

Herausgeber

Professor Dr. Matthias Jestaedt, Erlangen
Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Rolf Stürner, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Joachim Vogel, Tübingen

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

11 63. Jahrgang
6. Juni 2008
Seiten 529–584

JZ Juristen Zeitung

Aufsätze

Horst Eidenmüller (München), Florian Faust (Hamburg),
Hans Christoph Grigoleit (Regensburg), Nils Jansen (Münster),
Gerhard Wagner (Bonn), Reinhard Zimmermann (Hamburg)*

Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht

– Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme –

Anfang des Jahres ist der Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens für das Europäische Privatrecht (Draft Common Frame of Reference – DCFR) vorgelegt worden.

Der Text ist das Ergebnis der Arbeit einer Vielzahl von Privatrechtswissenschaftlern aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, und er versteht sich als „akademischer“ Vorschlag, der allein den Prinzipien der Wissenschaft – und nicht der Politik – verpflichtet ist. Trotz des sperrigen Namens verbirgt sich dahinter nicht weniger als der Entwurf zentraler Stücke eines Europäischen Zivilgesetzbuchs. Der folgende Beitrag will über diesen Meilenstein der europäischen Privatrechtsentwicklung informieren und eine wissenschaftlich-kritische Diskussion anstoßen.**

* Professor Dr. Horst Eidenmüller, LL.M., ist Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Unternehmensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München; Professor Dr. Florian Faust, LL.M., ist Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung an der Bucerius Law School, Hamburg; Professor Dr. Nils Jansen ist Direktor am Institut für Rechtsgeschichte der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster; Professor Dr. Hans Christoph Grigoleit, LL.M., ist Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht und Europäisches Privatrecht an der Universität Regensburg; Professor Dr. Gerhard Wagner, LL.M., ist Inhaber eines Lehrstuhls für deutsches und europäisches Privat- und Prozessrecht an der Universität Bonn; Professor Dr. Dr. h. c. mult. Reinhard Zimmermann ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

** Nach einem Überblick über Genese und Inhalt des DCFR (I.) geht es zunächst um die Frage, ob und inwieweit der DCFR auf konsistenten und insgesamt überzeugenden Grundwertungen beruht (II.). Vertiefend wendet sich der Beitrag sodann dem Stellenwert der Privatautonomie zu und untersucht darüber hinaus, inwieweit die vorgeschlagenen Regelungen den Anforderungen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit genügen (III.). Anschließend wird der DCFR an den Kriterien der Regelungskonsistenz und Systemgerechtigkeit gemessen (IV.), und es wird geprüft, ob der Entwurf die ihm zugrunde liegenden Quellen, nämlich die *Principles of European Contract Law* der Lando-Kommission und die *Acquis-Principles*, aber auch die gemeinsame Privatrechtsüberlieferung der Mitgliedstaaten, kritisch reflektiert und plausibel zusammenführt (V.). Aufmerksam verdient schließlich die Aufnahme von über 120 Definitionen zentraler Begriffe des Privatrechts, die sich in dieser Form und Ausführlichkeit weder in den Lando-Prinzipien noch in den nationalen Privatrechten finden (VI.).

I. Das Projekt eines Gemeinsamen Referenzrahmens

1. Hintergrund

Die Herausbildung eines europäischen Privatrechts ist eine der bedeutendsten juristischen Entwicklungen der Gegenwart. Sie wird getragen von Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsprechung.¹ Rechtshistoriker wie *Helmut Coing* haben uns den gemeinsamen Grund erkennen lassen, der die modernen nationalen Rechtsordnungen in Europa trägt;² und Rechtsvergleicher wie *Hein Kötz* haben gezeigt, dass es im Vertragsrecht auch heute (noch oder wieder) möglich ist, gemeinsame Probleme zu identifizieren und auf einer gemeinsamen Verständnisgrundlage nach angemessenen Lösungen zu suchen.³ Aus diesen Ansätzen ist inzwischen eine reiche, genuin europäisch inspirierte wissenschaftliche Literatur entstanden.⁴ Der europäische Gesetzgeber hat mittlerweile fast zwanzig Richtlinien im Bereich des klassischen Privatrechts erlassen und viele weitere darüber hinaus. Diese sind ihrerseits Gegenstand wissenschaftlicher Bearbeitung geworden. Und der *EuGH* prägt Begriffe und Regeln, die für das Recht der Gemeinschaft und in zunehmendem Maße auch für die Rechte ihrer Mitgliedstaaten maßgeblich sind. Gleichwohl sind dem Vereinheitlichungsprozess gegenwärtig enge Grenzen gesetzt. So ist etwa der *EuGH* kein oberstes Zivilgericht für die Europäische Union. Dem europäischen Gesetzgeber fehlt eine allgemeine Kompetenz im Bereich des Privatrechts; statt dessen muss er sich, in den etwas sibyllinischen Worten der einschlägigen Richtlinien, „insbesondere auf Art. 95“ des EG-Vertrages stützen. Und neben den Lehrbüchern, Handbüchern, Casebooks und Monographien zum

1 Zu diesen drei Protagonisten der Rechtsentwicklung in der Tradition des europäischen Rechts *R. C. van Caenegem*, *Judges, Legislators and Professors*, 1987.

2 *H. Coing*, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I, 1985; Bd. II, 1989.

3 *H. Kötz/A. Flessner*, *Europäisches Vertragsrecht*, Bd. I, 1996.

4 Näher hierzu und zum Folgenden *R. Zimmermann*, in: *M. Reimann/R. Zimmermann* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, paperback-Ausgabe 2008, S. 539 ff.

europäischen Privatrecht, und weithin unbeeinflusst durch diese und untereinander, bestehen nach wie vor um die 30 national und regional (Schottland, Katalonien) begrenzte Rechtsliteraturen und Rechtsdiskurse.

Vor diesem Hintergrund verspricht die Etablierung autoritativer europäischer Referenztexte einen erheblichen Fortschritt. Ihre Autorität gewinnen können derartige Referenztexte entweder *imperio rationis* oder *ratione imperii*:⁵ aufgrund ihrer wissenschaftlichen Qualität und Überzeugungskraft oder dadurch, dass die Europäische Gemeinschaft sie sich in der einen oder anderen Form zu eigen macht. Der bislang erfolgreichste Referenztext im Sinne einer Geltung lediglich *imperio rationis* sind die *Principles of European Contract Law* (PECL) der sogenannten Lando-Kommission, die 1995, 2000 und 2003 in drei Teilen publiziert worden sind.⁶ Dabei handelt es sich um ein privates Regelwerk zum allgemeinen Vertragsrecht (teilweise aber auch, darüber hinausgehend, zum allgemeinen Schuldrecht), das auf langjähriger internationaler und rechtsvergleichend fundierter Arbeit beruht und einen für die Auslegung und Fortbildung der nationalen Privatrechtsordnungen in Europa maßgeblichen Orientierungspunkt bieten kann.⁷ In der Tat haben die PECL begonnen, eine Schlüsselrolle bei einer derart Schritt für Schritt und gewissermaßen organisch vollzogenen Angleichung der Privatrechte in Europa zu spielen.⁸

Das Europäische Parlament favorisiert demgegenüber seit langem die stärkste Form eines Referenztextes *ratione imperii*, nämlich eine europäische Zivilrechtskodifikation.⁹ Eine Zeit lang flirtete auch die Europäische Kommission mit dieser Idee, wenngleich beschränkt auf den Bereich des Vertragsrechts.¹⁰ Doch ist ein derartiges Europäisches Vertragsgesetzbuch gegenwärtig weder praktisch durchsetzbar, noch besteht dafür nach weit überwiegender Ansicht eine Kompetenzgrundlage. Deshalb wurde der Gedanke eines „optionalen Instruments“ ins Spiel gebracht, also einer weiteren Vertragsrechtsordnung (neben den etwa 30 in Europa bereits bestehenden), auf die die Parteien sich einigen könnten.¹¹ Seit 2003, als er in einer Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat zum ersten Mal gebraucht wurde, trat demgegenüber der schillernde Begriff eines Gemeinsamen Referenzrahmens (*Common Frame of Reference*; CFR) immer stärker in den Vordergrund, der heute die Diskussion beherrscht.¹² Unklar ist immer noch,

welchen rechtlichen Status dieser CFR haben soll; und unklar ist auch, welche Ziele damit letztlich verfolgt werden. Die Kommission selbst hat ihn wiederholt als eine Art „Werkzeugkasten“ für künftige Gesetzgebung im Bereich des Vertragsrechts bezeichnet.¹³ Doch welche Bereiche des Vertragsrechts beabsichtigt die Kommission in Zukunft zu regeln? Ganz im Zentrum des Interesses scheint jedenfalls momentan die Revision des *acquis communautaire* im Bereich des Verbrauchervertragsrechts zu stehen.¹⁴ Will die Kommission auch künftig ihre Aktivitäten auf diesen Bereich beschränken, so bedürfte es keines CFR, der nicht nur das gesamte allgemeine Vertragsrecht, sondern auch das besondere Vertragsrecht, die gesetzlichen Schuldverhältnisse und Teile des Sachenrechts erfasst. Genau dies tut aber der Entwurf eines CFR (*Draft Common Frame of Reference*; DCFR),¹⁵ der zu Beginn dieses Jahres publiziert worden ist.¹⁶ Obwohl es sich bisher lediglich um den Diskussionsentwurf einer Gruppe von Wissenschaftlern handelt, wird er doch mit der klaren Perspektive vorgelegt, die Blaupause für einen zukünftigen politischen CFR zu werden.

2. Inhalt

Dieser Entwurf besteht momentan aus sieben Büchern und zwei Anhängen. Das etwas heterogene Buch I enthält nur sechs Regeln; sie betreffen den Anwendungsbereich und die Auslegung des DCFR, bestimmen die Bedeutung der Begriffe „schriftlich“, „Textform“, „Signatur“ und fünf weiterer Formelemente und verweisen auf die beiden Anhänge. Der eine von ihnen bietet einen Katalog von 122 Definitionen, von denen viele im Text des DCFR wieder auftauchen,¹⁷ der andere eine ausführliche Regelung der Berechnung von Fristen samt einem eigenen kleinen Definitionenkatalog, der sich

⁵ Zur Rechtsgeltungsdiskussion zur Zeit des Gemeinen Rechts vgl. in diesem Zusammenhang N. Jansen JZ 2006, 536 ff.; ders./R. Michaels RabelsZ 71 (2007), 345 ff.

⁶ O. Lando/H. Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, 2000 (deutsche Ausgabe durch Ch. von Bar/R. Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, 2002); O. Lando/E. Clive/A. Prüm/R. Zimmermann (Hrsg.), *Principles of European Contract Law*, Part III, 2003 (deutsche Ausgabe durch Ch. von Bar/R. Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil III, 2005).

⁷ Dazu R. Zimmermann, in: F. Faust/G. Thüsing (Hrsg.), *Beyond Borders: Perspectives on International and Comparative Law – Symposium in Honour of Hein Kötz*, 2006, S. 111 ff., 141 ff.

⁸ Vgl. für Deutschland beispielsweise BT-Drucks. 14/7052 v. 25. 9. 2001, leicht zugänglich in C.-W. Canaris (Hrsg.), *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, 2002, S. 1051 ff., 1066; für Spanien und die Niederlande die Beiträge von C. Vendrell Cervantes und D. Busch ZEuP 16 (2008), Heft 3.

⁹ Zuerst in einer Resolution vom Mai 1989; dazu W. Tilmann ZEuP 1 (1993), 613 ff.

¹⁰ Zur Abfolge der einschlägigen Mitteilungen der Kommission im Überblick N. Jansen, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität*, 2004, S. 2 ff.; R. Zimmermann EuZW 2007, 459.

¹¹ Dazu D. Staudenmayer, in: S. Vogenauer/S. Weatherill (Hrsg.), *The Harmonisation of European Contract Law*, 2006, S. 236 ff.

¹² Einen ersten Anstoß für diese Diskussion bot ein Symposium in Graz; vgl. R. Zimmermann ZEuP 15 (2007), 109 ff. mit Beiträgen von A. Flessner,

U. Blawrock, R. Schulze, V. Trstenjak, N. Reich, G. Wagner, D. Martiny, F. Zoll, E. Kramer, U. Magnus, J. Basedow und W. Tilmann. Im September 2007 hat sich die deutsche Zivilrechtslehrervereinigung mit dem Thema befasst; die Beiträge von T. Pfeiffer und W. Ernst werden im Laufe des Jahres in AcP publiziert werden. Auch in den Diskussionen der Abteilung 1 „Europäisches Vertragsrecht“ des 4. Europäischen Juristentages im Mai 2007 in Wien spielte der CFR eine wichtige Rolle; die einschlägigen Referate und der Generalbericht sind publiziert in: 4. Europäischer Juristentag, 2008, S. 1 ff. (mit Beiträgen von S. Weatherill, J. Smits, L. Vékás, M. J. Bonell, T. Wilhelmsson, B. Fauvarque-Cosson, B. Lurger und R. Zimmermann). Vgl. ferner die Beiträge in *European Review of Contract Law* (ERCL) 3 (2007), 239 ff., in R. Schulze (Hrsg.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, 2008, sowie in: A. Vaquer (Hrsg.), *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference*, 2008, S. 43 ff., mit – trotz des Titels – einer Reihe von Beiträgen zu verschiedenen Teilen des DCFR, darunter K. Lilleholt zur Miete beweglicher Sachen (55 ff.) und M. Schmidt-Kessel mit einem ersten Überblick über das geplante Schenkungsrecht (77 ff.).

¹³ *European Contract Law and the revision of the Acquis: the way forward*, COM(2004) 651 final; vgl. auch COM(2005) 184 final (*sub* 2.3. *in fine*).

¹⁴ *First Annual Progress Report on European Contract Law and the Acquis Review v. 23. 9. 2005*, COM(2005) 456 final; *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis v. 8. 2. 2007*, COM(2006) 744 final; vgl. auch *Second Progress Report on The Common Frame of Reference v. 25. 7. 2007*, COM(2007) 447 final.

¹⁵ Kritisch zum DCFR wegen dessen großer thematischer Reichweite deshalb R. Schulze, in: ders. (Fn. 12), S. 10 ff.

¹⁶ Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke (Hrsg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference* (DCFR): *Interim Outline Edition*, 2008. Es handelt sich zunächst um eine „black-letter-only“ Version; sie enthält also keine Kommentare oder rechtsvergleichenden Anmerkungen, sondern nur den Text der vorgeschlagenen Artikel. Vorangestellt ist dem Band eine von Ch. von Bar, H. Beale, E. Clive und H. Schulte-Nölke verfasste Einleitung, in der Ziele, Hauptinhalt, zugrundeliegende Wertentscheidungen, Struktur und Sprache sowie der Entstehungsprozess des DCFR skizziert werden.

¹⁷ Dazu unten VI.

nur auf diesen Anhang bezieht. Nach Auskunft der Verfasser des DCFR dienen die Bestimmungen in Buch I als kurzer und allgemeiner Leitfaden zur Benutzung des Regelwerks.¹⁸

Die Bücher II und III enthalten, was in Deutschland als Rechtsgeschäftslehre und allgemeines Schuldrecht bezeichnet werden würde. So finden sich in Buch II die Regeln über Vertragsschluss, Stellvertretung, Gültigkeit (insbesondere: Konsensmängel, Verbots- und Sittenwidrigkeit), Auslegung sowie Inhalt und Wirkungen von Verträgen. Buch III befasst sich demgegenüber mit Erfüllung, Rechtsbehelfen bei Nichterfüllung, Gläubiger- und Schuldnermehrheiten, Übertragung von Rechten und Verbindlichkeiten (Abtretung, Schuldübernahme, Vertragsübertragung), Aufrechnung und Verjährung. Systematisch hängt diese Aufgliederung des Stoffes an den Begriffen „Vertrag und andere Rechtsgeschäfte“ (*Contracts and other juridical acts*; so die Überschrift von Buch II) und „Verbindlichkeiten und korrespondierende Rechte“ (*Obligations and corresponding rights*; Buch III).¹⁹ Eine Verbindlichkeit wird als Leistungspflicht einer Partei eines Rechtsverhältnisses gegenüber einer anderen definiert („... a duty to perform which one party to a legal relationship ... owes to another party“; Art. III.-1:101); der Begriff bezieht sich damit auf rechtsgeschäftliche und gesetzliche Schuldverhältnisse.

Im Vordergrund von Buch II steht natürlich der Vertrag als praktisch bedeutsamster Typ eines Rechtsgeschäfts. Für andere Rechtsgeschäfte (also etwa: einseitige Versprechen, die Erteilung von Vollmachten, Genehmigungs-, Aufrechnungs- oder Rücktrittserklärungen) finden sich bisweilen Sonderregeln (Abschluss, Auslegung); häufig gelten dieselben Regeln wie für Verträge (Form, Teilunwirksamkeit), oder die für Verträge aufgestellten Regeln werden für analog anwendbar erklärt (Gebräuche und Gepflogenheiten, Gültigkeit). Bemerkenswert ist ferner, dass sowohl Buch II als auch Buch III mit einem Allgemeinen Teil beginnen, der Definitionen und tragende Grundsätze enthält (Vertragsfreiheit, Formfreiheit, Treu und Glauben), aber auch ein Potpourri von Regelungen zu konkreten Rechtsfragen, die sonst offenbar nicht recht unterzubringen waren (gemischte Verträge, bedingte und befristete Verbindlichkeiten, Änderungsvereinbarungen, Wegfall der Geschäftsgrundlage).

Buch IV ist besonderen Vertragstypen gewidmet und erfasst in seinen bislang sechs Unterabschnitten Kauf, Miete beweglicher Sachen, Verträge über Dienstleistungen (unter Ausschluss des Arbeitsrechts), Auftrag, Handelsvertreter-, Franchise- und Vertriebsverträge sowie persönliche Sicherheiten. Bei der Vorbereitung des Kaufrechts haben natürlich das UN-Kaufrecht und die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eine hervorragende Rolle gespielt;²⁰ die Verfasser des DCFR konnten insoweit an erprobte Vorbilder und an eine bis auf *Ernst Rabel*s große Monographie zum internationalen Wa-

renkauf²¹ zurückreichende rechtsvergleichende Diskussion anknüpfen. Das gilt nicht, oder doch nur in sehr eingeschränktem Maße, für die anderen erwähnten Vertragstypen. Wie sehr der DCFR hier im Bereich von Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung Neuland betritt, wird bereits aus einem ersten Überblick über die Struktur des Abschnittes über die Erbringung von Dienstleistungen (*services*) deutlich: Er enthält nach einem Allgemeinen Teil (dem wiederum einige Regeln noch allgemeineren Zuschnitts vorangestellt sind) besondere Unterabschnitte über Herstellung, Bearbeitung, Verwahrung, Entwürfe (*design*), Rat oder Information sowie (medizinische) Behandlung. Für viele dieser besonderen (in der Terminologie des deutschen Rechts:) Dienst- und Werkverträge enthalten die bestehenden europäischen Kodifikationen keine eigenständigen Regelungen. Ungewohnt für einen englischen Juristen dürfte es sein, die Miete beweglicher Sachen als einen schuldrechtlichen Vertrag klassifiziert zu finden, überraschend für einen deutschen Juristen ist, dass der Auftrag (*mandate*) zum einen kein notwendig unentgeltliches Rechtsgeschäft und zum anderen auf die Regelung des Innenverhältnisses zwischen Vertreter und Vertretenem bei der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung beschränkt ist.²² Der Abschnitt über persönliche Sicherheiten ist, in für den DCFR charakteristischer Weise, aufgegliedert in einen Allgemeinen Teil und in besondere Unterabschnitte über die Bürgschaft und die selbständige Garantie. Die Bücher V, VI und VII befassen sich mit der Geschäftsführung ohne Auftrag,²³ der außervertraglichen Haftung²⁴ und der ungerechtfertigten Bereicherung.²⁵ Auffällig ist die Regelungsfreude in den letzten beiden Bereichen; so umfasst das Bereicherungsrecht mehr als doppelt so viele Normen wie der entsprechenden Titel des BGB.

Eingefügt in dieses traditionell-privatrechtliche Regelsystem ist das (bisweilen freilich ins Allgemeine hinein erweiterte) *ius novum* des *acquis communautaire*: Nichtdiskriminierung, Informationspflichten, unbestellte Zusendung von Waren oder Dienstleistungen, Widerrufsrechte (dies alles in Buch II), die Regeln über Verbrauchsgütergarantien und eine Vielzahl weiterer Verbraucherschützender Maßnahmen im Kaufrecht (Buch IV A.) sowie ein Unterabschnitt mit Sonderregeln über persönliche Sicherheiten durch Verbraucher (Buch IV G.). Besondere Verbraucherschutzregeln, die freilich nicht in einem eigenständigen Unterabschnitt zusammengefasst sind, enthält auch Buch IV B. über die Miete beweglicher Sachen; bei den anderen Vertragstypen fehlen derartige Regeln.

Der DCFR ist noch unvollständig. Bislang handelt es sich nur um eine „Interim Outline Edition“. Die endgültige Fassung des DCFR soll Ende 2008 veröffentlicht werden. In dem heute vorliegenden Entwurf fehlen Abschnitte über weitere besondere Vertragstypen (Darlehensvertrag und Schenkung; für Darlehensverträge ist Buch IV F. bereits reserviert) sowie eigenständige Bücher über Erwerb und Verlust von Eigentum an beweglichen Sachen (VIII), dingliche

¹⁸ *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* (Fn. 16), Einl. Tz. 45. Dazu *O. Lando* ERCL 3 (2007), 244 („One could have wished for a more appealing start“).

¹⁹ Kritisch dazu selbst Mitglieder der beiden Gruppen, die den DCFR erarbeitet haben; vgl. *R. Schulze* (Fn. 15), S. 13 f.; *O. Lando* ERCL 3 (2007), 250 („... stringent and incomprehensible logic ... borrowed from German Law“). In der Tat finden sich in der Einleitung zum DCFR zur Rechtfertigung der Aufgliederung bemerkenswert apodiktische dogmatische Feststellungen wie: „Similarly, a contract is not terminated. It is the contractual relationship, or particular rights and obligations arising from it, which will be terminated“ (*Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* [Fn. 16], Einl. Tz. 52).

²⁰ *V. Heutger*, Ein gemeineuropäisches Kaufrecht: Vision oder nahe Zukunft?, 2007, S. 171 ff.; vgl. ferner *A. Veneziano*, in: *A. Vaquer* (Fn. 12), S. 41 ff. Allgemein zur Bedeutung des CISG zuletzt *M.J. Bonell* *American Journal of Comparative Law* 56 (2008), 1 ff.

²¹ *E. Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, 2 Bde., 1936 und 1958; dazu *G. Kegel* *RabelsZ* 54 (1990), 1 ff.

²² Eingehend unten IV. 2.

²³ Dazu eingehend *N. Jansen* *ZEuP* 15 (2007), 958 ff.

²⁴ Dazu und zu den konkurrierenden Principles of European Tort Law der European Group on Tort Law, 2005, *N. Jansen* *RabelsZ* 70 (2006), 732 ff.; *M. Schmidt-Kessel*, Reform des Schadensersatzrechts, Bd. I, Europäische Vorgaben und Vorbilder, 2006.

²⁵ Dazu *Ch. Wendeborst* *ERA-Forum* 7 (2006), 244 ff.; zu ihrer eigenen Konzeption näher neuerdings *dies.*, in: *K. Siebr/R. Zimmermann* (Hrsg.), *The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective*, 2008, S. 113 ff., 121 ff.; vgl. ferner *J. Smits*, in: *A. Vaquer* (Fn. 12), S. 153 ff.

Sicherheiten an beweglichen Sachen (IX) und Trusts (X). Insgesamt handelt es sich also um den Entwurf eines Gesetzbuchs wesentlicher Teile des Vermögensrechts. Seine Reichweite lässt sich vielleicht am besten ermesen, wenn man sich vor Augen führt, welche Bereiche ausdrücklich ausgeschlossen sind (Art. I.-1:101 (2)): Geschäftsfähigkeit natürlicher Personen, Erbrecht, Familienrecht, Wertpapierrecht, Arbeitsrecht, Grundstücksrecht und Gesellschaftsrecht. Ob die von einer Hamburg/Innsbrucker Arbeitsgruppe erarbeiteten Grundregeln eines europäischen Versicherungsvertragsrechts in Buch IV des DCFR eingegliedert werden oder nicht, ist offenbar noch unklar.²⁶ Unentschieden ist zudem noch, ob die Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen sich nur auf allgemeine Geschäftsbedingungen oder auch auf Individualvereinbarungen bezieht (vgl. die eckigen Klammern in Art. II.-9:404).²⁷

3. Entstehung

Erstellt worden ist der bislang vorliegende DCFR von acht internationalen Forschungsgruppen, von denen indessen sieben organisatorisch unter einem Dach zusammengefasst sind und zentral koordiniert werden. Gleichzeitig enthält der DCFR im Wesentlichen neun Textmassen. Die älteste dieser Textmassen stammt von einer Wissenschaftlergruppe, die an der Erstellung des DCFR unmittelbar gar nicht beteiligt war: der zuvor bereits erwähnten Lando-Kommission.²⁸ Diese hatte mit der Veröffentlichung von Teil III der PECL im Jahre 2003 ihre Tätigkeit abgeschlossen. Ihre Nachfolgerin wurde, obwohl sie sich in Struktur, Zielsetzung und Arbeitsweise von der Lando-Kommission deutlich unterschied, die 1998 von Christian von Bar ins Leben gerufene Study Group on a European Civil Code.²⁹ Sie ist im Laufe der Jahre zu einem gewaltigen Netzwerk internationaler Arbeitsgruppen geworden,³⁰ die sich den von den PECL nicht erfassten Rechtsbereichen gewidmet haben und noch widmen. Diese Arbeitsgruppen hatten bzw. haben ihren Sitz in Osnabrück (gesetzliche Schuldverhältnisse), Utrecht (Kauf), Tilburg (Dienstleistungen), Amsterdam (Handelsvertreter-, Franchise- und Vertriebsverträge), Bergen (Miete beweglicher Sachen), Hamburg (Personalsicherheiten) und wiederum Amsterdam (Auftrag).³¹ Jede Arbeitsgruppe bestand bzw. besteht aus einem Leiter und einem größeren oder kleineren, international zusammengesetzten Mitarbeiterstab sowie einem internationalen Beirat; und jede von ihnen bereitet eine eigenständige Publikation vor, die ganz ähnlich strukturiert ist wie die PECL.³² Die in diesen Publikationen enthaltenen

Regelwerke bilden die Grundlage für die jeweils einschlägigen Bücher des DCFR und damit sieben weitere der dort enthaltenen Textmassen. Gebilligt worden sind sie nicht nur von dem jeweils zuständigen Beirat, sondern auch von der enorm großen (mehr als 40 Mitglieder) „Co-ordinating Group“ der Study Group on a European Civil Code (Vorsitz: Christian von Bar).

Im Übrigen übernahm die Study Group aber als Grundlage ihrer Arbeit, und damit auch des DCFR, die PECL, freilich nicht ohne dies Regelwerk teils mehr, teils weniger intensiv zu überarbeiten.³³ Sie reagierte damit zum einen auf Kritik an bestimmten Regelungen der PECL, die im Schrifttum oder anlässlich der sogenannten „stakeholder-meetings“, mit denen die Kommission die interessierte Öffentlichkeit in den Prozess der Vorbereitung des CFR einbinden wollte,³⁴ geäußert worden ist. Ein gewisser Anpassungsbedarf ergab sich zweitens durch inhaltliche Festlegungen der Study Group in den anderen von ihr behandelten Bereichen, sowie drittens aus der Tatsache, dass die Study Group eine ihrer Hauptaufgaben in der Entwicklung klarer und konsistenter Begriffe und Strukturen für das europäische Vermögensrecht sah. Die PECL waren ihrerseits ohne einen von vornherein festgelegten Gesamtplan entstanden; bestimmte konzeptionelle Defizite sind deshalb unübersehbar.³⁵ Sie betreffen die erst im Laufe der Zeit gefallene Entscheidung, über das allgemeine Vertragsrecht hinaus in das allgemeine Schuldrecht vorzudringen, ebenso wie die unterbliebene Abstimmung der Teile I und II einerseits sowie III andererseits oder die vergleichsweise unbefangene Benutzung von Grundbegriffen wie *contract*, *claim* oder *obligation*.

Einige Regelungskomplexe sind von lediglich terminologischen Anpassungen oder marginalen Änderungen betroffen, so das Recht der Verjährung und der Aufrechnung (wobei in letzterem Fall allerdings eine – unpassende – Definition der Aufrechnung hinzugefügt wurde: Art. III.-6:101 (1)). Erheblich revidiert worden sind demgegenüber etwa die Regeln über die Stellvertretung, den Vertrag zugunsten Dritter (Art. II.-9:301 ff.) und die Abtretung (Art. III.-5:101 ff.).³⁶ Andere Bereiche liegen zwischen diesen Extremen. Nach Art. 2:201 (1)(a) PECL ist ein Vertrag geschlossen, wenn die Parteien den Willen haben, rechtlich gebunden zu sein; nach Art. II.-4:101 DCFR müssen die Parteien den Willen haben, eine bindende Rechtsbeziehung einzugehen oder eine andere rechtliche Wirkung zu erzielen. Die Treu-und-Glauben-Klausel des Art. 1:201 (1) PECL ist zugunsten zweier jeweils auf den vorvertraglichen (Art. II.-3:301 (2) DCFR) und den vertraglichen Bereich (Art. III.-1:103 (1) DCFR) bezogener Vorschriften aufgegeben worden, wobei die letztere im Wege der Enumerationstechnik zu konkretisieren versucht, in welcher Hinsicht eine Vertragspartei im Einklang mit den Geboten von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs zu handeln hat. Bei den anfechtbaren Rechtsgeschäften ist die Vorschrift über den Irrtum (Art. 4:103 PECL) erheblich umgestaltet worden (Art. II.-7:201 DCFR).³⁷ Die drei Typen von Schuldnermehrheiten (um de-

²⁶ *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* (Fn. 16), Einl. Tz. 59. Zum *Common Frame of Reference* eines europäischen Versicherungsvertragsrechts vgl. zuletzt *H. Heiss*, in: *R. Schulze* (Fn. 12), S. 229 ff.

²⁷ Eingehend unten III. 1. a).

²⁸ Oben Text zu Fn. 6.

²⁹ *Ch. von Bar*, in: *Festschrift Henrich*, 2000, S. 1 ff. Zwischen Lando-Kommission und Study Group besteht eine persönliche Kontinuität insoweit, als etwa die Hälfte der Mitglieder der (dritten) Lando-Kommission im Rahmen der Study Group (vor allem ihrer Leitungsgremien) weiterarbeiten, darunter insbesondere *Christian von Bar*, *Eric Clive* und *Hugh Beale*.

³⁰ Vgl. <http://www.sgecc.net> unter „Organisation“.

³¹ Die weiteren Arbeitsgruppen, deren Ergebnisse bislang noch nicht in den DCFR eingeflossen sind, haben ihren Sitz ebenfalls in Osnabrück (Trusts, Schenkungen), Amsterdam (Darlehensverträge) und Hamburg (Dingliche Sicherheiten an beweglichen Sachen), außerdem in Graz (Erwerb und Verlust von Eigentum an beweglichen Sachen).

³² Bislang erschienen sind: *Ch. von Bar*, *Benevolent Intervention in Another's Affairs*, 2006; *M. Hesselink/J. Rutgers/O. Bueno Díaz/M. Scotton/M. Veldman*, *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, 2006; *M. Barendrecht/Ch. Jansen/M. Loos/A. Pinna/R. Cascao/S. van Gulijk*, *Service Contracts*, 2007; *U. Drobnig*, *Personal Security*, 2007;

K. Lilleholt/A. Victorin/A. Fötschl/B.-E. Konow/A. Meidell/A. Bjøranger Tørum, *Lease of Goods*, 2008; *E. Hondius/V. Heutger/Ch. Jeloscsek/H. Sivesand/A. Wiewiorowska*, *Sales*, 2008.

³³ Dazu *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* (Fn. 16), Einl. Tz. 50 ff.; dazu unten V. 2.

³⁴ Zur Art und Weise, wie dieser *stakeholder*-Prozess durchgeführt worden ist, sehr kritisch *G. Wagner ZEuP* 15 (2007), 180, 189 ff. Positiver *E. Brödermann ZEuP* 15 (2007), 304 ff.

³⁵ Vgl. z. B. *R. Zimmermann* (Fn. 7), S. 114 ff.

³⁶ Dazu näher unten IV. 1.

³⁷ Dazu näher unten V. 2. b.

ren Bezeichnung in der Lando-Kommission heftig gerungen worden war) heißen nunmehr *solidary, divided and joint obligations* (statt *solidary, separate und communal obligations*).³⁸ Die Regeln über Erfüllung und Nichterfüllung sind an die neue Systematik des DCFR angepasst worden, so dass sie sich auf Schuldverhältnisse im Allgemeinen und nicht mehr nur auf das Vertragsrecht beziehen.³⁹ Dies sind natürlich nur einigermaßen willkürlich herausgegriffene Beispiele. Hinzu kommen eine Reihe von Normen, die in einem den gesamten DCFR durchziehenden Vollständigkeitsstreben neu eingefügt worden sind; so Art. II.-1:108 DCFR über gemischte Verträge oder Art. III.-6:201 DCFR über die Konfusion.

Die neunte Textmasse schließlich stammt von der im Jahre 2002 gegründeten *European Research Group on the Existing EC Private Law* (oder: *Acquis Group*) mit *Hans Schulte-Nölke* als Koordinator. Ihr Forschungsziel bestand und besteht im Gegensatz zu Lando-Kommission und *Study Group* darin, ein Regelwerk auf der Grundlage des bereits bestehenden *acquis communautaire* zu erarbeiten. Konzeptionell bilden die *Acquis Principles* damit ein Gegenmodell zu den PECL, in denen der *acquis* unberücksichtigt geblieben ist.⁴⁰ Wie die *Study Group* publiziert auch die *Acquis Group* die Resultate ihrer Arbeit in eigenständigen Bänden; bis Ostern 2008 war aber lediglich das erste von zwei angekündigten Büchern erschienen.⁴¹ Eine Analyse dieses ersten Bandes, der sich mit vorvertraglichen Verbindlichkeiten, Vertragsschluss und Klauselkontrolle befasst, hat gezeigt, dass die *Acquis Principles* nicht auf einer kritischen Revision des im *acquis* gewährleisteten Verbraucherschutzes beruhen, sondern diesen ganz im Gegenteil in einer Reihe von Punkten verallgemeinern.⁴² Es sind diese *Acquis Principles*, die teils unverändert, überwiegend aber in überarbeiteter Form, in den DCFR Eingang gefunden haben.⁴³ Damit haben die Verfasser des DCFR zwar einerseits eine Jahrhundertaufgabe im Bereich des Privatrechts angepackt: die Zusammenführung des in einer langen, gemeineuropäischen Tradition gewachsenen *acquis commun* und des (vor allem verbraucher-vertragsrechtlichen) *acquis communautaire*. Andererseits hätte eine derartige, nicht bloß äußerliche Zusammenführung jedoch eine Rekonzeptualisierung des Verbraucher-

schutzrechts vorausgesetzt,⁴⁴ die jedenfalls die *Acquis Group* gerade nicht geleistet hat. Diese Aufgabe oblag damit dem *Compilation and Redaction Team* (Vorsitz: *Christian von Bar* und *Eric Clive*), das freilich erst Anfang 2006 etabliert worden ist und damit kaum die Zeit zu einer vertieften Auseinandersetzung mit dem Problem gehabt haben dürfte.

4. Ein akademischer Text?

Wie schon die Lando-Kommission, und in ihren Spuren andere internationale Arbeitsgruppen, bezeichnen sowohl die *Study Group* als auch die *Acquis Group* die Produkte ihrer Arbeit unpräzise als „Principles“. In Wahrheit handelt es sich um kodifikationsförmige Regelwerke, die von einem dazu legitimierten Gesetzgeber ohne weiteres in Geltung gesetzt werden könnten. Das verschleiert der von der Europäischen Kommission gewählte Begriff des *Common Frame of Reference*. Stilprägend war die Lando-Kommission, ihrerseits insoweit durch die US-amerikanischen *Restatements* inspiriert, auch hinsichtlich der Struktur der erarbeiteten Publikation.⁴⁵

Gleich einleitend betonen die Verfasser des DCFR, dass es sich um einen rein akademischen, nicht um einen politisch legitimierten oder autorisierten Text handele.⁴⁶ Der von der Kommission geplante (politische) CFR sei deshalb zu unterscheiden von dem vorgelegten Entwurf eines akademischen DCFR. Freilich sagen die Autoren des Vorworts auch, dass (natürlich) ein Zweck des DCFR darin bestehe, als Entwurf für den CFR zu dienen.⁴⁷ Und gegen Ende des Vorworts widmen sie einen eigenständigen langen Abschnitt der Frage, wie der DCFR dem CFR den Weg bereiten könnte.⁴⁸ In der Tat ist kaum vorstellbar, dass die Kommission, die die Arbeit von *Study Group* und *Acquis Group* mit erheblichen Mitteln gefördert hat,⁴⁹ sich den erarbeiteten Text nicht in irgend-

⁴⁴ Dazu, unter dem Aspekt der Selbstbestimmung *beider* Vertragsparteien, *J. Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998; *C.-W. Canaris* AcP 200 (2000), 273 ff.; *R. Zimmermann*, The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives, 2005, S. 159 ff.

⁴⁵ Jeder Band der *Study Group* enthält neben dem Text der Artikel auch einen Kommentar mit Anwendungsbeispielen sowie rechtsvergleichende Anmerkungen. Dieselbe Art der Präsentation ist auch für die endgültige Version des DCFR geplant. Die *Acquis Group*, deren Regelwerk gerade unabhängig vom gemeineuropäischen Privatrecht sein sollte, wie es in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen tradiert ist, musste dieses Schema naturgemäß modifizieren; hier finden sich deshalb neben den Normtexten in der Regel Angaben über deren Grundlagen im *acquis* sowie Kommentare einschließlich Anwendungsbeispielen. Im Unterschied zu der Lando-Kommission war Englisch die Arbeitssprache aller beteiligten Arbeitsgruppen, und so liegt auch der DCFR zunächst nur in englischer Sprache vor.

⁴⁶ *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* (Fn. 16), Einl. Tz. 4.

⁴⁷ *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* (Fn. 16), Einl. Tz. 6.

⁴⁸ *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* (Fn. 16), Einl. Tz. 60 ff.

⁴⁹ Dies geschah innerhalb des sechsten Rahmenprogramms für Forschung der Europäischen Kommission und durch Etablierung eines „network of excellence“, der neben *Study Group* und *Acquis Group* auch eine Reihe anderer Organisationen angehören. Von diesen haben soeben die *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française* und die *Société de Législation Comparée* einen Band mit dem Titel *Terminologie Contractuelle Commune*, 2008, und einen weiteren Band unter dem Titel *Principes Contractuels Communs*, 2008, vorgelegt. In dem ersten von ihnen werden folgende grundlegende Begriffe näher beleuchtet: *contrat, obligation/devoir, acte juridique/faît juridique, ordre public et règles impératives, bonne foi, faute et manquement, préjudice, dommages et intérêts/indemnité und anéantissement*. Der zweite Band unternimmt zweierlei: Er befasst sich zum einen mit drei „principes directeurs“ des europäischen Vertragsrechts: *liberté contractuelle, sécurité contractuelle und loyauté contractuelle*; dazu werden auch eine Reihe den PECL gewissermaßen vorgelegter Grundregeln vorgeschlagen. Zum anderen werden, nicht zuletzt im Lichte dieser Grundregeln, die PECL revidiert. Insgesamt scheint es bei dem Terminologie-Band und bei dem ersten Teil des zweiten Bandes (*principes directeurs*) um einen Entwurf für die Kapitel I und II eines CFR zu gehen, die die Kommission in ihrer Mitteilung vom 11. 10. 2004, COM(2004) 651 final

³⁸ In den *Unidroit Principles for International Commercial Contracts*, die momentan gerade um weitere Regelungskomplexe ergänzt werden, sollen die ersten beiden von ihnen *joint and several* und *separate obligations* heißen, während die dritte gestrichen werden wird; zu dieser dritten Kategorie, die aus dem deutschen Recht stammt und hier gemeinschaftliche Schuld genannt wird, vgl. kritisch *S. Meier*, in: *M. Schmoeckel/J. Rückert/R. Zimmermann* (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK), Bd. II/2, 2007, §§ 420 – 432/I, Rn. 93, 98.

³⁹ Kritisch dazu *O. Lando* ERCL 3 (2007), 250; *R. Schulze* (Fn. 15), S. 14 („The DCFR has, in this respect, become something else than a European contract law“). Anders in der Einschätzung *H. Schulte-Nölke*, in: *R. Schulze* (Fn. 12), S. 54 („The DCFR is nothing more than an extension of the PECL“), S. 60.

⁴⁰ Das ist häufig kritisiert worden; vgl. etwa *W. Wurmnest* ZEuP 11 (2003), 729 f.; *H.-W. Micklitz* ZVglRW 103 (2004), 88 ff.; es erklärt sich einfach daraus, dass Anfang der 1980er Jahre, als die Lando-Kommission ihre Arbeit aufnahm, die gemeinschaftsprivatrechtlichen Richtlinien noch nicht erlassen waren.

⁴¹ *The Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) – Contract I: Precontractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, 2007. Der Band Contract II: Performance, Non-Performance, Remedies ist für Dezember 2008 angekündigt; eine deutsche Übersetzung der Normvorschläge (ohne Kommentar) findet sich in ZEuP 15 (2007), 896 ff.; ferner *R. Schulze* (Fn. 12), S. 301 ff.

⁴² Dazu eingehend *N. Jansen/R. Zimmermann* JZ 2007, 1113 ff.; vgl. auch unten V. 1. b).

⁴³ Dazu aus der Sicht der *Acquis Group* die Beiträge von *C. Twigg-Flesner*, *St. Leible*, *E. Terry* und *T. Pfeiffer* in: *Schulze* (Fn. 12), S. 97 ff.

einer Form zu eigen machen bzw. darauf zurückgreifen wird. Allein dies macht ihn zu einem Dokument von erheblicher potentieller Bedeutung für die Entwicklung des europäischen Privatrechts. Er verdient deshalb besondere Aufmerksamkeit und eine möglichst breite, kritische Diskussion. Der vorliegende Beitrag, der auf eine Gesprächsrunde seiner Autoren am Hamburger Max-Planck-Institut zurückgeht, möchte diese Diskussion anstoßen. Es versteht sich angesichts des Umfangs des DCFR und der Komplexität der dort behandelten Fragen einerseits und des hier zur Verfügung stehenden Raumes andererseits von selbst, dass es nur um den Versuch einer ersten Gesamteinschätzung gehen kann. Wir beziehen uns damit auch auf die freundliche Einladung der Verfasser des DCFR: „Criticism and comments are most welcome“.⁵⁰

II. Wertungsgrundlagen und Wertungspluralität im DCFR

1. Bekenntnis zu Grundprinzipien

Nahezu jedes Gesetzeswerk ist nicht nur ein rein technisches Regelwerk, sondern auch Ausdruck konkreter Wertvorstellungen. Es ist daher sowohl für die rechtspolitische Würdigung wie auch für die Bewertung von dogmatischer Klarheit und Konsistenz wesentlich, dass sich erkennen lässt, welches die jeweils verwirklichten bzw. angestrebten normativen Ziele sind und in welchem Verhältnis sie zueinander stehen. Eine ganz andere Frage ist, ob solche Ziele in einem abstrakten Einführungssteil, also außerhalb des eigentlichen Gesetzestextes, explizit genannt oder gar (ausführlich) erläutert werden sollten.

Ob der DCFR einmal um einen solchen Teil ergänzt werden sollte, wird in der Einleitung zwar offengelassen.⁵¹ Wohl aber werden einige, aus Sicht der Verfasser zentrale Ziele des Privatrechts angesprochen und (kurz) beschrieben.⁵² Hierzu zählen Gerechtigkeit, Freiheit, Schutz von Menschenrechten, „ökonomische Wohlfahrt“,⁵³ Solidarität und soziale Verantwortung. Soweit es spezifisch um die Gestaltung des europäischen Privatrechts durch die Europäische Union geht, sollen die Förderung des Binnenmarktes und die Bewahrung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt hinzukommen. „Formalere“ Ziele, die bei der Formulierung von *model rules* berücksichtigt werden müssten, seien Rationalität, Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit und Effizienz. Diese Aufzählung soll ausdrücklich nicht abschließend sein. So werden daneben etwa auch noch der Vertrauensschutz oder der Grundsatz der Verantwortlichkeit für selbst geschaffene Risiken als (situativ) wichtige, wenngleich möglicherweise nicht zentrale Ziele genannt.

(vgl. auch ZEuP 13 [2005], 462 ff.), ins Auge gefasst hatte; das von *Study Group* und *Acquis Group* zusammengestellte Regelwerk würde dann das dort vorgesehene Kapitel III bilden. Freilich ist unklar, wie beide Initiativen untereinander abgestimmt sind (zumal eben auch die französische Initiative Musterregeln auf der Basis der PECL erarbeitet hat).

⁵⁰ *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* (Fn. 16), Einl. Tz. 77.

⁵¹ Vgl. dazu *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* (Fn. 16), Einl. Tz. 11, 19.

⁵² Vgl. dazu und zum Folgenden *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* (Fn. 16), Einl. Tz. 22 ff.

⁵³ „Ökonomische Wohlfahrt“ ist ein Pleonasmus: „Wohlfahrt“ ist *per se* ein ökonomisches Konzept. Es gibt keine nicht-ökonomische Wohlfahrt.

2. Inhalt und Verhältnis einzelner Grundprinzipien

Bei Betrachtung dieser Ziel- bzw. Prinzipienvielfalt⁵⁴ stellt sich als erstes die Frage, wie sie für die Konkretisierung der einzelnen Regeln des DCFR praktisch nutzbar gemacht werden kann. Dies ist nämlich der (wesentliche) Zweck der stipulierten Grundprinzipien: „Any statement of them must ... give some practical guidance on how to read and to interpret the definitions and model rules contained in the CFR ...“.⁵⁵ Vor allem zweierlei erscheint insoweit problematisch: Zum einen ist schon der Inhalt der Grundprinzipien überwiegend unklar, was zwangsläufig deren Leitbildfunktion stark eingeschränkt. Zum anderen bleibt offen, wie sie sich zueinander verhalten, wenn sie – wie im Einzelfall natürlich zwangsläufig – miteinander konfliktieren.

Wie wenig Klärung die bloße Nennung einzelner Grundprinzipien verspricht, sei hier exemplarisch anhand der Begriffe „Freiheit“ und „Gerechtigkeit“ veranschaulicht. So kann Freiheit sehr unterschiedlich aufgefasst werden. Der Einleitungstext zum DCFR enthält Ausführungen dazu, die sich aber nur sehr allgemein mit der Vertragsfreiheit beschäftigen.⁵⁶ Zu den denkbaren Freiheitskonzeptionen, die stark voneinander abweichen, gehören etwa: (i) Formale Freiheit im Sinne staatlicher Nichtintervention, gegebenenfalls beschränkt auf bestimmte Sphären (z. B. Leben und körperliche Integrität); (ii) Freiheit im Sinne der – auch staatlichen – Sicherung von Handlungsräumen gegen Einwirkungen Privater (z. B. durch das Deliktsrecht); (iii) Freiheit im Sinne von – wiederum auch staatlich zu schaffenden – real existierenden Optionen (nur wer vermögend ist, ist „frei“, kann sich Diverses „leisten“ etc.); (iv) Freiheit im Sinne von Entscheidungsfreiheit – dies spielt oftmals im Kontext von Täuschung, Drohung etc. eine Rolle. Eine Positionierung zu diesen Auffassungen, die allesamt privatrechtstheoretisch relevant sind, nimmt der Einleitungstext nicht vor.

Auch zu Bedeutung und Inhalt von Gerechtigkeit gibt es natürlich die unterschiedlichsten Vorstellungen. Manchmal wird dieser Begriff im Sinne von Gleichheit (seinerseits vieldeutig) verwandt, manchmal einfach nur als Platzhalter für eine bestimmte ethische Grundvorstellung (z. B. Liberalismus, Utilitarismus). Auch prozedurale Gerechtigkeitskonzeptionen („Gerechtigkeit durch Verfahren“) können gemeint sein. Der Einleitungstext trifft insofern eine Aussage, als er die alte Unterscheidung von *Aristoteles* zwischen Verteilungsgerechtigkeit (*iustitia distributiva*) und ausgleichender Gerechtigkeit (*iustitia commutativa*) aufgreift.⁵⁷ Dem DCFR gehe es, so heißt es an der zitierten Stelle, besonders um die ausgleichende Gerechtigkeit, manchmal aber auch um

⁵⁴ In der Einleitung zum DCFR ist ständig wechselnd von „Prinzipien“, „Zielen“ oder „Werten“ die Rede. Einen rechtsmethodisch reflektierten Umgang mit diesen Termini, etwa in Orientierung an der von *Dworkin* eingeführten und später von *Alexy* weiterentwickelten Unterscheidung von Regeln und Prinzipien (vgl. *R. Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1977, S. 22 ff., 71 ff. *et passim*; *R. Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 71 ff.), kann man dem Text jedoch nicht entnehmen. Auch die Unterscheidung zwischen „core aims“ und „more ‚formal‘ aims“ (vgl. *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* [Fn. 16], Einl. Tz. 22) bleibt unklar.

⁵⁵ *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* (Fn. 16), Einl. Tz. 18.

⁵⁶ *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* (Fn. 16), Einl. Tz. 25 ff.

⁵⁷ *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* (Fn. 16), Einl. Tz. 24. Zur Interpretation dieser Unterscheidung siehe etwa *E. J. Weinrib*, *The Idea of Private Law*, 1995; *C.-W. Canaris*, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, 1997, S. 9 ff. *et passim*; *Ch. Wendehorst*, *Anspruch und Ausgleich*, 1999, S. 3 ff., 13 ff. *et passim*; *N. Jansen*, *Die Struktur des Haftungsrechts*, 2003, S. 76 ff. *et passim*; *H. Eidenmüller*, in: *C. Ott/H.-B. Schäfer* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Sozialrechtsprinzips im Zivilrecht*, 2004, S. 45, 46; *J. Gordley*, *Foundations of Private Law*, 2006, S. 12 ff. *et passim*.

Verteilungsgerechtigkeit. Diese beiläufige und im Vagen bleibende Anknüpfung an eine gleichermaßen alte wie inhaltlich umstrittene Unterscheidung ist natürlich etwas anderes als eine konsistente „Gerechtigkeitskonzeption“. Als Hilfsmittel der Normkonkretisierung wäre aber allenfalls Letztere (begrenzt) nützlich.

Auch für die meisten anderen Zielsetzungen des DCFR lässt sich ein klarer, operationalisierbarer Inhalt nicht feststellen. Das gilt etwa für die Forderung nach Solidarität und sozialer Verantwortung. Offensichtlich sollen angreifbare politische Festlegungen bewusst vermieden werden. Im Ergebnis bedeutet dies allerdings, dass die vergleichsweise aufwändig präsentierten *core aims* für die Arbeit mit dem DCFR praktisch wertlos sind.

Letzteres gilt umso mehr, als der Einleitungstext die wichtige Frage, wie sich die präsentierten Ziele bzw. Grundprinzipien rangmäßig zueinander verhalten, nicht beantwortet. Zutreffend wird ausgeführt, dass es im Einzelfall typischerweise Ziel- bzw. Prinzipienkonflikte gebe.⁵⁸ Kein Ziel könne deshalb kompromisslos und rigide durchgesetzt werden. Vielmehr müssten sie bei den einzelnen Regelungen zur Anwendung und zum Ausgleich gebracht werden. Gerade wenn es Prinzipien gibt, die offensichtlich oder jedenfalls potenziell einander (fundamental) widersprechen oder auch nur andere Schwerpunkte besitzen, bringt deren Nennung solange wenig, wie nicht zumindest mittels einzelner, abstrakter „Konfliktregeln“ geklärt wird, wann welches Prinzip wie überwiegt bzw. überwiegen kann, und vor allem: was die dafür maßgeblichen Gründe sind.

Besonders konfliktträchtig sind etwa Freiheit und Solidarität, Effizienz und Gerechtigkeit oder aber Gerechtigkeit und Rechtssicherheit/Vorhersehbarkeit (inwieweit zwischen diesen beiden Zielen ein Unterschied besteht, wird ebenso wenig deutlich wie im Hinblick auf Effizienz und „ökonomische Wohlfahrt“). Hier hätte man zumindest eine Stellungnahme zu der Frage erwarten dürfen, wie sich im Bereich des Vertragsrechts Effizienz – die Maximierung des Kuchens – und Solidarität bzw. *iustitia distributiva* – die Verteilung des Kuchens – zueinander verhalten, ob also das Vertragsrecht als Instrument zur Umverteilung von Vermögen überhaupt geeignet ist.⁵⁹ Jedenfalls lässt sich zeigen, dass Umverteilungseffekte effizienter – also mit geringeren Wohlfahrtsverlusten – mittels Steuern und Transferzahlungen als mit privatrechtlichen Normen zu erzielen sind.⁶⁰ Ähnlich dürfte der geeignete Platz zur Verwirklichung von Solidarität, sozialer Verantwortung oder Nicht-Diskriminierung⁶¹ eher im öffentlichen Recht als im Privatrecht liegen. Es hätte eine gewisse Entlastung des Tableaus der Wertungsgrundlagen gebracht, wenn deutlicher zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht unterschieden und die maßgeblichen Ziele auf genuin privatrechtliche beschränkt worden wären. Je mehr Ziele dem Privatrecht aufgebürdet werden, desto mehr gehen Rechtssicherheit und -klarheit verloren.⁶²

Letztlich ist damit festzustellen: In der Einleitung zum DCFR findet sich ein Sammelsurium von diversen Zielen bzw. Grundprinzipien, ohne dass diese inhaltlich präzisiert und in ihrem Zusammenspiel erläutert würden. Für die Auslegung der einzelnen Regelungen des DCFR hilft diese Ansammlung verschiedener Gesichtspunkte nicht weiter, zumal der Katalog, wie bereits erwähnt, nicht abschließend sein soll („at least“).

3. Verwirklichung der Grundprinzipien im Entwurf

Unabhängig davon, wie man die einzelnen Ziele bzw. Grundprinzipien des DCFR als solche bewertet, lässt sich die Qualität eines Regelwerkes daran messen, inwieweit es die selbst gesetzten Ziele auch tatsächlich verwirklicht. In diesem Sinne ist der DCFR jedenfalls „beim Wort zu nehmen“. Dabei geht es zum einen um die Auflösung der Wertungsp pluralität, die nach Auffassung der Entwurfsverfasser auf der Regelungsebene erfolgen soll.⁶³ Damit wäre gewissermaßen simultan auch den formalen Grundprinzipien der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit – die so den Status von Meta-Prinzipien erhielten – Genüge getan. Ob Anspruch und Wirklichkeit insoweit übereinstimmen, wird sogleich noch näher untersucht werden. Zum anderen geht es aber auch darum, ob einzelne der in der Einleitung propagierten materiellen Ziele bzw. Grundprinzipien auf der Regelungsebene überhaupt planvoll und konsistent Ausdruck gefunden haben. Daran ist zu zweifeln, was beispielhaft an dem Ziel bzw. Grundprinzip der „Effizienz“ verdeutlicht werden soll.

In dem Einleitungstext werden Effizienz und ökonomische Wohlfahrt ohne Umschweife zu zentralen Zielen bzw. Grundprinzipien erklärt. Unzweideutig heißt es: „The rules in the DCFR are in general intended to be such as will promote economic welfare; and this is a criterion against which any legislative intervention should be checked.“⁶⁴ Unmittelbar anschließend wird ausgeführt, dass Effizienz und ökonomische Wohlfahrt beispielsweise durch Regelungen zum Verbraucherschutz oder Informationspflichten gefördert würden⁶⁵ – eine Aussage, die vor dem Hintergrund der neueren Erkenntnisse der kognitiven Psychologie sehr angreifbar ist: Die im DCFR angeordnete Informationsflut⁶⁶ kann der Einzelne nicht verarbeiten (der Grenznutzen zusätzlicher Information sinkt und kann sogar negativ werden),⁶⁷ und Widerrufsrechte werden praktisch nur sehr selten wahrgenommen, erfüllen also nur in Ausnahmefällen die ihnen zugeordnete Funktion (wenn man einmal unterstellt, dass es in „Widerrufssituationen“ zu einer Vielzahl ineffizienter Verträge kommt).⁶⁸

Im Regelungstext selbst taucht der Gedanke einer möglichst effizienten Lösung im Übrigen explizit nur an zwei Stellen auf: So sollen bei der Beantwortung der Frage, ob

⁵⁸ Vgl. dazu und zum Folgenden *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* (Fn. 16), Einl. Tz. 23.

⁵⁹ Vgl. dazu *G. Wagner* ZEuP 15 (2007), 184 ff.

⁶⁰ Vgl. dazu *S. Shavell* American Economic Review, Papers and Proceedings 71 (1981), 414; *L. Kaplow/S. Shavell* *The Journal of Legal Studies* 23 (1994), 667; *H. Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 289 ff.

⁶¹ Dass das geltende europäische Privatrecht entsprechende Richtlinienvorschriften kennt, entschuldigt die mangelnde kritische Reflexion der *Acquis Group* über deren Sinn und Zweck und vor allem deren Reichweite nicht.

⁶² Zum Privatrecht als der „Magna Charta“ einer freien Gesellschaft vgl. etwa *F. Böhm* Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (ORDO) 17 (1966), 75, 77 f.

⁶³ Vgl. *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* (Fn. 16), Einl. Tz. 23.

⁶⁴ *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* (Fn. 16), Einl. Tz. 29.

⁶⁵ *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* (Fn. 16), Einl. Tz. 30.

⁶⁶ Dazu unten Abschnitt V. 1. b) aa).

⁶⁷ Vgl. *B. Grunewald* AcP 190 (1990), 609, 612 ff.; *M. Martinek* NJW 1997, 1393, 1396; *S. Kind*, Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information, 1998, S. 513 ff.; *H. Eidenmüller* JZ 2005, 216, 218; *M. Rehberg*, in: *T. Eger/H.-B. Schäfer* (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, 2007, S. 284, 319 ff.

⁶⁸ Siehe dazu nur BT-Drucks. 10/2876 v. 15. 2. 1985, S. 7 f.; *M. Lehmann* GRUR 1974, 133, 140; *G. Magoulas/A. Schwartze* JA 1986, 225, 230; *Kind* (Fn. 67), S. 520 ff.; *M. Rehberg*, Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem, 2003, S. 243 f.; *Eidenmüller* JZ 2005, 216, 221 f.; weniger skeptisch allerdings *J. Drexler* (Fn. 44), S. 485 ff. Vgl. auch unten Abschnitt V. 1. b) bb).

eine arglistige Täuschung durch Unterlassen vorliegt, auch die Kosten der Informationsbeschaffung berücksichtigt werden (Art. II.-7:205 (3)(b)). Dieser Gesichtspunkt wird allerdings bei den vorvertraglichen Informationspflichten (Art. II.-3:101 ff.) ebenso wenig angesprochen wie bei der Regelung zur Verursachung eines Irrtums des Vertragspartners (Art. II.-7:201 (1)(b)), obwohl er hier mindestens genauso nahe liegt. Erneut erwähnt wird der Kostengedanke dann bei der Bestimmung der erforderlichen Qualität der Leistung im Rahmen der Regelungen zum Dienstvertrag. Nach Art. IV.C.-2:105 (4)(b) sollen dabei auch die Kosten von Vorsichtsmaßnahmen, die zur Vermeidung eines Schadens nötig gewesen wären, berücksichtigt werden.

Es ist widersprüchlich, den Gesichtspunkt der Informationsbeschaffungskosten zwar bei der arglistigen Täuschung, nicht aber bei den allgemeinen Informationspflichten bzw. bei der Irrtumsverursachung zu beachten. Bei anderen Rechtsinstituten werden Effizienzgesichtspunkte zudem überhaupt nicht explizit angesprochen. Zwar können privatrechtliche Normen natürlich auch ohne ausdrückliche Bezugnahme auf ökonomische Erwägungen effizient oder eben nicht-effizient sein. Auch sind unbestimmte Rechtsbegriffe wie „Fahrlässigkeit“ traditionell mögliche Einbruchstellen für Wohlfahrtserwägungen. Von einer grundsätzlichen Relevanz von Effizienz bzw. ökonomischer Wohlfahrt für die Regelungen des DCFR oder gar von einer durchgängigen Konzeption kann jedoch entgegen den Ankündigungen des Einleitungstextes nicht die Rede sein. Sein selbst gestecktes Ziel erreicht der DCFR damit nicht.

4. Wertevielfalt auf der Regelungsebene

Auch das Verhältnis der als verbindlich postulierten Werte zueinander wird bei den einzelnen Regelungen des DCFR nicht, wie versprochen, geklärt. Das liegt vor allem an dem häufigen Gebrauch von Generalklauseln wie auch an der zahlreichen Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe. Im Ergebnis wird dadurch die Entscheidung, welche Wertungen vorzunehmen und wie Konflikte auf der Regelebene aufzulösen sind, letztlich dem Rechtsanwender überlassen.

Einer Generalklausel zumindest sehr nahe kommen Normen wie Art. I.-1:102 (3)(b). Danach sind bei der Auslegung der einzelnen Vorschriften *good faith* und *fair dealing* zu beachten. Gemäß Art. II.-1:102 (1) wird die Privatautonomie von vornherein unter einen pauschalen Vorbehalt von *good faith* und *fair dealing* gestellt.⁶⁹ Ebenso hat man die Pflicht, entsprechend diesen beiden Gesichtspunkten zu verhandeln (Art. II.-3:301 (2)). Bei der Auslegung von Verträgen ist beides ebenfalls zu berücksichtigen (Art. II.-8:102 (1)(g)). In Art. III.-1:103 (1) heißt es ferner, dass *good faith* und *fair dealing* bei der Erfüllung einer Verpflichtung, der Geltendmachung eines Erfüllungsanspruches, bei (der Geltendmachung von) Ansprüchen wegen Nichterfüllung sowie bei der Ausübung eines Rücktrittsrechts zu beachten seien. Der DCFR wiederholt derartige Generalklauseln auf sämtlichen Regelungsebenen. Insgesamt taucht etwa *good faith/fair dealing* über zwanzig Mal im Regelungstext auf. Wenn dahinter ein bewusster Gedanke steckt, dann wohl dieser, die Bedeutung von *good faith* und *fair dealing* gerade für den und im englischen Rechtskreis zu betonen.

Die Rechtsunsicherheit wird noch dadurch verschärft, dass neben dem häufigen Gebrauch von Generalklauseln sowohl auf der Tatbestands- wie auch auf der Rechtsfolgenreite

vielfach unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden. Dabei fällt besonders der exzessive Gebrauch des Begriffes „reasonable“ auf; „reasonable“ – im Deliktsrecht verstärkt zu „fair and reasonable“ – scheint alle Probleme zu lösen.⁷⁰ Im Regelungstext (ohne Einleitung) wird dieser Begriff in seinen verschiedenen Varianten ([un]reasonable/y) über 400 Mal verwendet. Der als Annex I dem DCFR beigefügte Definitionskatalog gibt folgende Erläuterung: „What is ‚reasonable‘ is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices.“ Damit wird indes nur ein unbestimmter Rechtsbegriff durch weitere Leerformeln ersetzt. Gleichwohl wird die häufige Verwendung des Begriffes „reasonable“ anscheinend als eine besondere Stärke des DCFR angesehen.⁷¹

Was „fair dealing“, „reasonable“ oder „good faith“ im Einzelfall bedeuten, hängt entscheidend von den einschlägigen Grundwertungen und deren Zusammenspiel ab. Soll ein Richter beispielsweise über die Wirksamkeit einer Vertragsstrafe oder ihre Herabsetzung (Art. III.-3:710) entscheiden, die ein Verbraucher als Bauherr einem an der Existenzgrenze wirtschaftenden Handwerker aufgezwungen hat, so wird es darauf ankommen, ob der Richter auf den europarechtlichen Verbraucherschutz oder auf die distributive Gerechtigkeit abstellt. Rückt er den Verbraucherschutz in den Vordergrund, kann sich der Bauherr durchsetzen, bemüht er sich um Schutz des im konkreten Fall Schwächeren, behält der Handwerker die Oberhand. Ein Ergebnis im Sinne des Handwerkers entspricht zudem einem materiellen Verständnis der Vertragsfreiheit im Sinne von Wahlfreiheit zwischen realen Optionen. Wird die Vertragsfreiheit hingegen im Sinne formaler Freiheit, Gleichheit und Eigenverantwortlichkeit verstanden, so hat die Klausel gute Chancen, die gerichtliche Kontrolle zu passieren. Kurzum: Je nach Wahl und Rangordnung der normativen Leitprinzipien lässt sich das eine oder andere Ergebnis begründen.

Mit Treu und Glauben, Fairness und Vernünftigkeit ist das Reservoir des DCFR an unbestimmten Rechtsbegriffen noch nicht erschöpft. Andere, wie „circumstances“ (über 90 Mal), „(un)fair“ (über 70 Mal),⁷² „similar“ (über zehn Mal) oder „normal“ (über zehn Mal), ziehen sich ebenfalls durch den Entwurf. Selbst Fristen werden regelmäßig nicht präzise festgelegt. Insoweit wird vielmehr häufig auf „undue delay“ Bezug genommen (28 Mal). Gerade für die Rechtssicherheit und den wirtschaftlichen Verkehr zentrale Regelungskomplexe bleiben so völlig vage.

Beispielhaft sei insoweit abschließend die Regelung zu Interessenkonflikten bei der Stellvertretung (Art. II.-6:109) angesprochen. Der Prinzipal kann danach einen Vertrag anfechten, bei dem sich der Vertreter in einem Interessenkonflikt befunden hat, sofern die Gegenseite den Konflikt kannte oder vernünftigerweise hätte erkennen können. Abs. 2 ver-

⁷⁰ Indes: Wenn manche Tatbestände *reasonability* verlangen und manche nicht, wäre hieraus eigentlich systematisch-konsequent zu schließen, dass dort, wo dieser Begriff nicht auftaucht, auch „unvernünftige“ Auslegungen zulässig sind – ein ersichtlich befremdliches Ergebnis. Wenn man hingegen diesen Schluss nicht ziehen darf, wozu ist der Begriff der *reasonability* dann gut?

⁷¹ Vgl. S. Troiano, in: R. Schulze (Hrsg.), *New Features in Contract Law*, 2007, S. 375 ff.

⁷² Prominent taucht *unfair* (natürlich) im Recht der Klauselkontrolle auf. In b2c- und c2c-Verträgen lautet die Konkretisierung *significantly disadvantages* (Art. II.-9:404 und Art. II.-9:405). Besonders augenfällig ist die Vagheit der Konkretisierung von *unfair* für b2b-Verträge: „... grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing“ (Art. II.-9:406). Ein unbestimmter Rechtsbegriff wird also durch weitere unbestimmte Rechtsbegriffe sowie eine Generalklausel ersetzt.

mutet einen Interessenkonflikt in Fällen, die denen des § 181 BGB entsprechen. Abs. 2 ist aber nicht abschließend. Damit kann auch in anderen Fällen ein Interessenkonflikt bejaht werden. Eine Anfechtung wegen eines Interessenkonflikts des Vertreters ist aber nach Abs. 3 ausgeschlossen, wenn vom Prinzipal vernünftigerweise erwartet werden konnte, dass er den Interessenkonflikt kannte, und er nicht innerhalb angemessener Zeit widersprochen hat. Damit werden die Voraussetzungen einer Anfechtung auf mehreren Ebenen mittels unbestimmter Rechtsbegriffe festgelegt: „Interessenkonflikt“, „vernünftigerweise erwartet werden konnte“ und „innerhalb angemessener Zeit“. Der Rechtssicherheit ist das sicher nicht zuträglich, und das in einem gerade dafür ganz sensiblen Bereich.⁷³

5. Wertevielfalt: Rechtsunsicherheit und Richtermacht

Rechtssicherheit ist nicht irgendeine beliebige Forderung. Sie ist vielmehr Ausdruck zentraler rechtsstaatlicher Prinzipien: Zum einen werden – zumindest nach unserem Verfassungsverständnis – Demokratieprinzip und Grundrechtsschutz verwirklicht (vgl. zum deutschen Recht nur Art. 20 Abs. 1, 3 GG), indem für den Bürger wichtige Entscheidungen dem entsprechend legitimierten Parlament vorbehalten bleiben. Rechtssicherheit gewährleistet zudem die in allen Demokratien anerkannte Gleichbehandlung der streitenden Parteien vor dem Staat, indem dafür Sorge getragen wird, dass gleiche Fälle auch gleich entschieden werden. In einer demokratisch verfassten Gesellschaft sollte die Entscheidungsfindung also nur begrenzt auf die Judikative verlagert werden. Unbestimmte Rechtsbegriffe ebenso wie Generalklauseln fungieren demgegenüber letztlich als Delegationsnormen:⁷⁴ Was unter Begriffen wie „reasonable“ oder „due“ im Einzelfall zu verstehen ist, ist das, was die zuständige Richterin oder der zuständige Richter darunter versteht.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass klar und eindeutig formulierte Regelungen es den Parteien erleichtern, ihr eigenes Verhalten an den rechtlichen Anforderungen auszurichten. Soweit dies gelingt, wird das Justizsystem von Konflikten entlastet und darüber hinaus werden diejenigen Steuerungsziele erreicht, derentwegen die jeweilige Norm geschaffen worden ist. Die (exzessive) Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen setzt jedenfalls ein aufgrund gemeinsamer Rechtstraditionen und -praxis gewachsenes Verständnis über die Wertungen voraus, die bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen sind.

Für ein (optionales) europäisches Zivilgesetzbuch, als dessen potenzielle Basis der anvisierte CFR erhalten können soll,⁷⁵ ist diese Unbestimmtheit dagegen besonders kritisch. Eine gemeinsame Rechtsüberzeugung besteht hier gerade nicht. Nicht nur droht die Verschiebung unangenehmer, aber notwendiger politischer Entscheidungen auf die Regelungsebene zu einer erheblichen Politisierung der Justiz zu führen. Angesichts der verschiedenen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten liegt auch die Gefahr sehr nahe, dass die nationalen Gerichte die unbestimmten Rechtsbegriffe so auslegen

würden, dass am Ende wieder diejenige Lösung steht, die ihr eigenes Recht traditionellerweise für einen solchen Fall vorgesehen hat. Bei der Schaffung des BGB war dies ein Gesichtspunkt für die Wahl technischer und dadurch klarer Formulierungen.⁷⁶ Anders hätte man die zuvor herrschende Rechtszersplitterung kaum beseitigen können. Dies muss innerhalb Europas erst recht gelten. Gerade bei einem internationalen Gesetzeswerk ist es besonders wichtig, eine möglichst genaue und systematisch überzeugende Lösung vorzugeben. Sonst wird sich der DCFR in einer logischen Gliederung künftigen (disparaten) Fallrechts erschöpfen, anstatt dieses inhaltlich zu determinieren.

Dem kann man nicht entgegenhalten, dass auch andere internationale Regelwerke wie etwa das CISG eine Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen enthalten. Zwar wird keine Kodifikation ganz ohne solche Begriffe und Generalklauseln auskommen. Es macht jedoch einen Unterschied, ob man relativ bestimmte Regelungskerne aus konkreten Einzelbestimmungen hat, deren Ergebnisse dann auf der Ebene von Generalklauseln in Ausnahmefällen korrigiert werden können, oder ob man – wie der DCFR – die unbestimmten Rechtsbegriffe in die Einzelregelungen integriert und dem zusätzlich noch Generalklauseln zur Seite stellt. Im Übrigen ist die Unbestimmtheit – etwa des CISG – solange harmlos, wie sich die Parteien den negativen Effekten einer solchen Regelung durch Rechtswahl entziehen können. Indessen dürfte es auch bei einem „bloß“ optionalen europäischen Zivilgesetzbuch eine rechtspolitische Klugeitsregel sein, solche Rechtsmaterien, bei denen ein Konsens über tatbestandlich exakte und auch auf der Rechtsfolgenseite klar definierte Anordnungen noch nicht (ansatzweise) existiert, auch noch nicht zu kodifizieren.

III. Freiheitliches vs. soziales Privatrecht

1. Einschränkung der Privatautonomie

Ihrem Bekenntnis zur Wertungspluralität entsprechend sehen die Verfasser des DCFR die Privatautonomie als ein normatives Prinzip unter vielen.⁷⁷ Mit dieser nivellierenden Positionierung geht einher, dass die private Freiheit in den vorgeschlagenen Regelungen sehr weitreichenden Bindungen unterworfen wird. Diese Tendenz äußert sich vor allem darin, dass vertragliche Vereinbarungen generell unter den Vorbehalt objektiv-normativer und generalklauselartig formulierter Standards („good faith“, „fairness“ o. ä.) gestellt werden. Der Ausnahmecharakter von derart freiheitsbeschränkenden Eingriffen wird zumeist nicht hervorgehoben, und die Ausnahmekriterien werden nicht hinreichend präzisiert.⁷⁸ Dahinter steht die Erwägung, ein allgemeiner „fairness“-Vorbehalt sei ein – verglichen mit zwingendem Recht – verhältnismäßig geringfügiger Eingriff in die Vertragsfreiheit.⁷⁹

Die Beschränkung der Privatautonomie im DCFR geht deutlich über das hinaus, was etwa in der jüngeren Privatrechtsentwicklung unter dem Prozess der „Materialisierung“

⁷³ Eine Vielzahl von weiteren Beispielen ließe sich unschwer anführen. Ein unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit ebenfalls sehr sensibler Bereich ist das Anfechtungsrecht. Nach Art. II.-7:201 (2) ist eine Irrtumsanfechtung ausgeschlossen, wenn „... (a) the mistake was inexcusable in the circumstances; or (b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by [the] party [that wishes to avoid the contract].“ Zur Irrtumsanfechtung im DCFR siehe auch unten Abschnitt V.2. b).

⁷⁴ Stellvertretend P. Heck, Grundriss des Schuldrechts, 1929, § 4 I., S. 11.

⁷⁵ Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke (Fn. 16), Einl. Tz. 76; dazu oben Abschnitt I. 1 und 4.

⁷⁶ Vgl. nur G. Planck AcP 75 (1889), 327, 331.

⁷⁷ Vgl. oben II. 2.

⁷⁸ Ein erfreuliches Beispiel für die Formulierung des Ausnahmecharakters von Eingriffen in die privatautonome Gestaltung bildet aber immerhin die Regelung über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Art. III. – 1:110. Hier wird nämlich ausdrücklich hervorgehoben, dass Verträge grundsätzlich auch bei einem Eintritt von Erschwernissen zu erfüllen sind („An obligation must be performed, even if...“) Die hohe Eingriffsschwelle wird ebenso in den einzelnen Kriterien für eine Modifikation des Vertrags („exceptional change“, „manifestly unjust“) zum Ausdruck gebracht.

⁷⁹ Vgl. Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke (Fn. 16), Einl. Tz. 28.

der Privatautonomie verstanden wird⁸⁰ und im Wesentlichen auf deren funktionale Verfeinerung hinausläuft. Auch das Maß an Regulierung und Bürokratisierung, welches durch die privatrechtlichen EG-Richtlinien bislang erreicht ist, wird durch den DCFR in den Schatten gestellt. Die Richtlinien sind nämlich im Wesentlichen auf business-to-consumer (b2c)-Kontakte beschränkt; außerdem begrenzen sie die Privatautonomie ganz überwiegend nur in punktueller, für die betroffenen Parteien hinlänglich berechenbarer Weise. Die Tendenz des DCFR läuft demgegenüber auf eine pauschale und unberechenbare Beschränkung der privatrechtlichen Gestaltungsfreiheit aller Parteien hinaus.⁸¹

a) Vorbehalt und Vorrang für Treu und Glauben und Verkehrsbräuche

Besonders gravierend ist die Regelung des Art. II.-1:102 (1), nach der „[p]arties are free to make a contract ... and to determine its contents, subject to the rules on good faith and fair dealing and any other applicable mandatory rules“.⁸² Die Vertragsfreiheit wird also offenbar von vornherein unter den Vorbehalt von Treu und Glauben gestellt. Dies eröffnet dem Richter die Möglichkeit einer allgemeinen Inhaltskontrolle, die mit einer – insbesondere im Vergleich zum Sittenwidrigkeitsverdict und zu konkreten gesetzlichen Verboten – verhältnismäßig niedrigen Eingriffsschwelle verknüpft ist. Es liegt auf der Hand, dass eine solche Regelung weit über die Eingriffsintensität hinausgeht, die gegenwärtig im deutschen Recht, in den Rechten der meisten anderen europäischen Staaten und nach dem Recht der EU für die Inhaltskontrolle vorgesehen ist. Insbesondere wird durch den allgemeinen Vorbehalt von Treu und Glauben das Regel-Ausnahme-Verhältnis unterlaufen, das im geltenden Recht durch strenge Standards, wie etwa den der Sittenwidrigkeit, durch konkrete gesetzliche Inhaltsverbote und die besonderen Voraussetzungen der AGB-Kontrolle getragen wird. Der Vorbehalt von Treu und Glauben erstreckt sich auf alle Verträge und alle Klauseln und würde damit sogar eine umfassende richterliche Preiskontrolle gestatten.

Den Verfassern des DCFR ist diese Konsequenz möglicherweise nicht voll bewusst gewesen. Denn die Inhaltskontrolle wird nach den Art. II.-9:402 ff. einem „fairness“-Standard unterworfen und an besondere Voraussetzungen geknüpft. Sie greift insbesondere bei b2c-Verträgen nur ein, wenn eine Klausel vom Unternehmer eingeführt worden ist und den Verbraucher erheblich und im Widerspruch zu den Geboten von Treu und Glauben benachteiligt (Art. II.-9:404); eine Leistungs- bzw. Preiskontrolle ist insoweit ausdrücklich ausgeschlossen (Art. II.-9:407 (2)). Auch hier deutet sich freilich die kontrollfreundliche Tendenz darin an, dass die Beschränkung auf „nicht individuell ausgehandelte“ Klauseln eingeklammert und damit zur Disposition gestellt ist: Die *Study Group* plädiert tatsächlich für eine umfassende Inhaltskontrolle aller Klauseln von b2c-Verträgen, während die *Acquis Group* (begrüßenswerterweise) die Befreiung für „individuell ausgehandelte“ Klauseln befürwortet und damit auch für b2c-Verträge einen Kernbereich (weitgehend) kontrollfreier Privatautonomie erhalten will.⁸³ Bei Verträgen

zwischen Verbrauchern sowie zwischen Unternehmern gilt die Inhaltskontrolle nach dem *unfairness*-Maßstab nur für „standard terms“ (Art. II.-9:405 f.). Die Begriffsdefinition des Art. II.-9:403 (1), (3) erweckt allerdings den Anschein, als könnten auch „standard terms“ individuell vereinbart werden, ohne dass für diesen Fall die Inhaltskontrolle zurückgenommen wird, so dass die Inhaltskontrolle u. U. sogar auf zwischen Unternehmern individuell ausgehandelte Klauseln Anwendung finden würde – eine befremdliche und angesichts der Definition der „standard terms“ im Annex möglicherweise auch nicht beabsichtigte Konsequenz.⁸⁴

Ergänzt und weiter verschärft wird der Vorbehalt von Treu und Glauben im Übrigen durch Art. II.-1:104 (2), wonach die Parteien generell an Verkehrsbräuche gebunden sind („The parties are bound by a usage which would be considered generally applicable by persons in the same situation as the parties except where the application of such usage would be unreasonable“). Es ist nicht etwa vorgesehen, dass der Verkehrsbrauch ergänzend zur Anwendung kommt, etwa als Auslegungskriterium oder bei der Ausfüllung lückenhafter Verträge.⁸⁵ Indem die Ergänzungsfunktion nicht klar gestellt, sondern vielmehr eine Bindung an einen rein objektiven Maßstab postuliert wird, entsteht der Eindruck, als sollten auch die Verkehrsbräuche Vorrang vor der privatautonomen Parteivereinbarung erhalten – eine empfindliche Freiheitsbeschränkung, die wohl in keiner europäischen Rechtsordnung eine Parallele findet.

b) Bindung der Parteien an generalklauselartige Kooperationspflichten

Ferner sei die in Art. III.-1:104 verankerte allgemeine Pflicht der Parteien zur „co-operation“ erwähnt.⁸⁶ Auch hier gilt, dass an derartige, über die konkreten Regelungen des Vertrags hinausgehende Verhaltenspflichten strenge Anforderungen gestellt werden müssen, da grundsätzlich davon auszugehen ist, dass die Parteien die zwischen ihnen bestehenden Pflichten im Vertrag abschließend regeln wollen. Dieser Ausnahmecharakter wird durch die ausdrückliche Verankerung von Kooperationspflichten verschleiert. Hinzu kommt, dass die allgemeinen durch fünf (!) sondervertragliche Kooperationspflichten erweitert werden.⁸⁷ Im Übrigen sind neben den Kooperationspflichten im DCFR weitere generalklauselartige Mechanismen vorgesehen, die zur Ergänzung des vertraglichen Pflichtenprogramms herangezogen werden können und sich mit den Kooperationspflichten überschneiden: Dies gilt insbesondere für die Pflicht der Parteien, im Rahmen der Vertragsausführung die Gebote von Treu und Glauben zu beachten (Art. III.-1:103) sowie für die Verhaltenspflichten im Zusammenhang mit einem relevanten „change of circumstances“ (Art. III.-1:110). Die zusätzliche Verankerung allgemeiner Kooperationspflichten droht die

liche Klauseln in Verbraucherverträgen – erwogen, dann aber aufgegeben worden: Vorschlag der Kommission, COM(90) 322 endg. – SYN 285, ABL EG Nr. C 243 v. 28. 9. 1990, S. 2; zur Kritik an der umfassenden Inhaltskontrolle C.-W. *Canaris*, in: Festschrift Lerche, 1993, S. 873, 887 ff.; H. E. *Brandner/P. Ulmer* BB 1991, 701 ff.; P. *Hommelhoff* AcP 192 (1992), 71, 90 ff.

⁸⁴ Vgl. dazu unten VI. 1.

⁸⁵ Vgl. in diesem Sinne etwa §§ 242 BGB, 346 HGB.

⁸⁶ Vgl. bereits Art. 1:202 PECL. Die Kooperationspflicht ist (auch) Ausdruck der von den Verfassern herausgestellten Überzeugung, dass das Privatrecht dem Schutz des Altruismus Rechnung zu tragen hat; vgl. *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* (Fn. 16), Einl. Tz. 32.

⁸⁷ Vgl. Art. IV C.-2:103 (allgemeine Regeln der Dienstleistungsverträge); Art. IV C.-3:102 (Bauvertrag); Art. IV C.-4:102 (Bearbeitung); Art. IV D.-2:101 (Auftrag); Art. IV E.-2:201 (Handelsvertreter-, Franchise- und Vertriebsverträge).

⁸⁰ Vgl. *Canaris* AcP 200 (2000), 273 ff.

⁸¹ Neben den folgenden Beispielen zeigt sich dies auch sehr deutlich an dem im DCFR niedergelegten Konzept umfassender vorvertraglicher Informationspflichten, das von dem Prinzip der Selbstverantwortung nicht viel übrig lässt. Eingehend unten V. 1. b) aa).

⁸² Vgl. bereits Art. 1:102 (1) PECL.

⁸³ Die Einführung einer alle Vertragsklauseln im b2c-Kontakt erfassenden Inhaltskontrolle war bereits bei der Konzeption der RiL 93/13/EWG v. 5. 4. 1993, ABL EG Nr. L 095 v. 21. 4. 1993, S. 29 – RiL über missbräuch-

Bindung an konkrete Vereinbarungen auszuhöhlen, indem die Unsicherheiten dieser vagen Kriterien und ihres Zusammenspiels den Schuldner zur Abwehr lästiger Verpflichtungen und die Gerichte zu willkürlicher Bestimmung „gerechter“ Vertragsinhalte veranlassen könnten.

2. Öffnung der Schleusentore im Haftungsrecht

Weitere Beispiele für ein Übergewicht von „Solidarity and Social Responsibility“⁸⁸ gegenüber dem Prinzip der Selbstverantwortung finden sich im Haftungs- und Schadensersatzrecht.

a) Vertragshaftung

Im Bereich der Vertragshaftung erklärt Art. III-3:701 (3) kurzerhand jedweden Schaden für ersatzfähig, unabhängig davon, ob es sich um vermögenswerte oder ideelle Nachteile handelt. Dabei soll der Vermögensschaden jedenfalls den entgangenen Gewinn und den eingetretenen Wertverlust sowie „burdens incurred“, also frustrierte Aufwendungen, umfassen. Zu den immateriellen Schäden zählen ausweislich des Art. III-3:701 (3) Satz 2 erlittene Schmerzen sowie entgangene Lebensfreude (*impairment of the quality of life*).

Alle diese Definitionen sind nicht abschließend gemeint, wie das jeweils verwendete Wort „includes“ deutlich macht. Wenn somit die maßgeblichen Schadensposten bloß beispielhaft aufgezählt werden, dann folgt daraus, dass die Vertragshaftung im Ergebnis auf jedweden Nachteil, gleich welcher Art und gleich welchen Gewichts, erstreckt wird. Nun wird das deutsche Schadensersatzrecht mit guten Gründen dafür kritisiert, dass es immaterielle Interessen nicht ernst genug nimmt, insbesondere dann, wenn der Vertrag auf den Schutz oder die Förderung solcher Interessen gerichtet ist.⁸⁹ Der DCFR jedoch verfällt in das gegenteilige Extrem einer uferlosen Schadensersatzpflicht. Eine solche Lösung mag in Rechtssystemen wie dem französischen funktionieren, in dem der Schadensersatz nicht mit dem spitzen Stift ausgerechnet, sondern unter dem breiten Mantel richterlichen Ermessens im Wege dezisionistischen Zugriffs festgesetzt wird.⁹⁰ Darüber hinaus hat das französische Recht eine Reihe einschränkender Kriterien entwickelt, die dem Schadensbegriff und damit auch dem Schadensersatz Grenzen ziehen: Der Schaden muss sich gemäß Art. 1151 Code Civil als „une suite immédiate et directe“ der Nichterfüllung darstellen, um ersatzfähig zu sein.⁹¹ Auf der so skizzierten Grundlage ist es den französischen Gerichten möglich, geringfügige Beeinträchtigungen außer Betracht zu lassen und insbesondere den Immaterialschaftensersatz in vernünftigen Grenzen zu halten. Der DCFR hingegen lässt entsprechende Instrumente vermissen, und er könnte außerhalb Frankreichs auch nicht auf eine Rechtskultur setzen, welcher der alltägliche Umgang mit einem zu weit geratenen Schadensbegriff vertraut ist.

b) Deliktshaftung

Die Tendenz zur Ausweitung der Haftung unter Einebnung herkömmlicher Differenzierungen kennzeichnet auch das Deliktsrecht des DCFR.

aa) Vermögensschäden und Nichtvermögensschäden

Das einschlägige Buch VI trägt den gewöhnungsbedürftigen Titel „Non-contractual liability arising out of damage caused to another“, und auch seine dogmatische Struktur erschließt sich nicht auf Anhieb. Dies liegt daran, dass der Entwurf einerseits auf das Erfordernis einer Rechtsgutsverletzung verzichtet und sofort auf den Schaden („damage“) zusteuert, dann aber doch in den Art. VI.-2:101, VI.-2:201 bis VI.-2:211 ein ganzes Spektrum geschützter Interessen aufzählt. Dabei wird der Sache nach zugleich auch der Haftungsumfang umrissen. Entsprechend schmal fällt das Kapitel zu den „remedies“ aus (Art. VI.-6:101 bis VI.-6:106).

Eine Durchsicht der Einzelatbestände des „legally relevant damage“ – also des Schadens, der bei Verschulden des Schädigers oder im Falle der Gefährdungshaftung (Art. VI.-3:201 ff.) und bei Vorliegen der anderen Haftungsvoraussetzungen ersetzt wird – bestätigt die bereits zur Vertragshaftung konstatierte Tendenz einer erheblichen Haftungsausweitung. So heißt es zur Körper- und Gesundheitsverletzung in Art. VI.-2:201 (2)(a), rechtlich relevant seien die Kosten der Heilbehandlung einschließlich der Aufwendungen, die Angehörigen für die Pflege der verletzten Person entstehen. Dies ist selbstverständlich, doch die Definition ist nicht abschließend, sondern lediglich exemplarisch gemeint, wie aus der Einleitung „such loss includes ...“ deutlich wird. Deshalb wird man davon ausgehen müssen, dass bei Körper- und Gesundheitsverletzungen auch Immaterialschaftensersatz geschuldet wird, wofür zudem spricht, dass Art. VI.-2:101 (4) (b) den Immaterialschaftensersatz definiert, wobei in Übereinstimmung mit Art. III-3:701 (3) Satz 2 die Schadensposten Schmerz und Leid (*pain and suffering*) sowie entgangene Lebensfreude (*impairment of the quality of life*) genannt werden.⁹² Das offenbar unvermeidliche „includes“ zeigt an, dass auch diese Aufzählung nicht abschließend ist. Im Ergebnis ist also jedweder Folgeschaden einer Körperverletzung ersatzfähig, unabhängig davon, ob es sich um einen Vermögens- oder Nichtvermögensschaden handelt und unabhängig davon, ob der Schaden „direct, actual et certain“ ist, wie dies das französische Recht verlangt.⁹³

bb) Ersatz „reiner Gesundheitsschäden“

Die Tendenz zur Entgrenzung des Schadensersatzes setzt sich fort, wenn Art. VI.-6:204 auch die „Verletzung als solche“ (*injury as such*) für ersatzfähig erklärt. Dieser Anspruch tritt *neben* die Ansprüche auf Ausgleich der materiellen und immateriellen Schäden, wie sich aus der Addition von „loss“ und „injury as such“ in Art. VI.-2:201 (1) und darüber hinaus aus VI.-6:204 ergibt. Wenn aber „loss“ gemäß Art. VI.-2:201 (4) sowohl sämtliche Vermögensschäden (lit. a – *economic loss*) als auch sämtliche Nichtvermögensschäden (lit. b – *non-economic loss*) umfasst, was bleibt dann für „injury as such“?

⁸⁸ *Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke* (Fn. 16), Einl. Tz. 22; zu den Wertungsgrundlagen eingehend oben II. 2.

⁸⁹ Dazu eingehend *G. Wagner*, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentags, Bd. I, 2006, A 49 ff.

⁹⁰ *G. Viney*, *Les obligations, La responsabilité: effets*, 1988, Nr. 62 ff.; *C. van Dam*, *European Tort Law*, 2006, Tz. 1202–1.

⁹¹ *A. Bénabent*, *Droit civil – Les obligations*, 10. Aufl. 2005, Rn. 416.

⁹² Leider nimmt Art. VI.-2:201 nicht auf Art. VI.-2:101 (4)(b) Bezug, wie überhaupt rätselhaft bleibt, warum die an der zuletzt genannten Stelle erläuterten Grundkategorien des „economic loss“ und des „non-economic loss“ in den Einzelatbeständen der Art. VI.-2:201 ff. gar nicht auftauchen. Die fehlende Abstimmung dieser Bestimmungen ist bedauerlich, denn in der vorliegenden Form löst Art. VI.-2:201 sein Versprechen, den „legally relevant damage“ bei Körper- und Gesundheitsverletzungen zu definieren, nicht ein. Man wird das „includes“ in Art. VI.-2:201 (2)(a) beim Wort nehmen und auf Art. VI.-2:201 (4) rekurrieren müssen, um beispielsweise einen Schmerzensgeldanspruch wegen Körperverletzung zu begründen.

⁹³ *J. Flour/J.-L. Aubert/E. Savaux*, *Droit civil, Les obligations*, Bd. 2, *Le fait juridique*, 10. Aufl. 2003, Rn. 136; *F. Terré/Ph. Simler/L. Lequette*, *Droit civil, Les obligations*, 8. Aufl. 2002, Rn. 700 ff.; vgl. auch oben Fn. 91.

Die „Verletzung als solche“ stellt wohl eine Rezeption des „danno biologico“ dar. Das italienische Recht hat die Kategorie des reinen Gesundheitsschadens entwickelt, um einem zu eng geführten Regime für den Schmerzensgeldanspruch zu entkommen.⁹⁴ In Italien wird heute zusätzlich zu Heilungskosten, Verdienstausschlag und echtem Schmerzensgeld (*pain and suffering*) ein Ausgleich für die Einbuße körperlicher Funktionen gezahlt, der den Erwerbsunfähigkeitsrenten des Sozialversicherungsrechts nicht unähnlich ist.⁹⁵ Damit wird eine abstrakt bemessene Kompensation für die Einbuße körperlicher Funktionen und den damit verbundenen Verlust an Lebensfreude gewährt. Der DCFR beschränkt den Immaterialschadensersatz jedoch nicht auf den Ausgleich für Schmerz und Leid, sondern erklärt in Art. VI.-2:101 (4)(b) ausdrücklich auch die entgangene Lebensfreude für ausgleichswürdig.⁹⁶ Wegen eines gegenüber dem italienischen Recht erweiterten Begriffs des immateriellen Schadens besteht für das Deliktsrecht des DCFR eigentlich kein Anlass für eine Kompensation des reinen Gesundheitsschadens. Wenn gleichwohl derselbe Schaden in zwei verschiedenen „heads of damage“ abgebildet wird, droht eine Doppelentschädigung des Verletzten, die sicher nicht beabsichtigt ist.

cc) Angehörigenschmerzensgeld, ökologische Schäden, sonstige Interessen

Es ist aus Raumgründen nicht möglich, die Tendenz zur Haftungsausweitung an den übrigen Tatbeständen des „legally relevant damage“ zu belegen. Beispielhaft sei noch hervorgehoben, dass Art. VI.-2:202 Ansprüche auf Angehörigenschmerzensgeld nicht nur im Falle des Todes des primär Verletzten, sondern auch bei bloßer Körperverletzung gewährt – und zwar *zusätzlich* zu dem in Art. VI.-2:201 (2)(a) gewährten Anspruch auf Aufwendungsersatz und ohne Beschränkung auf Ehegatten und Verwandte⁹⁷ – und dass Art. VI.-2:209 dem Staat einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen zur Wiederherstellung von Umweltgütern einräumt, der über den Anwendungsbereich der einschlägigen EG-Richtlinie weit hinausgeht.⁹⁸

Bei alledem ist zu bedenken, dass der in den Art. VI.-2:201 ff. enthaltene Katalog von Tatbeständen des „legally relevant damage“ keineswegs abschließenden Charakter hat. Ausweislich des Art. VI.-2:101 (1) (b) ist auch die Verletzung dort nicht genannter Rechte dazu geeignet, einen Ersatzanspruch auszulösen, sofern das Recht nur durch Gesetz verliehen ist. Und Art. VI.-2:101 (1) (c) lässt es auch damit nicht bewenden, sondern erstreckt den Schutzbereich des Deliktsrechts auf jedwedes schutzwürdige Interesse (*interest worthy of legal protection*). Über den Schutzbereich des Deliktsrechts hat also in letzter Instanz das Gericht zu entscheiden.

⁹⁴ Eingehend F. D. Busnelli JbItalR 14 (2001), 17, 19f.; G. Bender, Personenschaden und Schadensbegriff, 1993, S. 96f.; Ch. von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht I, 1996, Rn. 573f.; G. Wagner (Fn. 89), A 46ff.; ders., in: E. Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2006: Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen, S. 100ff.

⁹⁵ F. D. Busnelli/G. Comandé, in: B.A. Koch/H. Koziol (Hrsg.), Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective, 2003, no. 1 ff.; G. Comandé Temple International & Comparative Law Journal 19 (2005), 241, 288ff..

⁹⁶ Eingehend zu den verschiedenen Arten immaterieller Beeinträchtigungen, die durch Körper- und Gesundheitsverletzungen ausgelöst werden können G. Wagner JZ 2004, 319, 322ff.

⁹⁷ Zum Angehörigenschmerzensgeld G. Wagner (Fn. 89), A 62ff.

⁹⁸ Dazu eingehend G. Wagner, in: R. Hendler/P. Marburger (Hrsg.), Umwelthaftung nach neuem EG-Recht, 2005, S. 73ff.; ders. VersR 2005, 177ff.; ders. VersR 2008 (im Erscheinen).

dd) Reduktionsklausel

Es scheint, als habe die Verfasser des DCFR angesichts der von ihnen vorgeschlagenen Haftungsausweitungen das schlechte Gewissen beschlichen. Anders ist es nicht zu erklären, dass Art. VI.-6:202 eine sogenannte Reduktionsklausel enthält, also das Gericht dazu ermächtigt, die haftpflichtige Person teilweise oder sogar in vollem Umfang von der – an sich begründeten – Schadensersatzpflicht zu befreien, und zwar dort, „where it is fair and reasonable“.⁹⁹ Bei Vorsatz soll die Reduktion allerdings niemals vernünftig sein. Bei Fahrlässigkeitsdelikten und bei der Gefährdungshaftung soll eine Reduktion in Betracht kommen, wenn eine volle Haftung unverhältnismäßig wäre im Verhältnis zu entweder (1) dem Grund der Verantwortlichkeit (*accountability*), (2) dem Umfang des Schadens¹⁰⁰ oder (3) den Möglichkeiten zur Schadensvermeidung. Der wichtigste Gesichtspunkt, der etwa bei der Billigkeitshaftung des § 829 BGB im Vordergrund steht, nämlich die Vermögensverhältnisse der Parteien,¹⁰¹ wird zwar nicht ausdrücklich genannt, dürfte jedoch im Rahmen des an zweiter Stelle genannten Kriteriums zu berücksichtigen sein, das andernfalls keinen vernünftigen Sinn ergäbe.

ee) Gefahr einer uferlosen Haftung

So abgegriffen das „floodgates-Argument“, also die ständige Warnung vor einer uferlosen Ausdehnung der Haftung auch ist – der DCFR bietet eine dankbare Zielscheibe. Mit der Reduktionsklausel wird diese Einschätzung nicht widerlegt, sondern bestätigt, denn sie stellt in Wahrheit das Haftungssystem des DCFR insgesamt in Frage. Wenn die in Buch VI geregelten Haftungstatbestände normativ stark genug sind, um die Belastung des Schädigers mit Kosten erheblichen Umfangs zu legitimieren, warum bedarf es dann einer Reduktionsklausel? Und wenn das Gericht explizit dazu aufgefordert wird, die Haftung der Parteien nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit zu *beschränken*, dann wird man ihm kaum versagen können, die Haftung nicht auch unter diesem Gesichtspunkt zu *begründen*. Der DCFR enthält keine Sicherungen, welche die Umverteilung durch Richterspruch zuverlässig verhindern könnten.

Das VI. Buch umfasst nicht weniger als 57 Artikel. Das ist viel mehr als die 5 Bestimmungen, die der Code Civil dem allgemeinen Deliktsrecht widmet¹⁰² und geht auch weit über die ca. 30 Paragraphen hinaus, mit denen das BGB auskommt. Es mangelt somit nicht an gesetzlichen Vorgaben, und doch bleibt das Haftungsrecht des DCFR überaus vage.¹⁰³ Der Grund dafür liegt in dem Widerwillen, definitive Festlegungen zu treffen, und an dem inflationären Gebrauch des Wortes „includes“. Welche Interessen Schutz verdienen, entscheidet in letzter Instanz der Richter. Ist diese Hürde genommen, können Vermögensschäden wie immaterielle Schäden praktisch schrankenlos liquidiert werden. Widerspricht das Ergebnis dem Gerechtigkeitsempfinden des Gerichts, kann es die Ersatzpflicht über die Reduktionsklausel

⁹⁹ Ähnlich Art. 10:401 Principles of European Tort Law der (konkurrierenden) *Group on European Tort Law*; vgl. O. Moréteau, in: European Group on Tort Law (Fn. 24), S. 179ff.; sowie § 1317 des österreichischen Reformentwurfs; vgl. I. Griss/G. Kathrein/H. Koziol (Hrsg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts, 2006, S. 9, 89ff.; kritisch G. Wagner Juristische Blätter (JbL) 2008, 2, 18ff.

¹⁰⁰ Dieses Kriterium bleibt unklar, weil Umfang der Haftung und Umfang des Schadens in aller Regel zwei Seiten derselben Medaille sind.

¹⁰¹ G. Wagner, in: MünchKommBGB, 4. Aufl. 2004, § 829 Rn. 14ff.

¹⁰² Nicht mitgezählt sind dabei die zahlreichen Bestimmungen der Art. 1386–1 ff. Code Civil, die der Umsetzung der Produkthaftungs-Richtlinie dienen.

¹⁰³ Genauso bereits N. Jansen RabelsZ 70 (2006), 732, 756.

auf ein ihm vertretbar erscheinendes Maß zurückführen. Der Abschnitt über die außervertragliche Haftung liefert einen eindringlichen Beleg für die Tendenz des DCFR zur Ausdehnung der Richtermacht durch ein Übermaß an Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen. Leitbild seines Deliktsrechts ist nicht das selbstverantwortliche Subjekt, sondern der paternalistische Richter, der das Gute durch seinen Spruch zu realisieren sucht.

IV. Systembrüche und Regelungsinconsistenzen

Angesichts der heterogenen Wertungsgrundlagen des DCFR, der Vielzahl der beteiligten Wissenschaftler und Wissenschaftlergruppen sowie des knappen Zeitrahmens verwundert es nicht, dass der Text weithin unter begrifflichen, systematischen und auch teleologischen Widersprüchen leidet. Dies gilt nicht nur für den ungelösten Konflikt grundlegender Rechtsprinzipien,¹⁰⁴ sondern auch für zahlreiche Regelungen vergleichsweise „unpolitischer“ Materien, wie etwa das Abtretungs-, das Stellvertretungs- und das Auftragsrecht. Diese Regelungskomplexe, bei denen der DCFR jeweils erheblich von den PECL abweicht, sollen deshalb beispielhaft näher in den Blick genommen werden.

1. Abtretung

Eine Detailkritik des Abtretungsrechts kann im vorliegenden Rahmen nicht geliefert werden, obgleich hier manches ausgesprochen diskussionsbedürftig erscheint.¹⁰⁵ Vielmehr sollen Defizite hervorgehoben werden, die eine rationale Anwendung der Regeln erschweren oder gar unmöglich machen. Zu nennen ist zunächst das Problem nachträglicher Vertragsänderungen durch den Zedenten und den Schuldner, die auf die zedierte Forderung einwirken. Dafür kann insbesondere bei nicht durchgeführten Werkverträgen und bei Dauer-schuldverhältnissen ein praktisches Bedürfnis bestehen. Beispiele sind eine Stundung, ein Erlass, ein Vergleich über einen angebliehen Mangel oder auch einfach eine einverständliche Änderung der geschuldeten Leistung, wenn etwa ein Bauherr andere (und preisgünstigere) als die im Vertrag bestimmten Fliesen verlangt oder ein geleastes Gerät vor Vertragsablauf

durch ein moderneres ersetzt werden soll. Während das deutsche Recht dies Problem in § 407 BGB nur indirekt und aus praktischer Sicht unbefriedigend regelt,¹⁰⁶ sind im Einheitsrecht Regelungen dieser Frage selbstverständlich.¹⁰⁷ Nach Art. 11:308 PECL sind solche Absprachen nur dann wirksam, wenn sie *bona fide* erfolgen und den Interessen des Zessionars nicht zuwiderlaufen. Damit wird eine hypothetische Verhandlungslösung festgeschrieben. Der Vorteil im Vergleich zu einem Zustimmungserfordernis des Zessionars sind die ersparten Transaktionskosten. Demgegenüber verzichtet der DCFR auf eine Aussage zur Wirksamkeit derartiger Absprachen. Stattdessen soll der Zedent hier gewährleisten, den Vertrag nur unter den in den PECL genannten Voraussetzungen zu modifizieren: Art. III.-5:112 (4). Macht man sich klar, dass solche Absprachen einen nach Art. II.-1:103 (1) selbstverständlich unwirksamen Vertrag zu Lasten des Dritten – des Zessionars – bzw. eine Verfügung eines Nichtberechtigten über eine Forderung bedeuten, so erscheint das rätselhaft: Der Zedent wird verpflichtet, zu unterlassen, was ihm von Rechts wegen ohnehin unmöglich ist.¹⁰⁸ Offenbar kann das nicht gemeint sein. Schließt man deshalb *e contrario*, dass solche Absprachen wirksam sein sollen und dass der Zedent gerade deshalb im Innenverhältnis dem Zessionar gegenüber haftet, so erscheint die Regelung indes noch viel problematischer. Denn dann wäre der Zessionar bei einer für ihn nachteiligen Absprache zwischen dem Zedenten und dem Schuldner grundsätzlich auf Sekundäransprüche verwiesen. Das ist ungerecht und findet weder im nationalen noch im internationalen Recht eine Grundlage.

Widersprüchlich ist der gutgläubige Forderungserwerb geregelt. Nach Art. III.-5:104 (*Basic requirements*) setzt eine Abtretung nämlich unter anderem die Existenz des abzutretenden Rechts und die Verfügungsbefugnis des Zedenten voraus. Art. III.-5:111 präzisiert, dass nur der Forderungsgläubiger abtretungsbefugt sei, und dass diese Voraussetzungen zwar nicht im Moment der Abtretungserklärung, wohl aber im Zeitpunkt des Forderungsübergangs erfüllt

¹⁰⁴ Dazu oben II. 2.

¹⁰⁵ Dazu gehört zunächst die „dingliche“ Unwirksamkeit von Abtretungsverboten auch bei nicht auf Geld gerichteten Forderungen: Art. III.-5:108 (1). Das bedeutet eine weitgehende Einschränkung der Vertragsfreiheit, für die Sachgründe nicht erkennbar sind (*H. Eidenmüller AcP* 204 [2004], 457, 464 ff., 471; *H. Kötz/A. Flessner* [Fn. 3], S. 417). Wenig glücklich erscheint auch die umgekehrt zum Ausgleich eingeräumte befreiende Wirkung der Leistung des Schuldners an den ihm gegenüber vertragsbrüchigen Zedenten (Abs. 2); vgl. *Eidenmüller*, a. a. O., S. 472. Nach den Art. 11:301, 303 PECL ist eine vertragswidrige Abtretung nur unter wesentlich engeren Voraussetzungen möglich, doch kann der Schuldner nicht mehr befreiend an den Zedenten leisten, wenn er von der Abtretung weiß. Dogmatisch führt der Ansatz der *Study Group* dabei zu der Ungereimtheit, dass der Schuldner dem Zedenten nach Art. III.-5:116 (2)(b) „defences“ nicht entgegenhalten kann, die auf der Verletzung eines solchen Abtretungsverbots beruhen, obgleich die genannte Regelung des Art. III.-5:108 (2) gerade eine solche Einrede begründet. Denn die befreiende Wirkung der Leistung tritt trotz der Kenntnis des Schuldners von der Zession ein. Gemeint sind offenbar nur *defences* wie ein Rücktritt wegen der vertragsbrüchigen Abtretung, doch wird das aus dem Normtext nicht deutlich. Überaus problematisch ist schließlich auch, dass eine Leistung nach einer Abtretungsanzeige durch einen Scheinzessionar den Schuldner ebenso befreien soll wie nach einer Anzeige durch den Zedenten: Art. III.-5:118 (2). Das kann zu einer Enteignung des Gläubigers führen, ohne dass dieser irgendeinen Rechtscheintatbestand verantworten müsste, der das rechtfertigen könnte; näher *Eidenmüller*, a. a. O., S. 490.

¹⁰⁶ Vgl. *Ch. Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB, 67. Aufl. 2008, § 407 Rn. 4; *G. H. Roth*, in: *MünchKommBGB*, 5. Aufl. 2007, § 407 Rn. 7 m. w. N. Nach dem *BGH* sind derartige nachträgliche Vertragsänderungen, die das der Forderung zugrunde liegende Schuldverhältnis aufheben oder zum Nachteil des Zessionars verändern, nur unter den Voraussetzungen des § 407 möglich. Sofern der Schuldner von der Abrede weiß, ist also stets die Zustimmung des Zessionars erforderlich: *BGHZ* 111, 84 ff.; konkret ging es um einen Aufhebungsvertrag im Rahmen eines Leasingverhältnisses, der wirtschaftlich den Zweck hatte, die geleaste Computergrößenanlage durch eine modernere Anlage zu ersetzen. Rechtshandlungen des Zedenten, die die Stellung des Schuldners zugunsten des Zessionars verschlechtern – etwa eine Mahnung oder eine Unterbrechung der Verjährung – sind nach h. M. mangels Rechtsinhaberschaft sogar gänzlich unwirksam. Denn hier sei für einen Schuldnerschutz nach § 407 BGB kein Raum (*G. H. Roth*, a. a. O., § 407 Rn. 22 m. w. N.). Interessengerecht ist das nicht. Demgegenüber ist nach dem *BAG* eine Vertragsaufhebung im Kündigungsschutzprozess auch dann wirksam, wenn alle Beteiligten von einer Abtretung des Anspruchs des Arbeitnehmers auf sein Arbeitsentgelt wissen (*BAGE* 34, 128 = *NJW* 1981, 1059); zwar sei das „nach den Regeln des geltenden Schuldrechts nicht problemlos“ (*BAGE* 34, 134); gleichwohl bestehe dafür im Kündigungsschutzprozess ein unabweisbares Bedürfnis.

¹⁰⁷ Hierher gehören das UNIDROIT-Factoringübereinkommen, das UNIDROIT-Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung und vor allem das UN-Abtretungsübereinkommen. Näher *H. Eidenmüller AcP* 204 (2004), 457, 486 f.; *C. Hattenbauer*, in: *HKK* (Fn. 38), Bd. II/2, §§ 398–413 Rn. 70 ff.

¹⁰⁸ Die Regelung der PECL erscheint auch deshalb plausibler, weil dort die Abtretung gegenüber dem Schuldner erst mit der Abtretungsanzeige wirksam wird: *G. Lubbe*, in: *H. MacQueen/R. Zimmermann* (Hrsg.), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, 2006, S. 307, 312 f., 329. Im DCFR erfolgt der Forderungsübergang demgegenüber allein aufgrund des *act of assignment*; eine Abtretungsanzeige ist irrelevant: Art. III.-5:104 (2), 5:113, 5:118 ff.

sein müssen. Die Konsequenzen sind scheinbar eindeutig: Ein gutgläubiger Forderungserwerb ist im Einklang mit vielen nationalen Rechtsordnungen ausgeschlossen (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*), so dass eine Zweitcession ins Leere geht. Bei einer Doppelcession müsste der Vorrang folglich dem Erstcessionar gebühren, der mit der Zession neuer und alleiniger Gläubiger geworden ist (Art. III.-5:113). Genau im Gegensatz dazu ordnet Art. III.-5:120 (*Competition between successive assignees*) jedoch den Vorrang desjenigen Zessionars an, dessen *assignment* dem Schuldner zuerst mitgeteilt wurde, falls dieser nicht von der vorherigen Abtretung wusste oder wissen musste. Das ist diskussionswürdig¹⁰⁹ und steht im Einklang mit Art. 11:401 PECL, widerspricht freilich der Grundregel des Art. III.-5:104. Hält man Art. III.-5:120 als zentrale inhaltliche Aussage für vorrangig, so erweist sich Art. III.-5:104 (für den es an einem Pendant in den PECL übrigens fehlt) als irreführende, in der Sache überflüssige Gesetzesdogmatik.

Der DCFR bezieht zudem keine klare Position in der dogmatischen Grundfrage, ob die Zession nach französischem Modell kausal oder nach deutschem Modell abstrakt ausgestaltet ist, ob sie also gedanklich und in ihrer Wirksamkeit mit einem schuldrechtlichen Grundgeschäft – etwa einem Forderungskauf, einer Schenkung oder einer Sicherungsabrede – verbunden wird.¹¹⁰ Immerhin deutet die Definition des *act of assignment* als „Vertrag oder Rechtsgeschäft, das auf eine Übertragung des Anspruchs zielt“ (Art. III.-5:102 (2)¹¹¹), eher auf ein abstraktes Modell. Zudem erfasst das Kaufrecht auch den Forderungskauf (Art. IV.A.-1:101 (2)(c)): Forderungskauf und Abtretung sind damit zweierlei. Damit scheint der Forderungsübergang lediglich eine wirksame Abtretung, nicht aber ein wirksames Grundgeschäft vorauszusetzen, was ihn als abstraktes Geschäft auszeichnete. Indes sollen nach Art. III.-5:112 (2), (3) DCFR mit der Zession entsprechend dem Modell des Art. 1269 *Codice Civile* bzw. des Art. 11:204 PECL weitreichende Garantien („undertakings“) des Zedenten verbunden sein, die zu einer Art Gewährleistungshaftung führen: Gemäß Art. III.-5:112 (2), (3) muss der Zedent unter anderem gewährleisten, dass die Forderung in seiner Person existiert und dass keine „defences“ bzw. Aufrechnungsmöglichkeiten gegen sie bestehen. Zudem ist die Abtretung bei Schenkungen und bei Sicherungszessionen den entsprechenden schuldrechtlichen Form- und Wirksamkeitserfordernissen unterworfen. Damit verbindet die Abtretung also schuldrechtliche und dingliche Elemente und ist in ihrer Wirksamkeit zumindest partiell vom Grundgeschäft abhängig, also kausal. Das passt insgesamt nicht zusammen.

Vor allem aber ist das Nebeneinander unterschiedlicher Haftungsregelungen in Art. III.-5:112 einerseits und im Kaufrecht andererseits misslich. Denn während das Kaufrecht beispielsweise einen Ausschluss von Gewährleistungsansprüchen bei Kenntnis des Käufers vorsieht (Art. IV.A.-2:307), fehlt ein solcher Tatbestand bei der Abtretung; umgekehrt muss der Verkäufer kaufrechtlich nicht nur für „rights“, sondern auch für „claims“ von Dritten einstehen. Er haftet also auch dann, wenn Dritte einen letztlich nicht begründeten Anspruch geltend machen (Art. IV.A.-2:305).¹¹²

¹⁰⁹ Vgl. O. Lando/E. Clive/A. Prüm/R. Zimmermann (Fn. 6), S. 121 ff. (Comments zu Art. 11:401); C. Hattenbauer, in: HKK (Fn. 38), Bd. II/2, §§ 398–413 Rn. 72 m. N. zur internationalen Diskussion.

¹¹⁰ Umfassend dazu C. Hattenbauer, in: HKK (Fn. 38), Band II/2, §§ 398–413 Rn. 6, 18 f., 28 ff., 66 ff. m. w. N.

¹¹¹ „An ‚act of assignment‘ is a contract or other juridical act which is intended to effect a transfer of the right“.

¹¹² Annex I definiert „A claim is a demand for something based on the assertion of a right“.

Der Forderungsverkäufer müsste demnach auch dafür einstehen, dass ein Dritter Rechte aus einer angeblichen Zession bzw. der Schuldner angebliche Einreden geltend macht, obgleich der Zedent dafür nach Art. III.-5:112 (2) nicht haftet. Dabei bleibt offen, in welchem Verhältnis Kauf- und Zessionsgewährleistung zueinander stehen; insbesondere lässt sich nämlich keine Regelung als gegenüber der anderen speziell verstehen.¹¹³ Offenkundig kann eine solche zessionsrechtliche Regelung der Gewährleistung nur dann sinnvoll sein, wenn die Abtretung einen eigenen Vertragstyp bildet und folgerichtig auf eine Doppelregelung im Rahmen des Kaufrechts verzichtet wird, wie dies bei den PECL der Fall ist. Demgegenüber erweist sich die Regelung des DCFR als dogmatisch und systematisch unstimmig: Sofern sie abstrakt konzipiert ist, gehört sie eigentlich in den Kontext des Sachenrechts,¹¹⁴ andernfalls wäre sie entweder – mit dem italienischen Recht¹¹⁵ – als eigener Vertragstypus zu konzipieren oder – mit dem französischen Recht¹¹⁶ – ins Kaufrecht einzuordnen.

2. Stellvertretung und Auftrag

Systematisch undurchdacht erscheinen gleichermaßen auch das Vertretungsrecht einerseits und der Auftrag (*mandate*) andererseits. Dabei rühren die Probleme daher, dass die Vertretungsmacht (*authority*) – im Einklang mit der europäischen Rechtsentwicklung der letzten 200 Jahre – abstrakt konzipiert ist, dass aber – gleichsam als schuldrechtliches Gegenstück – der Auftrag speziell als „Bevollmächtigungungsvertrag“ geregelt wird, also als ein Vertrag, der auf eine Bevollmächtigung des Auftragnehmers zielt.¹¹⁷ Das *mandate* bildet aber gerade nicht einen besonderen *service contract*, obgleich dieser Vertragstyp grundsätzlich alle Dienstleistungsverträge regeln soll und seiner Definition nach auch das *mandate* erfasst.¹¹⁸ Damit stellt sich zunächst ein ungelöstes¹¹⁹ Konkurrenzproblem für *service contracts*, in denen der Beauftragte auch bevollmächtigt ist: Geschäftsbesorgungsverträge sind damit offenbar regelmäßig typengemischt. Angesichts der Tatsache, dass das *mandate* nicht in die *service contracts* eingeordnet ist, viele Fragen also abweichend regelt,¹²⁰ ist das besonderes problematisch.

¹¹³ Während aus kaufrechtlicher Perspektive nämlich der Verkauf einer Forderung als spezielles Geschäft erscheint, stellt sich das Bild aus abtretungsrechtlicher Perspektive genau umgekehrt dar: Hier bildet die Abtretung der Forderung aufgrund eines Kaufs den speziellen Fall.

¹¹⁴ Das entspricht heute dem niederländischen Modell; zum Problem H. Kötz/A. Flessner (Fn. 3), S. 404 ff.

¹¹⁵ Art. 1260 ff. *Codice Civile*.

¹¹⁶ Art. 1689 ff. *Code Civil*; dazu F. Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*, 2. Aufl. 2003, S. 442 f.

¹¹⁷ Art. IV.D.-1:101 (1) definiert das *mandate* als Vertrag, „under which: (a) a person ... is authorised and instructed ... to conclude a contract between the principal and a third party or otherwise affect the legal position of the principal in relation to a third party; ...“ (siehe Fn. 118).

¹¹⁸ Art. IV.C.-1:101 (1)(a) definiert den *service contract* als Vertrag, „under which one party ... undertakes to supply a service to the other party ...“, Art. IV.D.-1:101 (1) das *mandate* als Vertrag, „under which: ... (b) the representative undertakes ... to act on behalf of ... the principal“ (im Übrigen eben Fn. 117). Für jemanden zu handeln, bedeutet, diesem einen Dienst zu erweisen.

¹¹⁹ Eine ausdrückliche Konkurrenzlösung (zugunsten des *mandate*) findet sich nur für Verträge, in denen der Beauftragte einen Vertrag anbahnen soll, ohne von vornherein zum Vertragsabschluss bevollmächtigt zu sein: Art. IV.D.-1:101 (4).

¹²⁰ Unterschiedlich formuliert sind etwa die Preisvorschriften (Art. IV.C.-2:101 bzw. IV.D.-2:102), die Kooperationspflichten (Art. IV.C.-2:103 bzw. IV.D.-2:101) oder die Sorgfaltsobligationen (Art. IV.C.-2:105 bzw. Art. IV.D.-3:103). Sachliche Gründe sind dafür jedoch nicht erkennbar.

Zudem kommt es im Verhältnis von *mandate* und Vertretungsrecht zu einer Regelungsverdopplung, die zu Redundanzen, wie wortgleichen Definitionen,¹²¹ aber auch zu Widersprüchen¹²² und Regelungslücken führt. Während es dem Vertreter beim *mandate* beispielsweise erlaubt ist, mit sich selbst zu kontrahieren, wenn der Inhalt des abzuschließenden Vertrags so genau bestimmt ist, dass kein Risiko besteht, die Interessen des *principal* zu beeinträchtigen (Art. IV.D.-5:101 (2)(d)), gilt diese Ausnahme im Vertretungsrecht gerade nicht (Art. II.-6:109 (3)).¹²³ Und während sich sogar im abstraktionsverliebten Deutschland das Erlöschen der Vollmacht grundsätzlich nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis bestimmt (§ 168 Satz 1 BGB), regelt der DCFR beide Fragen unabhängig voneinander (Art. II.-6:112 bzw. IV.D.-6:101 ff.). Dabei soll die Vollmacht so lange bestehen, bis der Widerruf einem Dritten, der von der ursprünglichen Vollmacht wusste, vernünftigerweise bekannt sein musste (Art. II.-6:112 (1)). Das bedeutet, dass es auch bei einer kundgemachten Innenvollmacht dem Vertretenen obliegt, Dritte von dem Erlöschen der Vollmacht zu informieren, und zwar selbst dann, wenn die Vollmacht von vornherein nur für eine begrenzte Zeit bzw. für einen spezifischen Zweck erteilt wurde.¹²⁴ Nicht der Dritte hat also den Rechtscheintatbestand zu beweisen, sondern der Vertretene dessen Fehlen. Das ist häufig unmöglich, geht über vernünftigen Vertrauensschutz weit hinaus und kann nicht ernstlich beabsichtigt sein. Umgekehrt ist aber die Vollmacht offenbar auch dann unwiderruflich, wenn das zugrunde liegende *mandate* unwiderruflich ist. Denn die – detailliert geregelte – Unwiderruflichkeit des *mandate* (Art. IV.D.-1:105) gilt nur im Innenverhältnis; im Außenverhältnis ist eine unwiderrufliche Vollmacht nur bei einer entsprechenden Verpflichtung gegenüber dem Dritten vorgesehen: Art. II.-6:112 (2). Auch das ist ungereimt. Denn wenn die Parteien den Auftrag von Rechts wegen unwiderruflich gestalten dürfen, geht es ihnen gerade nicht um etwaigen Schadensersatz, sondern unmittelbar um die Sicherung der Rechtsmacht des Vertreters.

Paradox ist schließlich auch die Vertretungsmacht des Vertreters bei einer Überschreitung seiner vertraglichen Befugnisse (*mandate*) und Kompetenzen (*representation*) geregelt. Hier finden sich beim *mandate* weitreichende Handlungsbefugnisse, soweit der Vertretene unerreichbar ist: Art. IV.D.-3:201 (1).¹²⁵ Freilich begründen diese keine Kompetenzen gegenüber Dritten; vielmehr wird dafür auf das

Kapitel über *representation* verwiesen (Abs. 3).¹²⁶ Dort findet sich dazu indes keine Aussage (vgl. Art. II.-6:104: *Scope of authority*).¹²⁷ Damit darf der Vertreter also gegebenenfalls seine Befugnisse übertreten, kann damit aber nichts bewirken. Das ist nicht nur misslich, sondern steht in direktem Widerspruch zur Regelung bei der Geschäftsführung ohne Auftrag (*Benevolent intervention in another's affairs*), wo dem Geschäftsführer unter den Umständen, die für den Vertreter eine Notvertretungsbefugnis begründen, ausdrücklich eine Notvertretungsmacht zugebilligt wird (Art. V.-3:106).¹²⁸ Nach den 2006 veröffentlichten Regeln zur *Benevolent intervention* sollte diese Notvertretungsmacht zwar auch dem Beauftragten zustehen,¹²⁹ doch ist in Art. IV.D.-3:201 (3) jetzt ausdrücklich das Gegenteil angeordnet; das spricht gegen ein bloßes Redaktionsversehen. Verstehen kann man diese Regelung jedenfalls nicht. Sie bildet letztlich eine Folge der vom DCFR übertriebenen Trennung von Vertretungsbefugnis und Vertretungsmacht: Dass man diese auseinanderhalten sollte, bedeutet nicht, dass die Regelungen nichts miteinander zu tun haben.

V. Reflexionsdefizite im Umgang mit dem Verbraucher-Acquis und den PECL

Ein weiterer wichtiger Aspekt einer Bewertung des DCFR ist der Umgang mit den verarbeiteten Quellen. Dabei sind drei verschiedene Regelungsschichten zu unterscheiden: erstens Regelungen, die auf bereits vorhandenen Vorbildern der PECL aufbauen, zweitens Vorschriften, die auf den privatrechtlichen *acquis communautaire* gestützt werden sollen sowie drittens Normkomplexe, die weder eine Grundlage in den PECL noch im *acquis* haben und daher nur auf den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und die Erkenntnisse der Rechtswissenschaft aufbauen können. Was die zuletzt genannten, „neuen“ und sehr breitflächigen Regelungsschichten angeht, kann eine hinlänglich aussagekräftige und fundierte Bewertung in dieser ersten Stellungnahme – nicht zuletzt auch aufgrund der noch ausstehenden Kommentierungen – nicht geleistet werden. Ange deutet sei lediglich, dass erhebliche Zweifel bestehen, ob zentrale Regelungen, die etwa hinsichtlich der *service contracts* (Art. IV.C.-1:101 ff.), der GoA (Art. V.-1:101 ff.), des Deliktsrechts (Art. VI.-1:101 ff.) und des Bereicherungsrechts (Art. VII.-1:101 ff.) getroffen sind, eine überzeugende Basis in den nationalen Privatrechtsordnungen oder im privatrechtlichen Diskurs finden.¹³⁰ Näher beleuchtet werden hier indessen die Verarbeitung des *acquis* und der PECL. Dabei zeigt sich, dass die Quellen nicht hinreichend kritisch reflektiert worden sind.

¹²¹ Siehe etwa Art. II.-6:102 (2) und Art. IV.D.-1:102 (b) („authority of a representative“).

¹²² So ist „revocation ... in relation to a juridical act“ im Annex I als „its recall by a person or persons having the power to recall it, so that it no longer has effect“ definiert, während Art. IV.D.-1:102 (h) die „revocation of the mandate of the representative“ als „the decision of the principal to no longer authorise and instruct the representative to act on behalf of the principal“ versteht.

¹²³ Ähnlich liegt es bei der Offenlegung des Interessenkonflikts durch den Vertreter/Beauftragten. Hier sind die Art. II.-6:109 (3) und IV.D.-5:101 (2), IV.D.-5:102 (2) im Einzelnen unterschiedlich formuliert, obgleich anscheinend Gleiches geregelt sein soll. Das führt zu unnötigen Interpretationsproblemen, wenn der Adressat sich nach dem Sinn der abweichenden Formulierungen fragen muss.

¹²⁴ Schon die PECL enthalten hier in Art. 3:209 (1) eine verhältnismäßig weitgehende Regelung, doch geht Art. II.-6:112 (1) DCFR weit darüber hinaus.

¹²⁵ „The representative may act in a way not covered by the mandate if: (a) the representative has reasonable ground for so acting on behalf of the principal; and (b) the representative does not have a reasonable opportunity to discover the principal's wishes in the particular circumstances; and (c) the representative does not know and could not reasonably be expected to know that the act in the particular circumstances is against the principal's wishes“.

¹²⁶ Der Verweis auf „Book III ...“ bedeutet dabei offenkundig ein Redaktionsversehen; gemeint ist das zweite Buch.

¹²⁷ Auch Art. II.-6:112 (4), der eine Art Notvertretungsmacht nach Beendigung der Vertretungsmacht vorsieht, passt nicht.

¹²⁸ Im Text ist zwar missverständlich von „may conclude legal transactions“ die Rede, doch ist ausweislich der Überschrift („Authority of the intervener“), der Regelung des Abs. 2 sowie der Begründung (*Ch. von Bar* [Fn. 32], Introduction, Rn. 93 und Comments zu Art. 3:106) eine Vertretungsmacht gemeint.

¹²⁹ *Ch. von Bar* (Fn. 32), Introduction, Rn. 93: Notvertretungsmacht des Beauftragten, der eigentlich nur Vertragsverhandlungen führen sollte, auch den Vertrag abzuschließen.

¹³⁰ Vgl. ansatzweise zum Deliktsrecht oben III. 2. b) sowie exemplarisch zur Regelung der GoA *N. Jansen* ZEuP 15 (2007), 958 ff.

1. Der Umgang mit dem *acquis communautaire*

a) Bedürfnis nach und Auftrag zu einer Revision des *acquis*

Die EU-Kommission hat für die Konzeption des CFR die Leitlinie vorgegeben, dass der im Bereich des Vertragsrechts vorhandene *acquis communautaire* grundlegend überarbeitet und verbessert werden soll. Dabei wurde an die Kohärenz der verschiedenen Richtlinien untereinander sowie an deren Abstimmung mit Regelungskomplexen des nationalen Rechts gedacht. Darüber hinaus hat die EU-Kommission dazu aufgefordert, den vorhandenen Regelbestand kritisch zu prüfen und insbesondere seine Wirkungen auf Verbraucher und Unternehmer zu bewerten.¹³¹ Diese Vorgaben werden in der Einleitung zum DCFR ausdrücklich übernommen.¹³²

Der Auftrag der Kommission zur kritischen Auseinandersetzung mit dem *acquis* trägt einem dringenden Bedürfnis Rechnung und bietet eine vorzügliche Gelegenheit, den Regelbestand umfassend zu prüfen und zu reformieren.¹³³ Der Erlass der ersten vertragsrechtlichen Richtlinie, der sog. Haustürgeschäfte-Richtlinie, liegt inzwischen mehr als 20 Jahre zurück.¹³⁴ Die Zeit ist reif, um die Effektivität zentraler Elemente des Verbraucherschutzes, wie etwa des Widerrufs und der Informationspflichten, einer grundsätzlichen Prüfung zu unterziehen. Denn es ist alles andere als sicher, dass das Widerrufsrecht in der Praxis überhaupt eine befriedigende Schutzwirkung entfaltet, und es darf auch noch nicht als geklärt gelten, von welchen konkreten Rahmenbedingungen die Gewährung eines sinnvollen Widerrufschutzes abhängen sollte.¹³⁵ Noch wichtiger wäre es, die Effekte der im Verbraucher-*acquis* zahlreich angelegten Informationspflichten zu prüfen. Da der Grenznutzen von Informationen mit steigender Anzahl sinkt und sogar negativ werden kann,¹³⁶ müssten die Nützlichkeit der einzelnen Informationen und die Folgen der Informationsvervielfältigung eingehend und unter Einschluss empirischer Methoden untersucht werden.

b) *Acquis-Positivismus* und *acquis-Pauschalisierung*

Eine kritische Überprüfung des Verbraucherschutz-*acquis* und seiner Auswirkungen ist bei der Konzeption des DCFR offenbar unterblieben.¹³⁷ Generell überwiegt bei der Trans-

position des *acquis* in den DCFR ein notarielles Selbstverständnis, das primär auf eine möglichst genaue und vollständige Übernahme des vorhandenen Sekundärrechts gerichtet ist. Soweit der DCFR jedoch über die Einfügung vorgegebener Inhalte hinausgeht, ist eine Tendenz zu erkennen, die Begrenzungen des Anwendungsbereichs vorhandenen Richtlinienrechts aufzuheben und die Regeln des *acquis* zu verallgemeinern.¹³⁸ Der einerseits unkritische und andererseits pauschalisierende Umgang mit dem *acquis* durchzieht die Einarbeitung der EG-Richtlinien in den DCFR wie ein roter Faden. Besonders gut lässt sich diese Tendenz anhand der Regelungen über die Informationspflichten (Art. II.-3:101 ff.) und den Widerruf (Art. II.-5:201 ff.) illustrieren.

aa) Informationspflichten

Mit der Regelung der Art. II.-3:101 ff. werden die aus den Verbraucherschutz-Richtlinien der EG geläufigen Informationspflichten¹³⁹ sehr weitreichend verallgemeinert: Der enumerative Charakter des *acquis*, insbesondere dessen Beschränkung auf bestimmte Absatzformen sowie Vertragstypen, wird aufgehoben. Darüber hinaus werden die – in den Richtlinien weitgehend auf Verbraucherverträge konzentrierten – Informationspflichten auf business-to-business (b2b)-Rechtsverhältnisse erstreckt. Nunmehr sollen Unternehmer ihren Vertragspartner generell vor Vertragsschluss über alle Umstände „concerning the goods or services to be supplied“ aufklären, soweit die andere Vertragspartei dies vernünftigerweise erwarten kann (Art. II.-3:101 (1)). Gegenüber Verbrauchern soll der Unternehmer sogar über alle Umstände aufklären, die der durchschnittliche Verbraucher in der konkreten Situation benötigt, um eine informierte Entscheidung zu treffen (Art. II.-3:102 (1)), und er ist zusätzlichen Informationspflichten ausgesetzt „in the case of transactions that place the consumer at a significant informational disadvantage“ (Art. II.-3:103).

Diese Ausgestaltung der Informationspflichten in mehreren Generalklauseln lässt eine einleuchtende systematische Abstimmung vermissen. Besonders gefährlich ist der Regelungskomplex aber deswegen, weil er nahe legt, dass die umfassende Aufklärung durch den Vertragspartner der Regelfall und die informationelle Selbstverantwortung die Ausnahme ist¹⁴⁰ – und zwar nicht nur bei b2c-Kontakten,

¹³¹ Vgl. COM(2004) 651 endg. v. 11.10.2004 („Way forward“; zur *acquis*-kritischen Funktion des CFR S. 3 ff.); COM(2003) endg., OJ C 63/1 („Action plan“; zur *acquis*-kritischen Funktion des CFR S. 19 ff.). Zu den gegenwärtig diskutierten Gestaltungsalternativen der *acquis*-Reform, insbesondere zu den Möglichkeiten einer separaten Revision einzelner Richtlinien sowie der Schaffung einer übergreifenden Verbraucherschutzrichtlinie auch COM(2006) 744 endg. v. 8.2.2007 („Green paper“); H.-W. Micklitz/N. Reich, Europäisches Verbraucherschutzrecht – quo vadis?, abrufbar unter http://www.vur-online.de/beitrag/2007_04_2.html.

¹³² Vgl. Ch. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke (Fn. 16), Einl. Tz. 60 ff.

¹³³ Für eine kritische Prüfung der teleologischen Tragfähigkeit des *acquis* etwa auch B. Dauner-Lieb NJW 2004, 1431, 1433.

¹³⁴ Vgl. RiL 85/577/EWG v. 20.12.1985, ABl. EG Nr. L 372 v. 31.12.1985, S. 31 ff. – Haustürgeschäfte-Richtlinie.

¹³⁵ Vgl. die Nachw. oben Fn. 68. Gründliche systematische Analysen der Widerrufsrechte und ihres teleologischen Hintergrunds finden sich etwa bei P. Mankowski, Beseitigungsrechte, 2003, insbes. S. 33 ff., 222 ff., 734 ff., 1082 ff., 1131 ff.; S. Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 122 ff.

¹³⁶ Vgl. die Nachweise oben Fn. 67. Ferner etwa auch W. Boente/T. Riehm Jura 2002, 222, 225, 230 („Informations-Kollaps“); H. C. Grigoleit NJW 2002, 1151, 1155, 1158; A. Tiffe, Die Struktur der Informationspflichten bei Finanzdienstleistungen, 2006, insbes. S. 110 f., 203, 264, 312. Ansatzweise kritisch zum Ausmaß der Informationspflichten im *acquis* auch H. Schulte-Nölke/C. Twigg-Flesner/M. Ebers (Hrsg.), EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis, 2007, S. 743, abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf.

¹³⁷ Eine sehr weitreichende und wertvolle Analyse des Verbraucher-*acquis* findet sich bei H. Schulte-Nölke/C. Twigg-Flesner/M. Ebers

(Fn. 136). Die Studie analysiert detailliert die Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinien in den Mitgliedstaaten. Allerdings richtet sich die Analyse weniger auf eine auch im Grundsätzlichen kritische Prüfung des *acquis* und seiner Wirkungen als auf dessen Systematisierung sowie auf eine Verbesserung seiner Kohärenz.

¹³⁸ Vgl. dazu kritisch bereits unter Bezug auf die *Acquis Principles* N. Jansen/R. Zimmermann JZ 2007, 1120 ff.

¹³⁹ Vgl. insbes. RiL 87/102/EWG v. 22.12.1986, ABl. EG Nr. L 042 v. 12.2.1987, S. 48 – Verbraucherkredit-Richtlinie; RiL 90/314/EWG v. 13.6.1990, ABl. EG Nr. L 158 v. 23.6.1990, S. 59 – Pauschalreise-Richtlinie; RiL 94/47/EWG v. 26.10.1994, ABl. EG Nr. L 280 v. 29.10.1994, S. 83 – Timeshare-Richtlinie; RiL 97/5/EG v. 27.1.1997, ABl. EG Nr. L 43 v. 14.2.1997, S. 25 – RiL über grenzüberschreitende Überweisungen; RiL 97/7/EG v. 20.5.1997, ABl. EG Nr. L 144 v. 4.6.1997, S. 19 – Fernabsatz-RiL; RiL 2000/31/EG v. 8.6.2000, ABl. EG Nr. L 178 v. 17.7.2000, S. 1 – E-Commerce-Richtlinie; RiL 2002/65/EG v. 23.9.2002, ABl. EG Nr. L 271, S. 16 – RiL über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen; jüngst Titel III der RiL 2007/64/EG v. 13.11.2007, ABl. EG Nr. 319 v. 5.12.2007, S. 1 – RiL über Zahlungsdienste im Binnenmarkt. Sämtliche Richtlinien sind abgedruckt bei R. Schulze/R. Zimmermann, Europäisches Privatrecht, Basistexte, 3. Aufl. 2005.

¹⁴⁰ In der Kommentierung der *Acquis Principles*, die sich hinsichtlich der Informationspflichten zu einem erheblichen Teil mit dem DCFR decken, wird zwar auch der Grundsatz der Selbstverantwortung angeführt; vgl. *Acquis Group* (Fn. 41), Art. 2:201 Rn. 4. Vor dem Hintergrund der Regelungsebene erweckt diese Aussage allerdings den Eindruck eines Lippenbekenntnisses. Demgegenüber bietet die Vorschrift des DCFR über „change of

sondern sogar in b2b-Rechtsverhältnissen. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis steht im Widerspruch zur Rechtslage in den europäischen Rechtsordnungen und auch zu grundsätzlichen Postulaten einer freien Privatrechtsordnung. Die umfassende Inanspruchnahme einer Partei für die Meinungsbildung der Gegenseite findet auch in den EG-Richtlinien keine tragfähige Grundlage.¹⁴¹ Diese enthalten zwar eine fast unüberschaubare Anzahl von Einzelpflichten. Sie sind aber im Wesentlichen auf den Verbraucherschutz sowie auf technische Einzelheiten des Vertragsschlusses, des Vertragsinhalts und der Vertragsdurchführung beschränkt.¹⁴² Es ist daher eine zentrale Aufgabe für die Revision des europäischen Privatrechts, die wildwüchsigen Informationspflichten der EG-Richtlinien zu ordnen und einen überzeugenden Kern herauszuarbeiten. Das im DCFR präsentierte Ensemble von Generalklauseln (Art. 3:101 (1); Art. 3:102 (1); Art. 3:103 (1)) läuft auf das Gegenteil hinaus, nämlich auf eine Vertiefung der Unsicherheiten und auf pauschale Ausdehnung. Die Kriterien, die sich im jüngeren juristischen und ökonomischen Diskurs als geeignet zur Konkretisierung von Informationspflichten herausgestellt haben – wie insbesondere die Wesentlichkeit der in Frage stehenden Information, der Vergleich des jeweiligen Informationsbeschaffungsaufwands der Parteien sowie die Schutzwürdigkeit des Informationserwerbs unter Anreizgesichtspunkten¹⁴³ – sind in den Regelungen des DCFR nicht berücksichtigt worden.

Die Pauschalisierungstendenz setzt sich bei der Regelung der Rechtsfolgen von Informationspflichtverletzungen in Art. II.-3:107 fort. In dieser Vorschrift wird ein ganzes Bündel von möglichen Sanktionen aufgelistet, vom Hinausschieben der Widerrufsfrist über den Ersatz des negativen und des positiven Interesses bis hin zur Irrtumsanfechtung. Es fehlt jedoch eine differenzierende Anknüpfung der Rechtsfolgen an bestimmte Formen von Pflichtverletzungen. Dadurch wird der Eindruck erweckt, als kämen die Sanktionen gleichermaßen und wahlweise für alle Informationspflichtverletzungen in Betracht. Die Informationspflichten in den geltenden EG-Richtlinien nehmen jedoch unterschiedliche Funktionen wahr und ihre Verletzung muss daher unterschiedliche Sanktionen auslösen.¹⁴⁴ So sind etwa die Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr (Art. II.-3:105)¹⁴⁵ untrennbarer Weise mit den allgemeinen Regeln des Zustandekommens von Verträgen verbunden. Zahlreiche Informationspflichten betreffen die Transparenz des Vertragsinhalts (Art. II.-3:103 (1))¹⁴⁶ und stehen daher in

engem Zusammenhang mit der Auslegung. Die Pflicht zur Beschreibung des Vertragsgegenstands (Art. II.-3:101 (1), 3:103 (1))¹⁴⁷ hängt wiederum auf das engste mit der Vertragshaftung, insbesondere auch der Mängelhaftung zusammen, wie sie etwa im Kaufrecht vorgesehen ist. Die – durch die Pauschalregelung des DCFR verfehlt – Ordnungsaufgabe einer Reform der Informationspflichten liegt somit darin, die Funktionen der einzelnen „Informationspflichten“ vor dem Hintergrund anderer Regelungskomplexe zu bewerten und differenzierende Anknüpfungen für Rechtsfolgen zu entwickeln.

bb) Widerrufsrechte

Ein weiteres Beispiel für den pauschalisierenden Umgang mit dem *acquis* bilden die Regelungen über das Widerrufsrecht (Art. II.-5:201 ff.). Die absatzspezifischen Widerrufsrechte, die in der Haustürgeschäfte-Richtlinie,¹⁴⁸ der Fernabsatz-Richtlinie¹⁴⁹ und in der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen¹⁵⁰ vorgesehen sind, werden auf ein einheitliches Kriterium zurückgeführt, nämlich auf die Abgabe der Verbrauchererklärung „away from the business premises“ (Art. II.-5:201 (1)).

Dieser Begriff kommt zwar im Titel der Haustürgeschäfte-Richtlinie vor. Die von der Richtlinie erfassten Abschluss-situationen werden jedoch durch Einzelregelungen konkretisiert, die Überrumpelungssituationen beschreiben. Insbesondere ist das Widerrufsrecht nach Art. 1 der Haustürgeschäfte-Richtlinie grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Kontakt auf die Initiative des Verbrauchers zurückgeht (vgl. auch § 312 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 BGB). Der DCFR hingegen gibt durch die rein örtliche Definition des Anwendungsbereichs – Abgabe der Erklärung außerhalb von Geschäftsräumen – den klaren Bezug zur haustürgeschäftlichen Überrumpelungssituation auf.¹⁵¹

Gleichzeitig wird im DCFR die spezifische Anknüpfung der für den Fernabsatz vorgesehenen Widerrufsrechte aufgehoben. Diese besteht im Wesentlichen darin, dass die Vertragsverhandlungen und der Vertragsschluss vollständig unter Einsatz von Fernkommunikationsmitteln vollzogen werden.¹⁵² Die besondere Schutzwürdigkeit des Verbrauchers wird in solchen Fällen darin gesehen, dass seine vorvertragliche Willensbildung aufgrund des Fehlens eines persönlichen Kontakts beeinträchtigt wird, weil dadurch typischerweise die Möglichkeit zur Erkundigung eingeschränkt ist und keine hinreichende Gelegenheit zur Prüfung der vertraglichen Leistung besteht.¹⁵³ Dieser Gesichtspunkt wird durch die örtliche Anknüpfung des Widerrufsrechts („away

circumstances“ (Wegfall der Geschäftsgrundlage) Anschauungsmaterial dafür, dass der Ausnahmecharakter generalklauselartiger Einschränkungen der Privatautonomie besonderer Hervorhebung auf der Regelebene bedürftig und zugänglich ist. Vgl. oben Fn. 78.

141 Demgemäß ist die Ableitung der weiten Informationspflichten aus dem *acquis* in der Kommentierung der *Acquis Principles* höchst vage begründet; vgl. *Acquis Group* (Fn. 41), Art. 2:201 Rn. 4 ff. (insbesondere unter Berufung auf den Mangelbegriff [!] der Verbrauchsgüterkauf-RiL und des CISG sowie auf die Produkthaftungs-RiL; kritisch dazu *N. Jansen/R. Zimmermann* JZ 2007, 1125 f.) und Art. 2:202 Rn. 4 (insbesondere unter Berufung auf die RiL über unlautere Geschäftspraktiken).

142 Vgl. oben Fn. 139.

143 Vgl. zur möglichen Formulierung der Anforderungen nur etwa *H. Kötz*, in: *J. Basedow/K. J. Hopt/R. Zimmermann* (Hrsg.), *Undogmatisches*, 2005, S. 246 ff.; *H. Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 576 ff.

144 Vgl. näher *H. C. Grigoleit* (Fn. 136), 1155 f. und *ders.* WM 2001, 597 ff.

145 RiL 2000/31/EG v. 8. 6. 2000, ABl. EG Nr. L 178 v. 17. 7. 2000, S. 1 – E-Commerce-RiL.

146 RiL 97/7/EG v. 20. 5. 1997, ABl. EG Nr. L 144 v. 4. 6. 1997, S. 19 – Fernabsatz-RiL; RiL 2002/65/EG v. 23. 9. 2002, ABl. EG Nr. L 271, S. 16 – RiL über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen; RiL 90/314/EWG v. 13. 6. 1990, ABl. EG Nr. L 158 v. 23. 6. 1990, S. 59 – Pauschalreise-RiL.

147 RiL 97/7/EG v. 20. 5. 1997, ABl. EG Nr. L 144 v. 4. 6. 1997, S. 19 – Fernabsatz-RiL; RiL 2002/65/EG v. 23. 9. 2002, ABl. EG Nr. L 271, S. 16 – RiL über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen; RiL 90/314/EWG v. 13. 6. 1990, ABl. EG Nr. L 158 v. 23. 6. 1990, S. 59 – Pauschalreise-RiL.

148 RiL 85/577/EWG v. 20. 12. 1985, ABl. EG Nr. L 372 v. 31. 12. 1985, S. 31 – Haustürgeschäfte-RiL.

149 RiL 97/7/EG v. 20. 5. 1997, ABl. EG Nr. L 144 v. 4. 6. 1997, S. 19 – Fernabsatz-RiL.

150 RiL 2002/65/EG v. 23. 9. 2002, ABl. EG Nr. L 271, S. 16 – RiL über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen.

151 Zur näheren Begründung der aus den *Acquis Principles* übernommenen Regelung vgl. *Acquis Group* (Fn. 41), Art. 5:201 Rn. 1 ff. Die Ausnahme für vom Verbraucher initiierte Geschäftskontakte wird mit dem Hinweis auf eine britische Studie abgelehnt, die auch für diese Fälle eine besondere Drucksituation festgestellt hat (a. a. O., Rn. 23).

152 Vgl. Art. 2 der RiL 2002/65/EG v. 23. 9. 2002, ABl. EG Nr. L 271, S. 16 – RiL über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen; Art. 2 der RiL 97/7/EG v. 20. 5. 1997, ABl. EG Nr. L 144 v. 4. 6. 1997, S. 19 – Fernabsatz-RiL.

153 Vgl. etwa *Ch. Wendehorst*, in: *MünchKommBGB*, 5. Aufl. 2007, Vor § 312b Rn. 4.

from the business premises“) nicht erfasst. Sofern etwa ein Unternehmer in seiner Niederlassung Computer für den Vertragsschluss mit seinen Kunden bereithält, liegt die für den Fernabsatz typische „Unpersönlichkeit“ des Vertragsschlusses vor, obwohl der Verbraucher seine Erklärung nicht „away from the business premises“ abgibt. Die Verallgemeinerung der absatzspezifischen Widerrufsrechte löst somit den teleologischen Kern für die Rechtfertigung des Widerrufsrechts auf und ist insofern symptomatisch für die pauschalisierende Tendenz im Umgang mit dem *acquis*. Wenn die Voraussetzungen des Widerrufsrechts weder an eine Überrumpelungssituation noch an die Unpersönlichkeit des Vertragsschlusses anknüpfen, dann fragt es sich einerseits, wie das Widerrufsrecht überhaupt gerechtfertigt werden kann, aber andererseits auch, warum es nicht pauschal für alle Verbrauchergeschäfte gelten sollte. Der Eindruck der Konturlosigkeit wird weiter verstärkt, indem die in den Richtlinien vorgesehenen und zum Teil wenig stichhaltig begründeten Ausnahmeregelungen „dutzendweise“ und fast vollständig übernommen werden (Art. II.-5:201 (2) bis (4)).

Insgesamt entsteht der Eindruck, dass dem DCFR hinsichtlich Funktion, Legitimation und Anwendungsbereich des Widerrufsrechts keine klare Konzeption zugrunde liegt. Dieser Eindruck wird bestätigt, wenn der DCFR – wiederum in genauer Abbildung des *acquis*¹⁵⁴ – ein einziges vertragspezifisches Widerrufsrecht vorsieht, nämlich dasjenige für Teilzeitwohnrechte (Art. II.-5:202). Ruft man sich den Auftrag zur Überarbeitung des *acquis* in Erinnerung, so drängt sich die Frage auf, warum gerade dieser alles andere als paradigmatische Vertragstyp als einziger mit einem Widerrufsrecht versehen sein sollte. Es kommt hinzu, dass die mit dem *Timesharing*-Vertrag verbundenen Nachteile typischerweise erst mit erheblichem Zeitablauf offenbar werden, so dass die Effektivität des Widerrufs bei diesem Vertrag besonders zweifelhaft ist.¹⁵⁵ Es hätte daher nahe gelegen, auf die Sonderregelung zu verzichten oder ein Widerrufsrecht typisierend für besonders „gefährliche“ Verträge vorzusehen, etwa nach Maßgabe der inhaltlichen Komplexität, des finanziellen Volumens oder der Laufzeit.

2. Umgang mit den PECL

a) Bedürfnis nach einer kritischen Prüfung der PECL

Ein ähnliches Defizit zeigt sich bei der Übernahme der PECL, die den Kernbereich des allgemeinen Vertragsrechts im DCFR bilden.¹⁵⁶ Die PECL sind zwar seit nunmehr 13 Jahren (Teil I), acht Jahren (Teil II) bzw. fünf Jahren (Teil III) veröffentlicht.¹⁵⁷ Eine wissenschaftliche und kritische Prüfung der in ihnen gesammelten Modellregelungen ist in dessen erst in Ansätzen geleistet.¹⁵⁸ Auch hier leidet der wissenschaftliche Erkenntnis- und Meinungsbildungsprozess an der noch nicht überwundenen Zersplitterung der Privatrechtsdiskurse.

¹⁵⁴ RiL 94/47/EG v. 26. 10. 1994, ABl. EG Nr. L 280 v. 29. 10. 1994, S. 83 – *Timesharing*-RiL.

¹⁵⁵ Vgl. M. Martinek NJW 1997, 1393, 1397; R. Zimmermann (Fn. 44), S. 216. In diesem Sinne auch *Acquis Group* (Fn. 41), Art. 5:202 Rn. 5.

¹⁵⁶ Vgl. oben I. 3.

¹⁵⁷ Vgl. oben Fn. 6.

¹⁵⁸ Vgl. etwa mit zahlreichen Beiträgen (u.a. auch) zu den PECL J. Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000; A. Hartkamp/M. Hesselink/E. Hondius/C. Jonstra/E. du Perron/M. Veldman (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 2004; H. MacQueen/R. Zimmermann (Fn. 108); *Association Henri Capitant* (Fn. 49). Ferner etwa R. Zimmermann, in: Festschrift Heldrich, 2005, S. 467 ff.; ders., in: Festschrift Kramer, 2004, S. 735 ff.; P. Aumüllerner ZfRV 2007, 208 ff.; Ch. Armbrüster Jura 2007, 321.

Der CFR kann und sollte daher einen Beitrag dazu leisten, die bisherige Diskussion über die PECL aufzunehmen, zu vertiefen und auf dieser Grundlage eine transparente Revision der PECL zu gewährleisten. Dieser Aufgabe wird das vorgelegte Regelwerk nicht gerecht. Zwar sind am ursprünglichen Regelbestand Korrekturen vorgenommen worden, und diese haben teilweise auch zu begrüßenswerten Klärungen und Fortentwicklungen geführt.¹⁵⁹ An einigen anderen Stellen haben die Eingriffe aber auch Unschärfen und Wertungswidersprüche hervorgerufen – wie insbesondere auch die Analyse der Vorschriften zur Abtretung und Stellvertretung gezeigt hat.¹⁶⁰ Weitere angreifbare Regelungen, wie etwa die erwähnten Beschränkungen der Privatautonomie, sind unverändert übernommen worden. Insgesamt entsteht der Eindruck, als fehle den Korrekturen an den PECL eine klare Linie, ja als habe eine systematische und wissenschaftlich reflektierte Revision der PECL nicht stattgefunden. Neben dem massiven Zeitdruck, unter dem die Konzeption des DCFR stand, mag sich hier auch die (Teil-)Kontinuität zwischen der *Commission on European Contract Law* und der *Study Group*¹⁶¹ ausgewirkt haben.

b) Recht der Willensmängel als Beispiel

Die Notwendigkeit einer kritischen Revision der PECL lässt sich anhand offenkundiger Einwände gegen Regelungen darlegen, die aus den PECL in den DCFR übertragen worden sind. Exemplarisch seien hier nur Defizite des Regelungskomplexes „Willensmängel“ skizziert, die sich im DCFR und in den PECL weitgehend decken.¹⁶²

So liegt der Regelung des Art. 4:103 PECL die durchaus überzeugende Erwägung zugrunde, dass allein solche Irrtümer die Anfechtung begründen, die der Erklärungsgegner zu verantworten oder zumindest mitzuverantworten hat. Die Verantwortung des Erklärungsgegners wird jedoch durch eine weder trennscharfe noch wertungsmäßig überzeugende Auflistung verschiedener Verantwortungsbeiträge definiert: In Art. 4:103 (1) PECL wird kumulativ sowohl auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Erklärungsgegners als auch auf die Verursachung des Irrtums durch diesen bzw. darauf abgestellt, dass er demselben Irrtum unterlegen ist. Der zentrale – und den aktuellen Diskurs über die vorvertragliche Informationsverantwortlichkeit prägende – Gesichtspunkt der (Informations-)„Pflichtverletzung“ fehlt demgegenüber in der Irrtumsregelung der PECL gänzlich.

In Art. II.-7:201 DCFR wird dieses unstimmmige Verantwortlichkeitskonzept der PECL im Kern fortgeschrieben. Hinzugefügt wird zwar als alternativer Verantwortlichkeitsgrund die Verletzung einer vorvertraglichen Informationspflicht oder der Pflicht, die Korrektur von Eingabefehlern zu ermöglichen; damit sind wohl die aus dem *acquis* abgeleiteten, soeben skizzierten Informationspflichten gemeint (Art. II.-3: 101 ff. DCFR). Die Konfusion wird dadurch jedoch noch vergrößert, denn es bleibt unklar, welche Rolle diese Informationspflichten neben den vielfältigen, aus den PECL übernommenen Verantwortlichkeitselementen spielen

¹⁵⁹ Vgl. etwa Art. II.-9:301 ff. DCFR gegenüber Art. 6:110 PECL (*stipulatio alteri*) oder Systemwandel in Art. III.-3:511 ff. DCFR gegenüber Art. 9:305 ff. PECL (Rückabwicklung nach Rücktritt vom Vertrag).

¹⁶⁰ Vgl. oben IV.

¹⁶¹ Vgl. oben I. 3. mit Fn. 29.

¹⁶² Kritisch, aber mit anderer Schwerpunktsetzung auch W. Ernst, in: R. Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 1, 27 ff.; J.D. Harke ZEuP 14 (2006), 326 ff. Näher zum Folgenden H.C. Grigoleit, in: R. Schulze/M. Ebers/H.C. Grigoleit, Informationspflichten und Vertragsschluss im *Acquis communautaire*, 2003, S. 201, 207 ff.

sollen. In Art. II.-7:201 DCFR trifft also die unkritische Tendenz gegenüber den PECL mit der pauschalisierenden Erweiterung des *acquis* in bemerkenswerter Weise zusammen.

Ein weiterer Mangel in der Definition relevanter Irrtümer liegt darin, dass die elementare Unterscheidung zwischen positiver Falschinformation und unterlassener Aufklärung im Dunkeln bleibt.¹⁶³ Erst bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung wird diese Unterscheidung deutlich vorgenommen, wobei auch Kriterien für das Eingreifen einer Aufklärungspflicht genannt werden (Art. II.-7:205 DCFR/Art. 4:107 PECL). Es ist unstimmtig, wenn einerseits die Relevanz des Irrtums von der Verantwortlichkeit des Erklärungsgegners abhängig gemacht, andererseits aber der Eindruck erweckt wird, dass sich das Problem der Aufklärungspflicht allein bei der arglistigen Täuschung stellt.¹⁶⁴ Verunglückt ist ferner etwa auch die ausdrückliche Gleichstellung der Inhaltsirrtümer mit den relevanten Motivirrtümern (Art. II.-7:202 DCFR/Art. 4:104 PECL): Da auch für die Inhaltsirrtümer der Grundsatz gelten soll, dass nur solche Irrtümer relevant sind, die für die Gegenseite erkennbar bzw. von dieser zu verantworten sind (Art. II.-7:201 DCFR/Art. 4:103 PECL), stellt sich die Frage der Anfechtung nicht, weil sich dann der Inhaltsirrtum stets im Wege der Auslegung auflöst („objektiver Empfängerhorizont“, Art. II.-8:103 DCFR).¹⁶⁵

Schließlich weist auch die Regelung, wonach als Alternative zur Anfechtung eine Anpassung des Vertrags verlangt werden kann, offenkundige Schwächen auf (Art. II.-7:203 DCFR/Art. 4:105 PECL). Diese Vorschrift orientiert den Inhalt der Vertragsanpassung daran, wie die irrende Partei den Inhalt des Vertrags verstanden hat („... as the party understood it.“). Der Maßstab kann jedoch allein bei den – praktisch weitgehend irrelevanten – Inhaltsirrtümern realisiert werden. Für die zentralen Fälle des (vom Erklärungsgegnern zu verantwortenden) Motivirrtums passt die Regelung nicht. Sie steht überdies in einem auffälligen inhaltlichen Spannungsverhältnis zur Vertragsanpassung wegen Störungen der Geschäftsgrundlage (Art. III.-1:110 DCFR/Art. 6:111 PECL). Die Verwandtschaft dieser Problemkreise ist bereits in den PECL übersehen und auch im DCFR nicht berücksichtigt worden.

VI. Formalismus und Begriffsbildung

1. Unstimmige Definitionen

Schon bei der ersten Lektüre des DCFR fällt das Bemühen um lehrbuchartige Erläuterung und Definition von Begriffen auf. Das kann bei einem Regelwerk, das in vielen verschiedenen Rechtsordnungen und vor dem Hintergrund unterschiedlicher Rechtstraditionen angewendet werden soll, sinnvoll sein, auch wenn es natürlich zu einem Verlust an Flexibilität führt. Definiert werden sollte jedoch nur dort, wo die Rechtssicherheit nach einer Definition verlangt; um ihrer selbst willen darf Begriffsbildung nicht betrieben werden. Diese Beschränkung hält der DCFR nicht immer ein. So ergeben sich die Voraussetzungen der „Benevolent intervention in another's affairs“ aus den Vorschriften im Fünften Buch; die Definition im Anhang mit ihrem Verweis auf die

negotiorum gestio ist eine dogmatische Erläuterung, die in einem Regelwerk fehl am Platz ist; dasselbe gilt für „Unjust enrichment“. Überflüssig erscheinen auch Definitionen von Wörtern wie „liable“ oder „must“. Es irritiert, wie der DCFR auf der Ebene der Definitionen Präzision anstrebt, während er die Entscheidung der zentralen Sachfragen durch den exzessiven Gebrauch von Wörtern wie „reasonable“ dem individuellen Gerechtigkeitsempfinden des einzelnen Richters überantwortet.¹⁶⁶

Wie auch immer: Wenn man definiert, dann müssen diese Definitionen jedenfalls in sich stimmig sein und die Rechtssicherheit fördern. Auch insofern weist der DCFR gravierende handwerkliche Defizite auf. Dabei handelt es sich nicht um bloße Schönheitsfehler, sondern diese Mängel beeinträchtigen die Rechtssicherheit, und zwar häufig mehr, als es der Verzicht auf eine Definition täte.

So hebt Art. I.-1:103 die Bedeutung der Definitionen hervor und verweist auf den Katalog in Anhang I, stellt jedoch (wie schon Art. 1:301 PECL) mit einem „unless the context otherwise requires“ die Relevanz dieser Definitionen gleichzeitig in Frage. Was hilft eine Definition, die – je nach Kontext – einmal gilt und einmal nicht? *David Mellinkoff* hat zu einem entsprechenden Vorbehalt in § 1–201 des U.S.-amerikanischen *Uniform Commercial Code* ebenso treffend wie bissig angemerkt: „The draftsman is ... warning us that while we are to remember his definitions, he may forget them.“¹⁶⁷ Vergessen haben die Verfasser ihre Definition etwa in Art. II.-9:403 (3), nach dem diejenige Partei, die einen „standard term“ einbringt, die Beweislast dafür trägt, dass dieser individuell ausgehandelt wurde; denn nach dem Anhang ist ein „standard term“ *per definitionem* nicht individuell ausgehandelt. Doch wie steht es in Art. II.-9:411, nach dem in Verbraucherverträgen bestimmte Klauseln als „unfair“ und damit nicht bindend „presumed“ werden: Hatten die Verfasser hier ihre Definition von „presumption“ als *widerlegbare* Vermutung vergessen oder nicht? Ein Vergleich mit Art. II.-9:410 legt nahe, dass das Wort bewusst gewählt wurde und der Katalog von Art. II.-9:411 nicht ausnahmslos gelten sollte. Dennoch bleiben Zweifel, die hoffentlich von den „Comments“ ausgeräumt werden.

Nach welchen Kriterien der Definitionenkatalog im Anhang zusammengestellt ist, wird nicht klar. Teilweise handelt es sich um eine bloße Wiederholung von Definitionen, die schon in den Modellregeln enthalten sind (z. B. „assignment“ in Art. III.-5:102 (1), „authorisation“ in Art. II.-6:102 (3)), teilweise haben die Definitionen eigenständige Bedeutung (z. B. „assets“, „avoidance“), teilweise werden Definitionen aus den Modellregeln nicht im Anhang wiederholt (z. B. „act of assignment“ in Art. III.-5:102 (2), „reciprocal“ in Art. III.-1:101 (4)). Der Standort einer Definition kann dabei durchaus Auslegungsprobleme aufwerfen. So spricht Art. II.-4:104 (1) von einer „individually negotiated clause“. Was „individually negotiated“ bedeutet, steht nicht im Definitionenkatalog, aber Art. II.-9:403 definiert „not individually negotiated“. Kann diese Definition nun für die Auslegung von Art. II.-4:104 (1) herangezogen werden, obwohl Art. I.-1:103 nur die Definitionen im Anhang für allgemeingültig erklärt? Im Übrigen wäre es hilfreich, wenn im Text immer dann, wenn ein im Anhang definierter Begriff verwendet wird, auf den Anhang hingewiesen würde.

Manche Definitionen sind deshalb wenig nützlich, weil sie Begriffe verwenden, die ihrerseits nicht definiert werden.

¹⁶³ G. Wagner, in: R. Zimmermann (Fn. 162), S. 84 ff.

¹⁶⁴ Vgl. auch die zutreffende Feststellung von W. Ernst (Fn. 162), S. 30 f., wonach die Irrtumsvorschrift die Regelung über die Täuschung „absorbiert“ und für einen eigenständigen Täuschungstatbestand danach „kein Raum“ sei.

¹⁶⁵ Zutreffend J. D. Harke ZEuP 14 (2006), 326, 327 f.

¹⁶⁶ Siehe dazu oben II. 4.

¹⁶⁷ D. Mellinkoff *Yale Law Journal* 77 (1967), 185, 190.

So wird „damage“ im Anhang als „any type of detrimental effect“ definiert: „It includes loss and injury.“ Fragen wirf zunächst das auch sonst häufig verwendete¹⁶⁸ Wort „includes“ auf. Ist das nun abschließend gemeint oder nicht, gibt es also neben „loss“ und „injury“ noch weitere Arten von „damage“? „Loss includes economic and non-economic loss“, heißt es. Doch was bleibt dann für „injury“?¹⁶⁹ Der Begriff selbst ist nicht definiert, sondern nur „injured person“, und zwar als „person who has suffered damage“, ohne dass es sich dabei – „unless the context so requires“ – um „personal injury“ handeln muss. Berücksichtigt man Art. I.-1:103 (2), nach dem im Falle der Definition eines Worts andere grammatikalische Formen eine entsprechende Bedeutung haben, ist also „injury“ dasselbe wie „damage“, wobei „damage“ aber *außerdem* noch „loss“ einschließt. Spätestens hier fühlt man sich wie beim Monopoly: „Gehe zurück auf Los!“

Die Verfasser scheinen bei Definitionen im Zweifel lieber mehrere ähnliche Begriffe nacheinander aufzuzählen als das Risiko einzugehen, etwas auszuschließen, was vielleicht doch erfasst werden sollte. Diese Strategie entwertet die Determinationskraft der Definition und kann umgekehrt dazu führen, dass Dinge erfasst werden, die nicht erfasst werden sollten. So wird „juridical act“ im Anhang und in Art. II.-1:101 (2) definiert als „any statement or agreement or declaration of intention, whether express or implied from conduct, which has or is intended to have legal effect as such“. „Statement“, „agreement“ und „declaration of intention“ werden nicht definiert. Vor allem der Begriff des „statement“ ist so weit, dass sich jede Äußerung darunter subsumieren lässt, und auch der Relativsatz bringt nicht die wünschenswerte Einschränkung, da kein auf eine Rechtsfolge gerichteter Wille verlangt wird, sondern es genügt, wenn die Erklärung tatsächlich Rechtsfolgen nach sich zieht. Beispielsweise sind rechtswidrige Werbeaussagen und Beleidigungen „juridical acts“, weil sie wettbewerbsrechtliche oder strafrechtliche Folgen nach sich ziehen. Im Gegensatz zur Definition verlangen Art. II.-4:101 für „contracts“ und Art. II.-4:301 für „unilateral juridical acts“ Rechtsbindungswillen. Wieso die Definition dann auch „statements, which have legal effect as such“ umfasst, bleibt im Unklaren.

Art. II.-1:103 (2) statuiert: „A valid unilateral promise or undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance.“ Hier ist unklar, was der Unterschied zwischen „promise“ und „undertaking“ sein soll, die beide nicht definiert werden.¹⁷⁰ Art. II.-1:106 (1), nach dem „notice“ die Mitteilung eines „promise“ (aber nicht eines „undertaking“) einschließt, könnte darauf hindeuten, dass ein „promise“ ausdrücklich und ein „undertaking“ konkludent erfolgt. Dann aber stellt sich die Frage, warum z. B. in Art. II.-4:104 (1),¹⁷¹ Art. IV.A.-6:101¹⁷² und IV.G.-2:101 (1)¹⁷³ nur die „undertakings“, nicht aber die „promises“ genannt sind.

¹⁶⁸ Z. B. Art. I.-1:106 (1), II.-1:106 (1), II.-3:104 (2).

¹⁶⁹ Siehe auch oben III. 2. b) bb).

¹⁷⁰ Dasselbe Problem stellt sich in Art. IV.G.-1:104 (2).

¹⁷¹ „If a contract document contains an individually negotiated clause stating that the document embodies all the terms of the contract (a merger clause), any prior statements, undertakings or agreements which are not embodied in the document do not form part of the contract.“

¹⁷² „A consumer goods guarantee means any undertaking of a type mentioned in the following paragraph given to a consumer in connection with a consumer contract for the sale of goods ...“ Auch in Art. IV.A.-6:102 (1) ist nur vom „unilateral undertaking“ die Rede.

¹⁷³ „Any undertaking to pay, to render any other performance or to pay damages to the creditor by way of security is presumed to give rise to a dependent personal security, unless the creditor shows that it was agreed otherwise.“

Massive sachliche Probleme werfen die Definitionen von „business“ und „consumer“ auf, die (nur) im Anhang enthalten sind: „Business‘ means any natural or legal person ... who is acting for purposes relating to the person’s self-employed trade, work or profession...“ und „A ‚consumer‘ means any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession.“¹⁷⁴ Diese beiden Definitionen stehen einander nicht spiegelbildlich gegenüber, wie es etwa diejenigen in den EG-Verbraucherschutzrichtlinien¹⁷⁵ und in §§ 13, 14 BGB tun. Ein erster Unterschied liegt darin, dass nur bei der Verbraucherdefinition verlangt wird, dass die Person „primarily“ für private Zwecke handelt, während es beim Unternehmer genügt, dass der verfolgte Zweck in Zusammenhang mit der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit steht. Kauft etwa ein Rechtsanwalt einen Computer, den er in erster Linie zum Computerspielen verwenden will, auf dem er aber gelegentlich auch Schriftsätze zu verfassen beabsichtigt, so scheint er gleichzeitig als Verbraucher und Unternehmer zu handeln, weil er primär private, daneben aber auch berufliche Zwecke verfolgt. Umgekehrt scheint ein Studienrat, der für seine Unterrichtsvorbereitung einen Computer kauft, weder Verbraucher noch Unternehmer zu sein, da er für berufliche Zwecke handelt (und deshalb kein Verbraucher ist), aber nicht für *selbständige* berufliche Zwecke, weswegen er kein Unternehmer ist. Der DCFR schließt sich formulierungsmäßig insoweit mit der Unternehmerdefinition an die Regelungen des BGB an, nach denen es auf die Selbständigkeit ankommt, und mit der Verbraucherdefinition an die Regelungen der EG-Verbraucherschutzrichtlinien, in denen die Selbständigkeit jeweils nicht genannt ist. Allerdings wird verbreitet befürwortet, dass es auch nach den Richtlinien auf die Selbständigkeit ankommt.¹⁷⁶ Im DCFR versperrt die gegensätzliche Formulierung in den beiden Definitionen eine solche Auslegung. Dennoch bestehen erhebliche Zweifel, ob die Verfasser wirklich davon abrücken wollten, dass jemand auf jeden Fall Verbraucher oder Unter-

¹⁷⁴ Die Verbraucherdefinition unterstellt (wie auch diejenigen in den EG-Verbraucherschutzrichtlinien und in § 13 BGB), dass die betreffende Person ein Gewerbe oder Unternehmen hat oder einen Beruf ausübt, beim Abschluss des betreffenden Geschäfts aber für anderweitige Zwecke handelt. Das ist natürlich nicht gemeint, Verbraucher ist selbstverständlich auch der Student oder Rentner. Richtig müsste es daher heißen: „who is acting primarily for purposes which are not related to a trade, business or profession“. Siehe schon W. Flume ZIP 2000, 1427 f.

¹⁷⁵ Z. B. Art. 1 (2)(a) und (c) der RiL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchergüterkaufs und der Garantien für Verbrauchergüter, ABl. EG Nr. L 171 v. 7. 7. 1999, S. 12 ff.: „For the purposes of this Directive: (a) consumer: shall mean any natural person who, in the contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are not related to his trade, business or profession; (c) seller: shall mean any natural or legal person who, under a contract, sells consumer goods in the course of his trade, business or profession“. Ähnlich Art. 2 der RiL 85/577/EWG des Rates v. 20. 12. 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG Nr. L 372 v. 31. 12. 1985, S. 31 ff.; Art. 1 (2)(a) und (b) der RiL 87/102/EWG des Rates v. 22. 12. 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. EG Nr. L 42 vom 12. 2. 1987, S. 48 ff. (leichte Unterschiede allerdings in der englischen Fassung, wo nur in Bezug auf den Kreditgeber neben „trade“ und „profession“ das „business“ genannt ist); Art. 2 (b) und (c) der RiL 93/13/EWG des Rates v. 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG Nr. L 95 v. 21. 4. 1993, S. 29 ff.; Art. 2 Abs. 2 und 3 der RiL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG Nr. L 144 v. 4. 6. 1997, S. 19 ff.

¹⁷⁶ So T. Pfeiffer, in: AnwKomm-BGB, 2005, Art. 1 Kauf-RiL Rn. 24; L. Serrano, in: S. Grundmann/F. Bianca, EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002, Art. 1 Rn. 58; H.-W. Micklitz, in: MünchKommBGB, 5. Aufl. 2006, § 14 Rn. 32.

nehmer, aber keinesfalls beides gleichzeitig ist. Wahrscheinlicher ist, dass es sich um einen Formulierungsfehler handelt.

2. Redundanz

Die Lektüre des DCFR ist ermüdend, weil er viel Überflüssiges und zahlreiche Wiederholungen enthält. So skizziert etwa Art. IV.C-1:201 wie am Anfang eines Lehrbuchkapitels den Aufbau der folgenden Artikel, der sich ohnehin aus den Kapitelüberschriften ergibt. Art. IV.A.-3:201 verweist hinsichtlich der Zahlung des Kaufpreises überflüssigerweise auf die allgemeinen Vorschriften über Leistungsort und -zeit. Gleichermaßen überflüssig ist Art. II.-3:106 (2), nach dem es vorrangige Spezialregelungen über die Form geben kann, in der Informationen zur Verfügung gestellt werden müssen. Art. IV.A.-1:301, IV.C.-1:202, IV.E.-1:202 und IV.G.-1:103 stellen – allerdings unter verschiedenen Überschriften („Rules not mandatory unless otherwise stated“, „Derogation“, „Freedom of contract“) – ausdrücklich fest, dass die Regeln in den betreffenden Teilen des Vierten Buchs dispositiv sind, soweit nichts Gegenteiliges angeordnet ist. Genau das steht aber schon im Allgemeinen Teil des Vertragsrechts, nämlich in Art. II.-1:102 (2). Die Redundanz ist hier kein bloßer Schönheitsfehler, denn sie verleitet zu einem Gegenschluss: Wenn in Bezug auf Kauf- und Dienstleistungsverträge, Handelsvertreter-, Franchise-, Vertriebsverträge und Personalsicherheiten die Abdingbarkeit trotz der allgemeinen Regel im Zweiten Buch noch einmal festgestellt wird, sind dann die Regeln über Mietverträge (IV.B.) und „Mandate“ (IV.D.) prinzipiell zwingend? Dieser Schluss scheint naheliegend, würde aber dazu führen, dass die zahlreichen Einzelanordnungen, nach denen Regeln in diesen Teilen zwingend sein sollen (z. B. Art. IV.B.-2:103 (5), IV.B.-4:102, IV.B.-6:102, IV.D.-1:104 (3), IV.D.-6:102 (3)), überflüssig sind. Sind nun die Anordnungen in den Teilen A, C, E und G überflüssig und diejenigen in den Teilen B und D konstitutiv oder ist es umgekehrt? Wohl ersteres, aber bei sauberer Formulierung hätte sich die Frage gar nicht gestellt.

3. Fehlende Relativierungen

Wie schon ausgeführt,¹⁷⁷ ist der DCFR trotz seines Wortreichtums an den entscheidenden Stellen häufig unbestimmt, indem er mit Ausdrücken wie „reasonable“ seine Regelungen relativiert. Umgekehrt fehlen aber an etlichen Stellen Relativierungen, wo man sie erwarten würde. So sind nach Art. III.-4:104, III.-4:204 und III.-4:206 (1) Teilschuldner sowie Teil- und Gesamtgläubiger jeweils zu gleichen Teilen berechtigt und verpflichtet. Damit wird wohl nicht gemeint sein, dass eine andere Aufteilung ausgeschlossen ist. Nach der Grundregel des Art. II.-1:102 (2) ist eine anderweitige vertragliche Vereinbarung zwischen den betreffenden Schuldner oder Gläubigern ohnehin möglich. Doch bestehen keineswegs in allen Fällen der Schuldner- und Gläubigermehrheit vertragliche Beziehungen zwischen den Parteien. Angesichts der Tatsache, dass andere Regeln im selben Kapitel mit „The default rule is ...“ eingeleitet werden (Art. III.-4:103 (2), III.-4:203 (2)), und vor allem angesichts von Art. III.-4:106 (2), wo bei Gesamtschuldner die Möglichkeit einer anderen Aufteilung vorgesehen ist, wäre auch hier eine Klarstellung angebracht gewesen, um Missverständnisse zu vermeiden.

VII. Bilanz und Ausblick

Es ist eine immense Leistung der beteiligten Wissenschaftlergruppen, in kurzer Zeit ein derart umfassendes Regelwerk konzipiert zu haben. Dennoch muss das Urteil über den vorgelegten Entwurf kritisch ausfallen.¹⁷⁸ Der Text leidet unter einer ganzen Reihe von schwerwiegenden Defiziten. Dazu gehören die vielen Wertungswidersprüche sowie die im Einzelnen nicht abgestimmten oder sogar inkonsistenten Regelungen. Besonders bedenklich ist aber, dass der Entwurf einem massiven Abbau der Privatautonomie den Weg ebnet und dabei über die bisherigen Tendenzen zur „Materialisierung“ des Privatrechts weit hinausgeht: Treu und Glauben und die Verkehrssitte sollen nicht mehr nur ein Maßstab für die Auslegung und Lückenfüllung und Ergänzung von Verträgen sein; vielmehr steht der Vertragsinhalt offenbar von vornherein unter dem pauschalen Vorbehalt von Treu und Glauben sowie von Verkehrsbräuchen. Zudem ist das Vertragsrecht über weite Strecken nicht mehr dispositiv, sondern es tritt als regulatorisches *ius cogens* auf. Die Verantwortung für den Vertragsinhalt geht damit in weiten Teilen von den Parteien auf das Recht und seine Richter über. Das ist umso bedenklicher, als dem Text sowohl auf der Prinzipien- als auch auf der Regelebene klare Wertungsgrundlagen fehlen. Angesichts des Warenhauskatalogs verschiedenartiger Wertungen bedeutet die Fülle von Generalklauseln und offenen Rechtsbegriffen eine massive Ausweitung ungesteuerter Richtermacht. Das zeigt sich nicht nur im Vertragsrecht – hier kommt es über weite Strecken vor allem darauf an, was der Richter für „reasonable“ hält –, sondern in auffälliger Weise auch im Haftungsrecht, das einen schrankenlosen Haftungsgrund mit einer unbegrenzten Schadensdefinition verknüpft und diese konturlosen Anspruchsvoraussetzungen durch eine in das Ermessen des Richters gestellte Reduktionsklausel „abmildert“. Der Entwurf bietet deshalb keine geeignete Grundlage für ein (optionales) Gesetzeswerk: Erforderlich wären dazu vielmehr zunächst eine Diskussion der normativen Grundlagen des Referenzrahmens, die offenbar auch unter führenden Mitgliedern der Gruppen streitig geblieben sind,¹⁷⁹ eine plausible Integration von Gemeinschaftsprivatrecht und *acquis commun* und schließlich auch eine ganz andere Normtechnik, die zu klaren Aussagen gelangt und die einschlägigen Rechtsfragen nicht bloß in das Vernünftigkeitjudiz potentieller Rechtsanwender stellt.

Von erheblicher Bedeutung ist angesichts dieses Befunds die Frage, welchen akademischen Stellenwert die Juristen Europas dem DCFR zuschreiben sollten. In weiten Bereichen weist der DCFR schwerwiegende strukturelle Defizite auf. Wichtige Grundfragen konnten nicht diskutiert werden; insbesondere hat keine Revision des Verbraucher-*acquis* stattgefunden. Die blockweise, gedanklich nicht abgestimmte Integration des Verbraucher-*acquis* in den Gesamttext ist missglückt. Hier bieten die *Acquis Principles* auch weiterhin einen unmittelbaren Referenztext. Und wo der Entwurf von den PECL der *Lando*-Kommission abweicht, ist das nicht stets ein Fortschritt. Auch die PECL müssen deshalb ihre Bedeutung als eigenständiges *restatement* des europäischen Vertragsrechts behalten. Ähnliches gilt für die übrigen, neuen Teile des DCFR: So erscheint das Kaufrecht im Vergleich mit dem CISG und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie konser-

¹⁷⁸ In der Tendenz ebenso W. Ernst demnächst in AcP 208 (2008).

¹⁷⁹ Einen Mangel „sozialen Öls“ beklagen O. Lando ERCL 2007, 245, 251 ff.; H. Beale ERCL 2007, 257, 265 ff.; außerhalb der Gruppen sehen manche zu viel soziales Öl; vgl. G. Wagner ZEuP 15 (2007), 180.

vativ, während andere Bereiche, wie die *service contracts* und die gesetzlichen Schuldverhältnisse, ausgesprochen innovativ formuliert sind und jeweils für sich eine gesonderte Überprüfung verdienen.¹⁸⁰ Die weitere Entwicklung wird deshalb von einem Nebeneinander unterschiedlicher, konkurrierender Texte geprägt sein: Neben dem akademischen Entwurf eines CFR stehen weiterhin die PECL sowie die einzelnen Texte, die jetzt als Einzelbände der *Acquis Group* und der *Study Group* in Buchform erscheinen und im DCFR deutlich als selbständige Textmassen erkennbar geblieben sind.¹⁸¹ Wie weit diese Texte als autoritative Referenztexte *imperio rationis* gelten dürfen, werden die Diskussionen der nächsten Jahre und der Wettbewerb um die besten Argumente und Lösungen erweisen; erst aufgrund derartiger Debatten wird sich dann verantwortungsvoll entscheiden lassen, wie weit einzelne Regeln in einen politischen Referenzrahmen aufgenommen werden und damit *ratione imperii* gelten sollten. Solche Diskussionen benötigen ihre Zeit – auch das macht der DCFR anschaulich: Für einen politisch legitimierten Text ist die Zeit noch lange nicht reif.

¹⁸⁰ Zu den *service contracts* Ch. Wendehorst AcP 206 (2006), 205, 290 ff.; E. Cashin *Ritaine* ERA-Forum 8 (2008), 563 ff.; zur „Benevolent Intervention in Another's Affairs“ (*negotiorum gestio*) H. Sprau ERA-Forum 7 (2006), 220 f.; N. Jansen ZEuP 15 (2007), 958 ff.; L. Rademacher Jura 2008, 87 ff.

¹⁸¹ Oben I. 3.

Die akademische Diskussion um die Strukturen, Wertungen und Regeln des europäischen Privatrechts wird mit dem Entwurf daher keinen Abschluss finden, sondern weitergehen müssen. Damit stellt sich zugleich auch die Frage nach einem angemessenen Verfahren und einer institutionellen Verfestigung derartiger Diskussionen. Denn ohne ein auch institutionell geordnetes Verfahren wird sich ein kohärenter Referenztext, der mittel- bzw. langfristig die Grundlage auch für ein (optionales) Zivilgesetzbuch bilden könnte, nicht formulieren lassen. Angesichts der unvermeidbaren Verquickung von Wissenschaft und Politik in einem solchen Prozess, die sich ja bereits bei den Diskussionen um den jetzt vorgelegten Text deutlich gezeigt hat, gilt es dazu zunächst und vor allem, eine gleichermaßen akademisch und politisch legitimierte Institution zu etablieren, der die Verantwortung für einen solchen Diskussionsprozess übertragen werden könnte. Wegweisend dafür ist wahrscheinlich der in jüngerer Zeit wieder von Wolfgang Ernst vorgetragene Vorschlag der Einrichtung eines *European Law Institute* nach dem Modell des *American Law Institute*,¹⁸² das die Diskussion um den DCFR bündeln und anleiten könnte. Eine breite Diskussion des DCFR unter den Juristen aller Mitgliedstaaten hat der Entwurf verdient, aber auch nötig.

¹⁸² Vgl. W.F. Ebke, in: Festschrift Großfeld, 1999, S. 189 ff.; Ch. Schmid JZ 2001, 674, 680 ff.; W. Ernst demnächst in AcP 208 (2008), sub VIII m. w. N.

Professor Dr. Kyrill-A. Schwarz, Göttingen*

Real Estate Investment Trusts – ausgewählte Rechtsfragen einer neuen Anlageform –

REIT-Aktiengesellschaften weisen im internationalen Vergleich eine recht lange Tradition auf. Nachdem dieses Anlageinstrument in den USA bereits in den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts entwickelt wurde, ist Deutschland das letzte Land aus der Gruppe der G-8-Industrienationen, das die Steuerprivilegierung der Immobilienanlage normativ ausgestaltet hat, wobei sich diverse offene Fragen und Probleme – auch und gerade gemeinschaftsrechtlicher Natur – aus der im Einzelfall gewählten Konstruktion ergeben.

I. Einleitung

„Der Mensch ist ein merkwürdiges Wesen. Er arbeitet immer härter für das Privileg, immer höhere Steuern zu zahlen.“ – Soweit der ungarische Schriftsteller György Mikes. Indes wächst mit steigender Steuerlast auch die Phantasie bei der Entwicklung von Steuersparmodellen, wobei zumindest für die vom Staat „angebotenen“ Konzepte unter dem Gebot der Haushaltskonsolidierung das Ziel der Einnahmemaximierung – und nicht etwa das der Steuervermeidung – ein wesentliches Motiv sein dürfte. So rechnet der Gesetzgeber¹

denn auch mit Mehreinnahmen in Höhe von 235 Millionen € für Bund und Länder im Jahr 2007 durch die Bereitstellung einer neuen Anlageform mit der Bezeichnung Immobilien-Aktiengesellschaft mit börsennotierten Anteilen. Diese firmieren im anglo-amerikanischen Rechtsraum unter der Bezeichnung „Real Estate Investment Trust“ (abgekürzt REIT), was dem Gesetz den Namen REIT-Gesetz² einbrachte.

Ausgehend von der Erwägung, dass auf der einen Seite Immobilien als Kapitalanlageobjekte auch unter dem Aspekt einer Besteuerung von Interesse sind, dass aber zugleich auf der anderen Seite der Zugriff des Fiskus zu nicht unerheblichen Belastungen potentieller Investoren führt, hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, die herkömmlichen, aber nur als bedingt attraktiv empfundenen Anlageformen – offene und geschlossene Immobilienfonds sowie Immobilienaktiengesellschaften – zu erweitern. Mit der gesetzlichen Einführung eines neuen Instruments zur indirekten Immobilienanlage soll zugleich auch eine Stärkung des Wirtschaftsstandorts Deutschland, eine Professionalisierung der Immobilien-

* Der Verfasser ist apl. Professor an der Universität Göttingen.

¹ Vgl. dazu den Entwurf eines Gesetzes zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen vom 12. 1. 2007, BT-Dr. 16/4026, S. 2.

² Ausführlich zum REIT-Gesetz im Schrifttum Bron BB-Spezial 7/2007, 2 ff.; Ebner NWB 23/2007, 14 535 ff., S. 14 547 ff.; Franck MittbayNot 2007, 173 ff.; v. Kann/Just/Krämer DStR 2007, 787 ff.; Kraft/Bron IStR 2007, 377 ff.; Schacht/Günsler DStR 2006, 1518 ff.; Spoerr/Hollands/Jacob DStR 2007, 49 ff. sowie die Dokumentation des Instituts der deutschen Wirtschaft Köln (Hrsg.), Chance für den Standort Deutschland: Der deutsche Real Estate Investment Trust (REIT), 2007.