zu den politischen Akteuren.« Auf die politische Dimension der *Acquis Principles* verweisen *Nils Jansen/Reinhard Zimmermann*, Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?: JZ 2007, 1113–1126 (1124 f.) (zitiert: Grundregeln). Vgl. *Eidenmüller u. a.*, Referenzrahmen 533 f.; *Jansen/Zimmermann*, Was ist und wozu der DCFR? (oben N. 17) 3401 ff., insbesondere 3406. Anders etwa v. *Bar*, Die Struktur des DCFR (oben N. 4) 37: »Gewiss hat das Netzwerk die Aufmerksamkeit der Politik gesucht und schließlich auch gefunden; das war aufwendig genug. Aber der DCFR ist und bleibt ein eigenständiger keinerlei ungewollten Fremdeinflüssen ausgesetzter Text [...]«

<sup>26</sup> Vgl. etwa *Beale* 268; *Hans Schulte-Nölke*, EC Law on the Formation of Contract – from



leichtert wird, zumindest wenn die Juristenausbildung den DCFR mit einbezieht.<sup>27</sup> Für die Europäisierung der Rechtswissenschaft fehlt aber bislang noch die Europäisierung der Lehrenden: Die Arbeitsmärkte für europäische Rechtswissenschaftler sind wohl nur in den Niederlanden und England wirklich europäisch und offen. Davon abgesehen ist der Austausch auf kleine Inseln gemeinsamer Traditionen oder Sprachen beschränkt (Deutschland, Schweiz, Österreich oder Frankreich, Belgien, Luxemburg). Solange Bewerbungen über diese Grenzen hinaus nicht einmal in Fächern wie dem Völker- oder Europarecht eine abstrakte Chance auf Erfolg haben, bleibt die Rechtswissenschaft überwiegend national geprägt und der Austausch beschränkt. Dieses Problem kann auch der DCFR nicht beheben, aber immerhin hat er Wissenschaftler aus vielen Ländern zusammengebracht und Barrieren für gemeinsame Forschungsarbeiten reduziert.

### 3. Die Suche nach den besten Lösungen braucht eine wissenschaftliche Debatte

Inhaltlich überrascht der DCFR in nicht wenigen Bereichen. Während für das Vertragsrecht auf die bereits zahlreichen bestehenden rechtsvergleichenden Arbeiten, insbesondere auf die PECL und damit auf die rechtsvergleichenden Grundlagenarbeiten vieler Jahre, aufgebaut werden konnte<sup>28</sup>, war das für die meisten anderen Gebiete nicht möglich. Zu anderen Bereichen des Privatrechts gibt es noch keine vergleichbare Dichte rechtsvergleichender Grundlagenarbeiten.<sup>29</sup> Vernachlässigt wurden und werden in der Rechtsvergleichung die Rechtsordnungen der neuen Mitgliedstaaten, die teilweise schwer zugänglich sind (Sprachbarrieren, Häufigkeit der Reformen und geringer Bestand an rechtsvergleichender Aufarbeitung), und – in geringerem Ausmaß – die Rechtsordnungen kleinerer Länder (z. B. Griechenland, Irland, Portugal, Dänemark, Belgien, Österreich). Bezüglich dieser Schwächen bringt der DCFR insoweit eine Verbesserung, als Mitarbeiter aus allen Mitgliedstaaten beteiligt waren. Oft fehlt aber noch ein europäischer Konsens oder ein gemeinsamer Besitzstand und nicht immer ist klar, wo überhaupt die Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsord-

---

the Common Frame of Reference to the ›Blue Button‹: Eur. Rev. Contract L. 2007, 332–349 (341); *Schulte-Nölke*, Arbeiten (oben N. 18) 2162; *Pfeiffer* (oben N. 17) 240 ff.

<sup>27</sup> *Hans Schulte-Nölke*, Die Acquis Principles (ACQP) und der Gemeinsame Referenzrahmen, in: Der akademische Entwurf (oben N. 4) 47–71 (66).

<sup>28</sup> Vgl. *v. Bar*, Funktionen 24. Dazu auch *Thomas Pfeiffer*, Von den Principles of European Contract law zum Draft Common Frame of Reference: ZEuP 2008, 679–708; *Brigitta Jud*, Die Principles of European Contract Law als Basis des Draft Common Frame of Reference, in: Der Gemeinsame Referenzrahmen 72–91; *Schulze/Wilhelmsson* (oben N. 19) 157 f.

<sup>29</sup> *Schulze* (oben N. 16) 16.

nungen liegen.<sup>30</sup> Auch für die methodischen Fragen ist die Entwicklung noch voll im Gang und eine europäische Methodenlehre muss sich erst herausbilden.<sup>31</sup>

Vor diesem Hintergrund stellt sich für die Privatrechtsharmonisierung in Europa die Frage, ob der erreichte Stand bereits ein ausreichendes Niveau erreicht hat, um als Grundlage für eine Rechtsquelle zu dienen.<sup>32</sup> Der DCFR in seiner derzeitigen Form fasst eine erste Etappe zusammen. Zu Verbesserungsvorschlägen und Kritik laden seine Verfasser ein<sup>33</sup> – dem sollte gefolgt werden.<sup>34</sup>

Als Ergebnis darf man sich mehr Klarheit darüber erhoffen, welche Teile des DCFR gelungen sind, welche zu verbessern oder zu verwerfen sind, ob das Konzept insgesamt stringenter werden kann und für welche Verwendungsformen sich das Ergebnis eignet. Dieser Prozess braucht aber Zeit. Es mag sein, dass nicht so viele Jahrzehnte wie für die ersten europäischen Kodifikationen<sup>35</sup> notwendig sein werden; will man aber die zukünftigen Schwächen noch vor der Erarbeitung von Rechtsnormen auf Grundlage des DCFR reduzieren, so kann dieser Prozess nicht auf ein Jahr oder zwei reduziert werden. Notwendig ist eine offene Diskussion, in der sich am Ende die besseren Argumente durchsetzen. Um das zu ermöglichen, bedarf es einer gewissen Zurückhaltung der Politik, denn ein vorzeitig zum Status der Rechtsquelle erhobener Entwurf verhindert den Wettbewerb der Ideen<sup>36</sup>

<sup>30</sup> Ähnlich *Smits* (oben N. 15) 162: »In my view, it is too early to draft detailed rules: we first need to establish a truly European legal science and a European argumentative community«; *Lurger*, Much Ado About (oben N. 25) 136f.

<sup>31</sup> Dazu *Sebastian Martens*, Rechtsvergleichung und grenzüberwindende Jurisprudenz im Gemeinschaftsrecht, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2009 (2010) 27–51 (27 ff., 31 ff., 38 ff.).

<sup>32</sup> *Martens* (oben N. 11) 215–218; *Doralt* 31.

<sup>33</sup> Vgl. z. B. *Christian v. Bar/Hugh Beale/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke*, General, in: *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, DCFR, Interim Outline Edition (oben N. 7) Intr. 77, S. 37.

<sup>34</sup> Vgl. z. B. die Kritik von *Stephan Lorenz*, Perspektiven des Europäischen Vertragsrechts, Die Pflichtverletzung, in: *Jb. ital. R.* 21 (2008) 43–62 (57 ff.).

<sup>35</sup> Vgl. dazu die jeweiligen Hinweise im HWBEuP: *Doralt*, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch 41–45; *Rehm*, Code civil 253–256 und Code de Commerce 257–259; *Schmiedel*, Burgerlijk Wetboek 233–237; *Ranieri*, Codice civile 267–271; *Eckl*, Código civil 272–275. Die Kodifikation in den neuen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ging oft schneller, wohl auch weil aus politischen Gründen die bisherigen Kodifikationen ersetzt werden mussten und die im europäischen Kontext vorhandene Komplikation der Vielsprachigkeit fehlte. Vgl. *Lajos Vékás*, Über die Expertenvorlage eines neuen Zivilgesetzbuchs für Ungarn: ZEuP 2009, 536–563.

<sup>36</sup> Dazu die Kritik am bisherigen Prozess von *Grundmann* 246f.: »The only way is to open the process to true competition again – competition which has been restricted quite consciously by the EC Commission responsible, with the active consent of the groups involved, by choosing to put all stakes into only one network at a stage where a truly European discussion (a ›market‹) had not yet developed. Competition – the old Latin ›contentio‹ – would mean

und schafft die Gefahr der Versteinerung auf einem verfrühten Stand.<sup>37</sup> Kritik, Antikritik und die Suche nach neuen Lösungen im gesamteuropäischen Diskurs funktionieren in vielen kleinen Schritten.<sup>38</sup> Wird ein Entwurf oder Teile davon durch die Politik als neue Grundlage der weiteren Arbeiten herangezogen, schafft das allein bereits einen Sonderstatus noch lange vor der Erhebung zur Rechtsquelle. Die Diskussion muss sich daran orientieren – das kann derzeit im Zusammenhang mit dem DCFR und den Vorarbeiten für ein optionales Vertragsrecht beobachtet werden (dazu unter IV.1. und 3.).

### III. Wo gab es bisher Schwächen?

#### 1. Transparenz war bisher Mangelware

Während der Arbeiten am Entwurf fehlte die inhaltliche Transparenz fast vollständig. Für die interessierte aber nicht unmittelbar beteiligte Fachwelt gab es kaum Informationen über den laufenden Prozess.<sup>39</sup> Unklar war z. B. stets, wie sich die unterschiedlichen Arbeitsansätze der beiden wichtigsten beteiligten Wissenschaftlergruppen in der Ausarbeitung auswirken würden, ob eher dem Ansatz der einen oder der anderen gefolgt würde, etc.<sup>40</sup> Einziger Informationskanal war das persönliche Gespräch mit involvierten Personen (Mitglieder einer der Forschergruppen, der Stakeholder, der Europäischen Kommission oder des Parlaments), woraus sich aber häufig nur ein Bild subjektiver Wahrnehmungen ergab – und das auch lediglich mosaikhaft.

Bedenkt man, welche fundamentale Bedeutung die Harmonisierung (oder Kodifikation) des Privatrechts für Europa hat, wäre mehr Transparenz zu den verschiedenen Arbeitsschritten nicht nur gegenüber der Fachwelt, sondern durchaus darüber hinaus gegenüber einer breiteren Öffentlichkeit zu wünschen gewesen. Die mittlerweile veröffentlichten Bände zum DCFR schaffen für dieses Problem nur teilweise und verspätet Abhilfe, indem gewisse Informationen über die bisherigen Arbeitsschritte preisgegeben wer-

---

that there is time and there are funds for developing some competing designs [...]. Market order is order, and markets function much better when there is a transparent and reliable structure. Competition would mean as well that the decision about the designs is taken when the products are in the market and not on the basis of a monopoly.«

<sup>37</sup> Doralt 31.

<sup>38</sup> Zu diesen Abläufen und der Systembildung *Nils Jansen*, Dogmatik, Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht: ZEuP 2005, 750–783.

<sup>39</sup> Vgl. z. B. die Eindrücke von *Ewa Łętowska/Aneta Wiewiórowska-Domagalska*, The Common Frame of Reference, The Perspective of a new Member State: Eur. Rev. Contract L. 2007, 277–294 (288ff.).

<sup>40</sup> Dieselbe Kritik findet sich bei *Lurger*, Wege 70.

den. Weiterhin unklar bleibt aber, wie sich die Debatten im Zuge der Arbeiten entwickelt haben, wie die konzeptionellen Entscheidungen getroffen wurden, wie die Abstimmung der Wissenschaftler untereinander in den verschiedenen Arbeitsgruppen erfolgte, welche Entscheidungen überhaupt in welchen Gremien getroffen wurden, etc. Für die meisten dieser Punkte wäre es nützlich, wenigstens nachträglich die Sitzungsprotokolle zu veröffentlichen, wie man es etwa bei UNIDROIT gewohnt ist.<sup>41</sup>

## 2. Ein Geburtsfehler und die Verantwortung der Politik

Mit dem DCFR sollte eine Grundlage für die weitere Entwicklung des Privatrechts auf europäischer Ebene erarbeitet werden.<sup>42</sup> Dennoch fehlt die politische Meinungsbildung über die Verwendung des Ergebnisses bis heute.<sup>43</sup> Wurde ursprünglich in der Politik noch eine gesamteuropäische Kodifikation gefordert,<sup>44</sup> so ist in der Zwischenzeit wieder alles offen. Einerseits gibt es Bedenken, die sich überhaupt gegen eine gesamteuropäische Kodifikation richten,<sup>45</sup> andererseits verfolgen auch Institutionen, die sich bereits für eine gesamteuropäische Kodifikation eingesetzt hatten, diesen Plan derzeit nicht weiter.<sup>46</sup> Immer wieder wurde in der Politik auch der Gedanke

<sup>41</sup> *Stefan Vogenauer*, Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law? Eur. Rev. Contract L. 2009, 143–183 (183).

<sup>42</sup> Vgl. z.B. die Stoßrichtung der Mitteilung der Kommission, Ein kohärentes europäisches Vertragsrecht (oben N. 5), in der der DCFR zumindest als Grundlage für ein optionales Instrument gesehen wird und als Grundlage für eine Harmonisierung durch die Mitgliedstaaten und deren nationale Reformen (Rz. 56 ff., 59 ff., 62 ff., 89 ff.).

<sup>43</sup> Kritisch dazu auch *Schulte-Nölke*, Way forward 143 ff.

<sup>44</sup> Resolution des Europäischen Parlaments vom 26. 5. 1989 (ABl. C 158/400); Resolution des Europäischen Parlaments vom 6. 5. 1994 (ABl. C 205/518).

<sup>45</sup> Rat der Europäischen Justiz- und Innenminister vom 18. 4. 2008 (Nr. 8286/08) und vom 27. 11. 2008 (Nr. 15306/08); näher dazu *Remien* (oben N. 22) 124 ff.; *Hans Schulte-Nölke*, Rat der Europäischen Union gegen ein Europäisches BGB, aber für einen Gemeinsamen Referenzrahmen zum europäischen Vertragsrecht: Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (ZGS) 2008, 201; *ders.*, Der CFR im Rat unter französischer Präsidentschaft: GPR 2009, 1.

<sup>46</sup> Vgl. die bisherigen Etappen: Abschlusserklärung des Europäischen Rats vom 15. und 16. Oktober 1999 in Tampere, Rz. 29; Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum europäischen Vertragsrecht vom 11. Juli 2001, KOM(2001) 398 endg.; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen, KOM(2004) 651 endg.; Bericht der Kommission, Erster jährlicher Fortschrittsbericht zum europäischen Vertragsrecht und zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands, KOM(2005) 456 endg.; Bericht der Kommission, Zweiter Fortschrittsbericht zum Gemeinsamen Referenzrahmen, KOM(2007) 447 endg. Überblick beispielsweise bei *Stefan Leible*, Europäisches Privatrecht am Scheideweg: NJW 2008, 2558–2262. Zum größeren Kontext siehe *Reinhard Zimmermann*, Textstufen in der modernen Entwicklung des europäischen Privatrechts: EuZW 2009, 319–323.

eines optionalen Instruments ins Spiel gebracht;<sup>47</sup> dagegen gab es von anderer Seite wiederum Bedenken.<sup>48</sup> In welche Richtung die Entwicklung gehen sollte, war über weite Strecken unklar.<sup>49</sup> Dabei bleibt es im Grunde auch jetzt, weil die Europäische Kommission und das Parlament zu einer Vollharmonisierung oder zumindest zu einem optionalen Instrument tendieren, während der Rat den (D)CFR offenbar als unverbindliches Nachschlagewerk für zukünftige Gesetzgebungsvorhaben und deren Qualitätsverbesserung sehen will. Die Kommission stellt in ihrem neuen Grünbuch zwar alle erdenklichen Varianten zur Diskussion, tendiert aber offensichtlich zu einer weiteren Harmonisierung, als deren erster Schritt insbesondere ein optionales Vertragsrecht in Frage käme.<sup>50</sup>

Politische Entscheidungen werden häufig auf Grundlage verschiedener Vorschläge oder Alternativen getroffen. Das mag für gut vorbereitete politische Entscheidungen ein alltäglicher Prozessablauf sein. Darin liegt hier aber ein Grundproblem.

Richtig ist der Vorgang insoweit, als die Politik ein laufendes Projekt der Gesetzgebung stets wieder stoppen oder Gesetze ändern kann und sie die endgültige Entscheidung, was zum Gesetz gemacht wird und in welcher Form das geschieht, vermutlich tatsächlich erst treffen kann, wenn ein Entwurf vorliegt.

Verfehlt ist der Gedankengang aber insoweit, als er im vorliegenden Ablauf ganz verschiedene Entscheidungsebenen vermengt: So wie bei einem Maßanzug nicht erst nachher der passende Träger gesucht wird, kann auch bei einem Regelwerk die Klarheit über dessen gewünschten Zweck die Arbeit von Anfang an ungemein erleichtern.<sup>51</sup> Bei der Ausarbeitung des DCFR wurden Wissenschaftler über den gewünschten Zweck im Dunkeln gelassen.<sup>52</sup> Wenig verwunderlich ist, dass unter den Beteiligten unterschiedliche

<sup>47</sup> Siehe bereits Mitteilung der Kommission zum europäischen Vertragsrecht (vorige Note) Rz. 66 (S. 20). Vgl. auch *Diana Wallis*, Working Document on consumer rights, Committee on Legal Affairs, 15. 4. 2009 (DT780948EN.doc), abrufbar über die Homepage des Europäischen Parlaments <<http://www.europarl.europa.eu/>>; dazu *Martens* (oben N. 11) 215–218; *Doralt* 13 ff.

<sup>48</sup> Abschlusserklärung des Europäischen Rats 1999 in Tampere (oben N. 46). Vgl. dazu eine Bewertung bei *Remien* (oben N. 22) 127 f.: »Bei dem Zweck wurde die bescheidenste Option gewählt [...]«; »[Der] DCFR des Exzellenznetzwerks [...] wird wohl auf den Kern der Lando PECL und den Verbraucheracquis reduziert werden. Das ist eine sicher beträchtliche Eindampfung.«

<sup>49</sup> Ähnliche Kritik bei *Vogener* (oben N. 41) 182 f.

<sup>50</sup> Grünbuch Vertragsrecht 2010 (oben N. 9) 4 ff.; vgl. dazu *Doralt* 1 ff.

<sup>51</sup> Siehe dazu auch *Pfeiffer* (oben N. 17) 228 f. Ähnliche Prozesskritik bei *Grundmann* 225 ff.; dazu die Reaktion von *Hans Schulte-Nölke*, Wovon Europas Juristen träumen: ZEuP 2009, 673–674; vgl. *Hugh Beale*, European Contract law, The Common Frame of Reference and beyond, in: *The Cambridge Companion to European Union Private law*, hrsg. von *Christian Twigg-Flesner* (2010) 116–130 (123 f.).

<sup>52</sup> Britisch zurückhaltende Formulierung bei *Beale* 259: »It is not a criticism of the Com-

Ansichten dazu bestehen, welchen Zweck der DCFR hat.<sup>53</sup> Ob und in welcher Form er für ein europäisches Harmonisierungsvorhaben herangezogen werden kann, ist damit offen.<sup>54</sup> Die Ansätze der zwei zentralen beteiligten Wissenschaftlergruppen, der *Acquis Group* und der *Study Group on a European Civil Code*, gehen weit auseinander.<sup>55</sup> Der Mangel an politischen Vorgaben wird dadurch nicht eben ausgeglichen.<sup>56</sup>

Ein Jurist, der ein Regelwerk verfassen soll, steht vor ganz unterschiedlichen Aufgaben, mit gewiss unterschiedlichen Ergebnissen,<sup>57</sup> je nachdem, ob die Vorgabe ein rein wissenschaftliches Projekt verlangt, ein verbindliches Kodifikationswerk, oder bloß eine Inspirationsquelle, die der europäische und die nationalen Gesetzgeber gleich einer Muse heranziehen können sollen (»*Toolbox*«); wieder ein anderes Ergebnis wäre zu erwarten, wenn der Verfasser ein optionales, von den Parteien wählbares Vertragswerk schaffen soll.<sup>58</sup> Konkret: Ist ein wissenschaftlich fundiertes *Restatement* gefordert, so wie es die *Principles of European Contract Law* (PECL)<sup>59</sup> für den Bereich des Vertragsrechts sind, wird es um den gemeinsamen Bestand, die vorhandene Tradition und die Suche nach der besten Lösung gehen. Verlangt man hingegen ein optionales Regelwerk, wird die Attraktivität für die Parteien ein

---

mission to say that we have had to work this out as we have gone along, trying to think what legislators would find helpful« oder, mit Bezug auf die Stakeholder Workshops: »It is enough to say they included uncertainty as to the purposes of the CFR among the stakeholders, the researchers and the Commission itself.«

<sup>53</sup> Vgl. z. B. die Einschätzungen von *v. Bar*, Funktionen 23 ff.

<sup>54</sup> Vgl. *Eidenmüller u. a.*, Referenzrahmen 529 ff.; *Jansen/Zimmermann*, Was ist und wozu der DCFR? (oben N. 17) 3401 ff.; zu den *Acquis Principles Jansen/Zimmermann*, Grundregeln (oben N. 25) 1113 ff.; dazu die Reaktion von *Fryderyk Zoll*, Die Grundregeln der *Acquis-Gruppe* im Spannungsverhältnis zwischen *acquis commun* und *acquis communautaire*: GPR 2008, 106–117.

<sup>55</sup> Dazu *Hans Schulte-Nölke*, Ziele und Arbeitsweise von Study Group und Acquis Group bei der Vorbereitung des DCFR, in: Der Gemeinsame Referenzrahmen 9–22 (11); *Reiner Schulze*, Gemeinsamer Referenzrahmen und *acquis communautaire* (2007) 130; *ders.*, Die »Acquis-Grundregeln« und der Gemeinsame Referenzrahmen: ZEuP 2007, 731–734; siehe auch oben N. 4.

<sup>56</sup> Vgl. dazu z. B. bereits *Ernst*, Common Frame of Reference 257; *Lurger*, Much Ado About (oben N. 25) 132.

<sup>57</sup> Ähnlich auch *Schulze* (oben N. 16) 15.

<sup>58</sup> *Christiane Wendehorst*, The CFR and the Review of the *Acquis Communautaire*, in: Der Gemeinsame Referenzrahmen 323–364 (324): »Were I to be asked about my vote on the ugliest phrase of the year, I would certainly opt for the »toolbox of the legislator« metaphor. The main reason is [...] that anything faintly resembling a coherent set of rules cannot, at the same time, be a toolbox.« Vgl. demgegenüber *Schulte-Nölke* (oben N. 23), dessen Beitrag mit dem Untertitel »The Draft Common Frame of Reference as a Multifunctional Tool« noch darüber hinausgeht.

<sup>59</sup> The Principles of European Contract Law, Parts I and II, prepared by the Commission on European Contract Law, hrsg. von *Ole Lando/Hugh Beale* (1999) und Principles of European Contract Law, Part III, hrsg. von *Ole Lando/Eric Clive/André Prüm/Reinhard Zimmermann* (2003).

Thema, weniger aber die Nähe zum gemeinsamen Besitzstand der gewachsenen europäischen Rechtskultur. Sollte es ein Entwurf für eine gesamteuropäische Kodifikation sein, sind zahlreiche rechtspolitische und realpolitische Implikationen zu berücksichtigen, auf die ein rein wissenschaftliches Werk keine Rücksicht nehmen muss – so z. B. im Verbraucherrecht: Ein Rückschritt gegenüber dem vorhandenen europäischen Schutzniveau kann in einem wissenschaftlichen Projekt vorgeschlagen werden, wenn die besseren Gründe dafür sprechen; in einem europäischen Gesetzgebungsprojekt wäre das rechtspolitisch schwer denkbar. Die Ausarbeitung eines Entwurfs ohne klare Zielvorgaben kommt einem Blindflug gleich.

In der Tat wirkt sich die mangelnde Festlegung der Politik auf den DCFR aus. Die verschiedenen Teile des Entwurfs kennzeichnet eine unterschiedliche Ausrichtung: Während bestimmte Gebiete in der Nähe eines *Restatement* liegen und damit im Wesentlichen der gemeineuropäischen Tradition entsprechen (teilweise das Vertragsrecht),<sup>60</sup> gilt das für andere nicht. Kritisiert wurden insoweit etwa die Bestimmungen zu »*Benevolent Interventions*«.<sup>61</sup> Für das Schadensersatzrecht<sup>62</sup> finden sich weitgehende Differenzen zwischen dem DCFR und den *Principles of European Tort Law* (PETL) der *European Group on Tort Law*;<sup>63</sup> beide Regelwerke enthalten (fast unvermeidlich in dem Rechtsgebiet) rechtspolitische Entscheidungen, die voneinander erheblich abweichen (vgl. etwa die beiden Regelungsansätze zur Gefährdungshaftung<sup>64</sup>). Tiefgreifende Unterschiede gibt es in Europa beispielsweise auch im Bereicherungsrecht,<sup>65</sup> wo bereits die Bezeichnung – zumindest auf Englisch – Meinungsverschiedenheiten auslöst, weil hinter den Begriffen unterschiedliche Konzepte stehen.<sup>66</sup> Zu überdenken werden auch die Bestimmungen zum *Trust* sein, für die sich die Frage stellt, ob sie tatsächlich als

<sup>60</sup> Nils Jansen, Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität (2004) 2ff.; Jansen/Zimmermann, Grundregeln (oben N. 25) 1113; Jansen (oben N. 19) 962ff.

<sup>61</sup> Vgl. Jansen (oben N. 19) 962ff.

<sup>62</sup> Dazu Helmut Koziol, Außervertragliche Schuldverhältnisse im CFR, in: Der Gemeinsame Referenzrahmen 93–112.

<sup>63</sup> Siehe die Gegenüberstellung von Nils Jansen, Principles of European Tort Law?, Grundwertungen und Systembildung im europäischen Haftungsrecht: RabelsZ 70 (2006) 732–770; siehe auch Gerhard Wagner, The Project of Harmonizing European Tort Law, in: European Tort Law 2005, hrsg. von Helmut Koziol/Barbara C. Steininger (2006) 650–682; Gerhard Wagner, Comparative Tort Law, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, hrsg. von Reinhard Zimmermann/Mathias Reimann (2006) 1003–1042.

<sup>64</sup> Vgl. z. B. Helmut Koziol (oben N. 62) 97; Gerhard Wagner, Deliktsrecht, in: Der akademische Entwurf (oben N. 4) 161–214 (191f.).

<sup>65</sup> Dazu Koziol (oben N. 62) 108ff.; kritische Bewertung der relevanten Regelungen des DCFR bei Smits (oben N. 15) 152ff.

<sup>66</sup> Siehe Peter Birks, Unjust Enrichment (2005) 267ff.; rechtsvergleichende Grundlagenarbeiten: Peter Schlechtriem, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa I (2000), II (2001); Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts, hrsg. von Reinhard Zimmermann (2005).

*Restatement* gedacht sind, oder ob darin eher ein eigenwilliges neues Konzept vorgeschlagen wird. Inspiriert sind die Bestimmungen des DCFR offenkundig vom *Trust* in seiner englischen Ausprägung, teilweise weichen sie aber in zentralen Punkten ohne jede Erörterung der Gründe davon ab.<sup>67</sup> Neu sind auch die Ansätze zu Dienstleistungsverträgen.<sup>68</sup> Insoweit folgen die einzelnen Teile des DCFR ganz unterschiedlichen Konzepten.

Unklar bleibt nicht nur, ob der DCFR (oder Teile davon) eines Tages in irgendeiner Form einen offiziellen Status, sei es als Gesetzestext, als Empfehlung, als optionales Vertragsrecht, erhalten wird, sondern ebenso die untrennbar damit verbundene Frage, mit welchem rechtlichen Instrument die Umsetzung erfolgen soll.<sup>69</sup> Dieser Vorwurf kann etwa den PEICL<sup>70</sup> nicht gemacht werden, da die Gruppe eine Festlegung getroffen hat und von Anfang an ein optionales Instrument erstellt hat.<sup>71</sup> An der Unstimmigkeit der Zielrichtungen leidet das Ergebnis auch dann, wenn Teile für sich allein genommen hohe Qualität aufweisen.<sup>72</sup> Manche Kritik am vorliegenden Entwurf des DCFR ist nicht zuletzt vor diesem Hintergrund erklärbar.<sup>73</sup>

### 3. Wenig Zeit, aber viele Köche

Kritisch am bisherigen Prozess ist vor allem die Zeitvorgabe zu sehen.<sup>74</sup> Es ist schwer verständlich, dass den beteiligten Gruppen nicht etwas mehr Zeit

<sup>67</sup> *Alexandra Braun*, A »trust« for Europe?: Cambridge L.J. 70 (2011) (im Druck); *Marius J. de Waal*, A European Law of Trusts?, in: *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference* (oben N. 15) 167–178; allgemein dazu *Hein Kötz*, Die Rezeption des Trust im deutschen Recht (1962); *Stefan Grundmann*, Der Treuhandvertrag (1997); *Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann*, *Itinera Fiduciae* (1998); *Rainer Kulms*, Trust und Treuhand, in: *HWBEuP* 1501–1505.

<sup>68</sup> *Christiane Wendehorst*, Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht: *AcP* 106 (2006) 205–299. Kritisch *Unberath* (oben N. 15) 745 ff. Siehe dazu die Beiträge in: *Service Contracts*, hrsg. von *Reinhard Zimmermann* (2010).

<sup>69</sup> Dazu *Ernst*, *Common Frame of Reference* 257 ff. Vgl. nunmehr auch die von der Europäischen Kommission genannten Varianten im Grünbuch Vertragsrecht 2010 (oben N. 9).

<sup>70</sup> Siehe oben N. 13.

<sup>71</sup> *Basedow*, *Der Gemeinsame Referenzrahmen* (oben N. 13) 285 ff.; *ders.*, *Kodifikationsrausch* (oben N. 15) 676.

<sup>72</sup> *Lurjer*, *Wege* 69: »[...] Divergenzen sind etwa bei den Regeln über die unterschiedlichen Vertragstypen klar erkennbar. Sie wurden von der Gesamtgruppe aber nie thematisiert.«

<sup>73</sup> Vgl. den Titel »Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?« von *Jansen/Zimmermann* (oben N. 25) 1113 ff.

<sup>74</sup> Hintergrund dazu war, dass die Kommission wenigstens etwas mehr als ein Jahr vor Ende ihrer Amtsperiode ein Ergebnis sehen wollte, damit noch weitere Schritte gesetzt werden könnten. Während tatsächlich die Ausarbeitung in der gewünschten Zeit erfolgte, konnte freilich die politische Meinungsbildung über ein solches Projekt nicht schnell genug abge-



gegeben wurde.<sup>75</sup> Die Beschränkung auf wenige Jahre ist *per se* knapp bemessen; hinzu kommt, dass alle Beteiligten andere Verpflichtungen in einem Hauptberuf wahrzunehmen hatten. Der Europäischen Kommission ging das Projekt aber selbst unter dem von ihr gesetzten Zeitplan noch immer zu langsam voran. Während der Arbeiten verlangte sie plötzlich eine weitere Beschleunigung.<sup>76</sup> Bei der Gelegenheit kam auch noch eine radikale inhaltliche Kurskorrektur hinzu, die den Fokus vom Entwurf neuer Regeln wieder stärker auf die Berücksichtigung des *Acquis* einschränken sollte<sup>77</sup> (womit der Einfluss der *Acquis Group* gegenüber der *Study Group on a European Civil Code* zugenommen haben dürfte). Den Wissenschaftlern kann man den aufgezwungenen Zeitplan nicht vorhalten. Dass sie trotz dieser Zeitvorgaben die Arbeit übernommen haben und das Projekt bereitwillig zu Ende geführt haben, zeigt ein hohes Maß an Motivation und ungewöhnlicher Einsatzfreude.

Die Probleme des Zeitmangels wurden durch einen politischen Schachzug der beteiligten Wissenschaftlergruppen aber weiter potenziert: Der Auftrag der Europäischen Kommission gab dem Projekt eine semi-offizielle Stellung. Diese zu legitimieren war ein begreifliches Ziel der Wissenschaftlergruppen. Eine Form der Legitimation war der Versuch einer möglichst repräsentativen Auswahl der mitarbeitenden Personen. Deswegen wurden Personen aus allen Mitgliedstaaten der EU beteiligt. Insgesamt ist die Anzahl auf über 200 Personen, die aktiv an den Arbeiten beteiligt waren,<sup>78</sup> angewachsen. Ob damit eine für die Privatrechtswissenschaft repräsentative Gruppe zusammengestellt war, ist dennoch fraglich. Ein echter Austausch in unmittelbarer Form, wie z. B. in einer Sitzung, ist in derart großen Gruppen ausgeschlossen – in keinem Parlament der Welt wird der Entwurf eines Zivilgesetzbuchs im Plenum entworfen (dennoch ist nach allgemeinem Verständnis ein repräsentativer Vorgang gesichert, wenn die Abgeordneten am Ende einen Entwurf verabschieden, sogar ohne ihn vorher zu lesen).

Bei über 200 Beteiligten ist nicht davon auszugehen, dass am Anfang ein echter Austausch über die Grundlinien, wie etwa Struktur, Anwendungsbereiche, Anwendungsziele, Regelungsdichte, Regelungsansatz stattgefunden hat. Auch die zahlreichen rechtspolitischen Festlegungen, die ein solcher

---

geschlossen werden, damit die handelnden Personen die Erledigung noch für ihre Amtszeit verbuchen konnten. Vgl. *Beale* 273; *v. Bar* (oben N. 4) 41.

<sup>75</sup> Siehe oben N. 35. Vgl. *Schulte-Nölke*, *Arbeiten* (oben N. 18) 2164, der die »sehr kurz bemessene Projektlaufzeit« bedauert und andeutet, dass bei längerer Dauer Lücken in den Notes vermeidbar gewesen wären.

<sup>76</sup> *Beale* 273; *Schulte-Nölke*, *Way forward* 145: »[...] deadline within 32 months, May 2005 – December 2007, instead of 48 months as originally planned«; »[...] enormous time pressure, making it very difficult to produce results commensurate with academic standards«.

<sup>77</sup> Siehe z. B. *Beale* 273 (mit Nachweisen zur entsprechenden Rede von Kommissar Kyprianou).

<sup>78</sup> *Von Bar*, *Funktionen* 24.

Entwurf zwangsläufig enthalten muss und die der DCFR enthält, können nicht näher im Plenum diskutiert worden sein. Sie wurden es auch nicht<sup>79</sup> – vielmehr hat offenbar überhaupt keine Diskussion dieser fundamentalen Punkte mit den Beteiligten stattgefunden. Auch eine Abstimmung zwischen den verschiedenen beteiligten Gruppen oder wenigstens innerhalb der Gruppen gab es nicht.<sup>80</sup> Das verblüfft.

Trotz intensiver Bemühungen zur Koordinierung der vielen Personen und der parallel laufenden Arbeitsschritte bringen Zeitnot, viele Mitarbeiter und mangelnde Abstimmung über Methoden, Ziele und rechtspolitische Fragen fast unvermeidbar Fehlerquellen. Ungereimtheiten drohen, die unter anderen Bedingungen und insbesondere bei einer kleineren Mitarbeiterstruktur vermeidbar erscheinen. So gesehen mag es zwar eine politisch und strategisch kluge Entscheidung gewesen sein, Mitarbeiter aus allen Ländern zu beteiligen und die hohe Anzahl an Personen in Kauf zu nehmen; für eine effiziente und administrierbare Projektorganisation kann es aber nicht hilfreich gewesen sein, und ob es für die Legitimation tatsächlich notwendig oder wenigstens sinnvoll war, ist fraglich.

Strategisch mag die hier kritisch hinterfragte Strukturentscheidung der Projektorganisation doch aus einem anderen Grund sinnvoll gewesen sein: Die Verwendung im universitären Bereich, etwa im Unterricht, die Verbreitung in wissenschaftlichen Publikationen und die Aufmerksamkeit für den DCFR werden durch die vielen direkt involvierten Personen sicher gefördert und zu den 200 kommen in manchen Ländern noch zahlreiche Assistenten – Lehrer, Rechtsanwälte und Richter von morgen – hinzu.

#### IV. Die neuen Entwicklungen – Expertengruppe zum Vertragsrecht, persönliche Berater der Kommissarin und Grünbuch Vertragsrecht 2010

Noch immer fehlt der Politik Klarheit, wie die Privatrechtsharmonisierung in Europa weiter vorangetrieben werden soll. An oder neben die Stelle der zuletzt durch eine Richtlinie<sup>81</sup> geplanten Vollharmonisierung<sup>82</sup> von

<sup>79</sup> Vgl. *Lurger*, Much Ado About (oben N. 25) 133, 138, 141.

<sup>80</sup> *Lurger*, Wege 69: »Damit wurde innerhalb der SGECC und der Acquis-Gruppe jegliche Grundsatzdiskussion über rechtsvergleichende Methoden, über Rechtstheorie oder über getroffene bzw zu treffende Wertentscheidungen [...] abgelehnt. [...] Die sich jetzt in der Einleitung des DCFR [...] findenden Ausführungen und Prinzipien wurden [...] in letzter Minute dem über Jahren ausgearbeiteten Gesamtwerk [...] beigelegt [...].«

<sup>81</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg.

<sup>82</sup> Vgl. zu diesem Entwurf aus der Fülle der Literatur z.B. *Thomas Wilhelmsson*, Full Harmonisation of Consumer Contract Law?: ZEuP 2008, 225–229; *Simon Whittaker*, Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees, The Proposal for a Directive on Consumer Rights

Bereichen, die bislang in vier bestehenden Richtlinien geregelt waren,<sup>83</sup> tritt auf politischer Ebene in der Europäischen Kommission offenbar mehr und mehr der Gedanke eines optionalen Vertragsrechts, das auch das Verbraucherrecht und dessen zwingende Vorschriften umfassen soll.<sup>84</sup> Um sich diesem Ziel zu nähern, hat die Kommission eine Gruppe von Beratern eingesetzt und ein neues Grünbuch vorgestellt.

### 1. Expertengruppe und ›Network of Excellence‹: Same same but different?

Die Kommission hat beschlossen, eine Expertengruppe einzusetzen, die sich monatlich treffen soll und bis Mai 2011 ihre Ergebnisse vorlegen wird. Die Gruppe soll laut Erwägungsgrund 8 des Beschlusses der Kommission<sup>85</sup> »ausgehend vom Entwurf des gemeinsamen Referenzrahmens [...] die Kommission bei der Ausarbeitung eines Vorschlags für einen gemeinsamen Referenzrahmen für das europäische Vertragsrecht und zwar sowohl für das Verbraucher- als auch für das Handelsvertragsrecht unterstützen [...]«. Gem. Art. 2 des Beschlusses der Kommission soll die Gruppe diese Ziele insbesondere erreichen, indem sie:

- »a) die Teile des Entwurfs des gemeinsamen Referenzrahmens auswählt, die unmittelbar oder mittelbar für das Vertragsrecht von Belang sind, und
- b) unter Berücksichtigung anderer einschlägiger wissenschaftlicher Untersuchungen und des Besitzstands der Union die ausgewählten Teile des Entwurfs des gemeinsamen Referenzrahmens neu gliedert, ändert und ergänzt.«

Die mittlerweile konstituierte Gruppe hat 18 Mitglieder; Art. 4 Abs. 3 des Beschlusses der Kommission definiert deren Status: »Die Mitglieder werden *ad personam* berufen; sie handeln unabhängig und im öffentlichen Interesse.« Damit wird politische Unabhängigkeit und wissenschaftliche Objektivität signalisiert.

---

and the Significance of ›Full Harmonisation‹: Eur. Rev. Contract L. 2009, 223–247; *Peter Rott/Evelyne Terry*, The Proposal for a Directive on Consumer Rights, No Set of Single Rules: ZEuP 2009, 456–488; Modernising and Harmonising Consumer Contract Law, hrsg. von *Geraint Howells/Reiner Schulze* (2009); *Gerhard Wagner*, Zwingendes Privatrecht, Eine Analyse anhand des Vorschlags einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher: ZEuP 2010, 243–278.

<sup>83</sup> Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 über außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (ABl. L 372/31); Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. L 95/29); Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. L 144/19) sowie die Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 über den Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. L 171/12).

<sup>84</sup> *Martens* (oben N. 11) 215 ff.; *Doralt* 13 ff.

<sup>85</sup> Beschluss der Kommission vom 26. 4. 2010 (oben N. 8).

Die wissenschaftlichen Mitglieder der Gruppe waren aber ganz überwiegend (neun von zwölf) bereits an der Ausarbeitung des DCFR beteiligt. Das ist für die von der Europäischen Kommission gewünschte Optik nicht glücklich; ebenso wenig für den Inhalt, wenn tatsächlich eine unvoreingenommene Verbesserung oder Überarbeitung gewollt ist.<sup>86</sup> Dieser Kritik wird entgegengehalten, dass schon wegen des kurzen Zeitrahmens die bereits früher beteiligten Personen für die Überarbeitung herangezogen werden müssten.<sup>87</sup> Das hat etwas für sich – eine Einarbeitung von bisher Unbeteiligten bräuchte mehr Zeit. Nach einem kurzen Moment des Innehaltens und Nachdenkens über diesen Gegeneinwand bleibt doch eine gewisse Verwunderung über dessen Bedeutung zurück:

Denn nicht in Abrede gestellt wird die Befangenheit der Beteiligten. Nach jedem wissenschaftlichen Standard wäre die Überarbeitung und Beratung über die Qualität eines Entwurfs von anderen Personen zu leisten als von den Verfassern. So hat es gute Gründe, die wohl keiner näheren Erläuterung bedürfen, dass kein wissenschaftlicher Preis, kein Stipendium, keine Evaluierung, keine wissenschaftliche Einrichtung, kein *Peer-review* einer Zeitschrift so funktioniert, dass die Verfasser den eigenen Text beurteilen und sich selbst die notwendigen Überarbeitungen vorschlagen. Über diese universell anerkannten Mindeststandards wird aber auch gar nicht diskutiert. Hingegen wird nur darauf verwiesen, dass sie in dem kurzen Zeitrahmen nicht eingehalten werden können. Anders formuliert: Es fehlt die Zeit, um die Grundlagen für ein Europäisches Privatrecht entsprechend wissenschaftlicher (Mindest-)Standards zu erarbeiten.

Der Auftrag der Europäischen Kommission verlangt eine neue Gliederung, Änderung und Ergänzung unter Berücksichtigung anderer einschlägiger wissenschaftlicher Untersuchungen und des Besitzstands der Union. Um all das in der vorgegebenen Zeit zu erledigen, muss offenbar die Befangenheit hingenommen werden.

Die Mitglieder der neuen Gruppe sind mit dem Projekt bereits bestens vertraut. Zu vermuten ist, dass die Mehrheit keine grundsätzlichen Änderungen mehr vornehmen, sondern in einzelnen Punkten den vorliegenden Entwurf retuschieren wird. Viel mehr kann in einer einjährigen Nachspielzeit auch nicht erwartet werden. Die Sitzungsdichte von einem Mal pro Monat wurde offenbar nun insoweit ausgedehnt, als die letzten Berichte von jeweils zweitägigen Beratungen stammen. Dennoch wird das wohl kaum

---

<sup>86</sup> Jürgen Basedow/Horst Eidenmüller/Hans C. Grigoleit u. a., Ein europäisches Vertragsrecht kommt – aber zu welchem Preis?: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 1. 7. 2010 <<http://faz.net/-019m8q>>; siehe dazu die Replik von Eric Clive, The German professors' article, 1 July 2010, in: Blog European Private Law News (abrufbar unter: <<http://www.law.ed.ac.uk/epln/blogentry.aspx?blogentryref=8289>>, hrsg. von Hector L. MacQueen/Eric Clive/Laura Macgregor.

<sup>87</sup> Stefan Leible, 18 für den CFR: EuZW 2010, 481–482; Clive (vorige Note).

genügend Raum geben. Selbst bei wöchentlichen Sitzungen erscheint der Zeitrahmen knapp und auch hier ist wiederum zu bedenken, dass alle Beteiligten andere hauptberufliche Verpflichtungen erfüllen müssen.

Ein Fortschritt ist die Veröffentlichung eines Mindestmaßes an Informationen über die abgehaltenen Besprechungen.<sup>88</sup> Der Informationsgehalt ist allerdings beschränkt, weil leider die diskutierten Entwürfe der Rapporteurs nicht abrufbar sind. Die Diskussion selbst wird nicht wiedergegeben, sondern Teilergebnisse werden zusammengefasst – die Analyse der Arbeitsschritte ist damit nicht möglich. Zur Organisation der Arbeitsweise selbst ist nur zu entnehmen, dass es zu jedem Thema einen Rapporteur gibt, dessen Entwurf zwei Mal diskutiert wird. Das Ausscheiden eines prominenten Experten nach nur wenigen Monaten lassen allerdings erhebliche Differenzen über die Arbeitsweise vermuten.<sup>89</sup>

Sinnvoll ist auch die Reduktion der Personenanzahl soweit, dass bei ausreichend Zeit für Sitzungen und Vorbereitung der Teilnehmer tatsächlich ein Austausch möglich ist. Richtig ist, dafür in Kauf zu nehmen, dass nicht jedes Land vertreten ist.

Positiv war auch zu sehen, dass immerhin eines der wissenschaftlichen Mitglieder der Expertengruppe dem Projekt des DCFR kritisch gegenüber steht.<sup>90</sup> Dass nun gerade dieser Experte bereits wieder nach wenigen Monaten ausgeschieden ist, spricht nicht für eine besonders konstruktive Arbeitsatmosphäre und legt die Annahme nahe, dass für einen Meinungsaustausch wenig Raum bestand. Dass das Ausscheiden des einzigen Experten mit einer kritischen Haltung gegenüber dem DCFR in den abrufbaren Berichten der Kommission keine Erwähnung findet, dann aber über einen privaten Blog eines andere Experten der Öffentlichkeit mitgeteilt wird, wirkt nicht glücklich. Transparenz gegenüber interessierten Fachkreisen könnte man sich auch anders vorstellen.

Warum wieder künstlicher Zeitdruck erzeugt wird, bleibt schließlich auch unklar. Bei so grundlegenden Projekten müsste die Qualität im Vordergrund stehen. Damit soll nicht pauschal unterstellt werden, dass diese bislang fehlt. Wohl aber soll festgehalten werden, dass der wissenschaftliche Diskurs bis vor kurzem noch in den Startlöchern war und eine wissenschaftliche Debatte eben erst angelaufen ist. Der DCFR kann also nicht für sich verbuchen, sich der wissenschaftlichen Kritik bereits unterzogen zu haben und im Anschluss daran verbessert worden zu sein.

---

<sup>88</sup> Abrufbar unter [http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/policies\\_consumer\\_intro\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/policies_consumer_intro_en.htm).

<sup>89</sup> Dazu der Blog von *Eric Clive*, *Simon Whittaker resigns from expert group on CFR*, 10 September 2010, in: *Blog European Private Law News* (oben N. 86) = 8368.

<sup>90</sup> *Simon Whittaker*, *„A Framework of Principle for European Contract Law“*: L. Q. Rev. 125 (2009) 616–647; *ders.*, *The „Draft Common Frame of Reference“, An Assessment*, Commissioned by the Ministry of Justice, United Kingdom (2009).

Hinzu kommt, dass die Berichte auf über die laufenden Arbeiten auf ein Minimum reduziert sind. Die wissenschaftliche Aufarbeitung wird damit wieder verzögert, bis das Endergebnis veröffentlicht wird. Erst dann können inhaltliche Fragen erörtert werden.

Dass ein so enormer Druck aus der Politik kommt, mag mit Ungeduld gegenüber wachsenden und gewachsenen Strukturen ebenso zusammenhängen, wie mit dem Wunsch, ein so monumentales Projekt möglichst in der eigenen Amtsperiode zu verwirklichen.<sup>91</sup> Auch hier bleibt aber abzuwarten, ob die verschiedenen strukturellen Mängel in der Organisation ein belastbares Ergebnis hervorbringen können.

## 2. Zwei persönliche Berater der Kommissarin

Bemerkenswert ist die Bestellung von zwei persönlichen Beratern der Justizkommissarin, die zusätzlich zur Expertengruppe wissenschaftlichen Rat geben sollen. Sie sollen insbesondere der Kommissarin dann beratend zu Seite stehen, wenn die Schlussfolgerungen der Expertengruppe vorliegen.<sup>92</sup> Auch die beiden persönlichen Berater waren an den Arbeiten zum DCFR beteiligt: Konkret wurde eine angesehene französische Zivilrechtsprofessorin bestellt, die trotz ihrer Beteiligung an den Arbeiten zum DCFR eine gewisse Distanz und kritische Standpunkte behalten hat. Der zweite Berater ist der Gründer und Leiter der *Study Group on a European Civil Code*. Damit ist hochrangiger wissenschaftlicher Rat für den weiteren Prozess gesichert, aber kein unabhängiger, frischer Blick auf das bereits Geleistete. Besonders die Bestellung des Leiters der *Study Group on a European Civil Code* für diese Rolle ist trotz der herausragenden wissenschaftlichen Verdienste als Signal unglücklich. Nach jedem üblichen Kriterium läge eine unüberwindbare Befangenheit vor: Wer so viel Mühe und Energie in die Ausarbeitung des DCFR, in die Gründung und Leitung einer der maßgeblichen Wissenschaftlergruppen und in die Verbreitung der Ergebnisse investiert hat, wer sich so intensiv für das Ziel der europäischen Kodifikation eingesetzt hat, kann dieses – sein – Projekt nicht unvoreingenommen evaluieren. Die Optik ist nicht vorteilhaft. Der ausdrücklich gewünschte Eindruck wissenschaftlicher Objektivität und Unabhängigkeit bleibt damit auf der Strecke.

Sucht man nach unabhängigen wissenschaftlichen Ratgebern, so läge die Bestellung von Personen nahe, die an den Arbeiten zum DCFR nicht beteiligt waren. Manche von ihnen lehnen das Projekt aber insgesamt ab. Sicher

<sup>91</sup> Schulte-Nölke, Way forward 145.

<sup>92</sup> Abrufbar unter <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/595&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en/>>.

wäre es sinnvoll gewesen, auch diese Personen einzubinden, ihre Gründe und Bedenken zu hören. Man mag jedoch auch diesen Personen wegen ihrer Ablehnung der bisherigen Arbeiten Befangenheit in anderer Form vorbehalten. Die Schwierigkeiten bei der Suche unabhängiger Ratgeber sollten dennoch nicht davon abhalten, es wenigstens zu versuchen. Der Objektivität und damit auch der Legitimation wäre auch bereits ein breiteres Meinungsspektrum zuträglich – es könnte also schlicht durch größere Meinungsvielfalt ein Schritt in Richtung Objektivität gesetzt werden. Die Auswahl der persönlichen Berater in Kombination mit der Auswahl der Experten schafft dafür keine gute Grundlage. Besser vertretbar wäre die Auswahl der persönlichen Berater bei einer größeren Meinungsvielfalt unter den Experten, aber auch diese fehlt. Der politische Prozess wird bei einseitiger Beratung nur schwer ein konsensfähiges Ergebnis liefern.

### 3. Das neue Grünbuch Vertragsrecht

Am 1. Juli 2010 wurde ein neues Grünbuch<sup>93</sup> veröffentlicht, in dem alle aktuellen Varianten einer weiteren Harmonisierung zur Diskussion gestellt werden. Die Unschlüssigkeit der Politik *jetzt* ist weniger schlimm als die Unschlüssigkeit vor der Erstellung des DCFR, dem eine klarere Grundlage genutzt hätte. Im Grunde geschieht damit jetzt, was viel früher hätte geschehen sollen.<sup>94</sup>

Die Europäische Kommission beklagt die Rechtszersplitterung und insbesondere die Unterschiede im Verbraucherrecht, aus denen sich Hindernisse für den Binnenmarkt ergeben:

»Die EU könnte [...] wirksame Instrumente zur Beseitigung von Markthindernissen einführen, die durch divergierende Vertragsrechtssysteme bedingt sind. [...] Die Kommission hat zu diesem Zweck eine Expertengruppe eingesetzt, die prüfen soll, ob sich ein relativ leicht anzuwendendes Instrument des Europäischen Vertragsrechts [...] realisieren lässt. Die Gruppe wird die Kommission bei der Auswahl der Teile des Referenzrahmenentwurfs unterstützen, die direkt oder indirekt das Vertragsrecht betreffen. [...] Dabei wird sie auch andere einschlägige Quellen sowie die Beiträge im Rahmen der laufenden Konsultation berücksichtigen. [...]«<sup>95</sup>

In der Folge werden im Grünbuch sieben Optionen zur Diskussion gestellt, wie es mit dem Privatrecht in Europa weitergehen soll:<sup>96</sup> Die bloße

<sup>93</sup> Grünbuch Vertragsrecht 2010 (oben N. 9).

<sup>94</sup> Ähnlich *Schulte-Nölke*, *Way forward* 143 ff.: »Political leadership and clear decisions needed.«

<sup>95</sup> Grünbuch Vertragsrecht 2010 (oben N. 9) 4.

<sup>96</sup> Ähnlich *Schulte-Nölke*, *Way forward* 137 ff.

Veröffentlichung der Ergebnisse der Expertengruppe steht zur Debatte, sowie eine »offizielle Toolbox« für die Rechtssetzungsorgane (entweder bloß für die Kommission, oder durch eine entsprechende Vereinbarung auch für den Rat und das Parlament). Als dritte Option wird eine Kommissionsempfehlung zum Europäischen Vertragsrecht erwogen (mit der Empfehlung, das Europäische Vertragsrecht entweder an die Stelle des innerstaatlichen Rechts zu setzen, oder es bloß als Alternative zuzulassen). Die vierte Option ist eine Verordnung zur Einführung eines fakultativen europäischen Vertragsrechts. Die fünfte ist eine Richtlinie über ein europäisches Vertragsrecht, die sechste eine Verordnung zur Einführung eines europäischen Vertragsrechts und schließlich die Einführung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs als siebente Option.

Die politische Präferenz für das optionale Vertragsrecht wird auch durch die teils unrealistischen anderen Optionen deutlich, von denen einige bereits an der mangelnden Kompetenz scheitern müssten. Für die Frage, ob ein optionales Instrument zu begrüßen ist, wird vor allem sein Inhalt entscheidend sein. Zu hoffen ist, dass die bisherigen Schwächen im Zusammenhang mit den Vorarbeiten und den jüngsten Entwicklungen noch ausgeglichen bzw. nicht wiederholt werden. Anzumerken ist in dem Zusammenhang, dass die von der Kommission genannte Berücksichtigung der Stellungnahmen zum Grünbuch nicht ernsthaft von den Experten erwartet werden kann.<sup>97</sup> Denn die Stellungnahmen sind bis Januar 2011 einzubringen, die Expertengruppe soll ihre Ergebnisse aber bereits im Mai 2011 vorlegen und wird zum Zeitpunkt des Einreichens der Stellungnahmen wegen der zeitlichen Restriktionen keine grundlegenden Neuerungen mehr berücksichtigen können. Auch für eine Diskussion grundsätzlicher Anregungen oder Einwände dürfte es dann zu spät gewesen sein, weil dann bereits mehr als die Hälfte der eingeräumten Arbeitszeit verbraucht war.

## V. Zusammenfassung

1. Die Arbeiten am DCFR standen unter erheblichem Zeitdruck. Etwas mehr Zeit hätte sogar nach Ansicht der Verfasser zur Vermeidung von Schwächen beigetragen. Umso wichtiger ist jetzt die Zeit für eine wissenschaftliche Aufarbeitung des DCFR, bevor auf dessen Grundlage eine Rechtsquelle geschaffen wird. Die Suche nach den besten Lösungen braucht eine wissenschaftliche Debatte.

---

<sup>97</sup> Ebenso *Klaus Tonner*, Das Grünbuch der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht für Verbraucher und Unternehmer, Zur Rolle des Verbrauchervertragsrechts im europäischen Vertragsrecht: *EuZW* 2010, 767–771 (768).



2. Während der Arbeiten am DCFR bestand ein Mangel an Transparenz. Durch Veröffentlichung der Sitzungsprotokolle könnte immerhin nachträglich die wissenschaftliche Aufarbeitung erleichtert und bereichert werden.

3. Die große Anzahl beteiligter Personen mag strategisch, aus politischen Gründen und für die Verbreitung des DCFR sinnvoll gewesen sein; der Projektorganisation dienlich war es aber nicht. Ob eine ausreichende Legitimation allein dadurch erreicht wurde, ist fraglich.

4. Klare Vorgaben aus der Politik über den Zweck der Ergebnisse hätten die Arbeiten sehr erleichtern können. Gleichzeitig ist dem bisherigen wissenschaftlichen Prozess vorzuhalten, dass die politischen und strukturellen Fragen, die zwingend mit der Konzeption eines Europäischen Vermögensrechts verbunden sind, nicht einmal innerhalb der Gruppen mit den beteiligten Wissenschaftlern diskutiert wurden. Offenbar wurden diese Fragen vorab von einem kleinen Kreis ohne Diskussion und Einbeziehung unterschiedlicher Standpunkte entschieden. Es ist kein Grund ersichtlich, diese Diskussion nicht wenigstens jetzt nachzuholen und sich in das Korsett der vorhandenen Entwürfe zu begeben, ohne noch einmal Strukturfragen, inhaltliche und rechtspolitische Entscheidung auf den Prüfstand zu stellen. Dazu gehört beispielsweise die Frage, ob der vorliegende Entwurf dem Auftrag einer gründlichen Überarbeitung des Verbraucheracquis hinreichend Rechnung trägt.

5. Vielfach wurden und werden die politischen Dimensionen der laufenden Arbeiten negiert. Das hat Folgen für die Fragen der Legitimation und für die Konsensfähigkeit der Ergebnisse.

6. Die Auswahl der beteiligten Wissenschaftler an den jüngsten Arbeitsschritten im Rahmen der Expertengruppe und der persönlichen Berater der Kommissarin macht deutlich, dass die Evaluierung, Überarbeitung und Auswahl der relevanten Teile überwiegend von den Verfassern des bereits vorliegenden Entwurfs erledigt wird. Meinungsvielfalt und der dialektische Prozess einer Suche nach der besten Lösung durch Kritik und Antikritik in kleinen Schritten sind nicht zu erwarten.

7. Einen Fortschritt gibt es bei der Transparenz, weil Berichte über die Treffen der Expertengruppe veröffentlicht werden. Warum allerdings eine derart reduzierte Berichterstattung erfolgt und vor allem nicht gewagt wurde, die in den Sitzungen erörterten Entwürfe zu veröffentlichen, bleibt unklar. Die wissenschaftliche Diskussion der Ergebnisse wird damit wiederum verzögert – sie kann deswegen erst nach Abschluss aller Arbeiten einsetzen.

8. Das Grünbuch Vertragsrecht 2010 lässt alle denkbaren Möglichkeiten für die weitere Entwicklung offen. Deutlich wird aber die politische Präferenz für ein optionales Vertragsrecht, das offenbar auf Grundlage der Arbeiten der Expertengruppe und deren Überarbeitung des DCFR entstehen soll. Die bisherigen Kritikpunkte verstärken die Sorge, dass ein solcher Schritt verfrüht erfolgt. Nicht zuletzt droht damit eine Versteinerung auf einem verfrühten Stand.

9. Zur Europäisierung der Rechtswissenschaft leistet der DCFR sowohl in der Ausbildung als auch in der Rechtsvergleichung einen Beitrag. Der Europäisierung des Privatrechts fehlt aber derzeit noch die Europäisierung der Lehrenden, für die eine größere Offenheit rechtswissenschaftlicher Fakultäten gegenüber Bewerbern aus anderen Mitgliedstaaten Voraussetzung wäre.

10. Die verschiedenen strukturellen Schwächen bei der Vorbereitung des DCFR und die in mehrfacher Hinsicht unglückliche Projektorganisation (Auswahl beteiligter Personen, Zeitdruck, mangelnde Zielvorgabe, etc.) haben Folgen für den Inhalt, weil die Ergebnisse von ihrem Entstehungsprozess oft nachhaltig beeinflusst sind.

### Summary

#### STRUCTURAL WEAKNESS IN THE EUROPEANISATION OF PRIVATE LAW – A PROCEDURAL ANALYSIS OF RECENT DEVELOPMENTS

The European Commission (EC) has pushed for more harmonisation of private law in Europe. It has generously supported one network and currently seems to be preparing an optional regime of European contract law based on the academic draft (“Draft Common Frame of Reference”, DCFR) published so far by the sponsored network. The process leading up to the current state has been marked by a number of structural and organisational weaknesses, amongst which the following are analysed in this paper:

(1) The persons involved have not decided nor even discussed what their draft should be used for. As a consequence, some parts aim for a restatement, others for an innovative new approach, others again for an academic paper and others for compromise in light of what may seem politically feasible.

(2) Enormous and frequently artificial time pressure has exacerbated the various problems.

(3) Discussion of different points of views has been avoided, undermining the legitimacy of the process.

(4) The more recent steps include the setting up of an expert group by the EC to prepare a draft of an optional European contract law which could be elected by the parties such that businesses might overcome the fragmentary state of contract law existing due to the divergent national mandatory rules on consumer protection. However, the new working group does not give rise to high hopes for a fresh or independent assessment of previous drafts.

(5) Lack of transparency and linguistic obstacles put this important process further at risk.

