

# Europäisches Vertragsrecht: Falsche Fronten und neue Perspektiven

*Dr. Graf-Peter Calliess, Frankfurt am Main*

[Kommentar zu m Referat von Aurelia Colombi Ciacchi zum Thema „Der Aktionsplan der Europäischen Kommission für ein kohärenteres Vertragsrecht: Wo bleibt die Rückbindung an die Europäische Verfassung?“ auf der 15. Tagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler im September 2004 in Göttingen, erscheint in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2004]

*Aurelia Colombi Ciacchi* weist in ihrem Beitrag auf fundamentale Probleme und Verwerfungen im Prozess der europäischen Privatrechtsvereinheitlichung hin. Als mitlaufende Hintergrundreferenz zum Beitrag von *Ciacchi* lese ich das Manifest der „Study Group on Social Justice in European Private Law“ über ein soziales Schuldvertragsrecht für Europa.<sup>1</sup> Hier wie dort kommt die Besorgnis zum Ausdruck, dass die Europäische Kommission mit ihrem Aktionsplan<sup>2</sup> einen technokratischen Ansatz der Privatrechtsvereinheitlichung verfolgt, welcher die soziale Dimension des Privatrechts ausblendet und im Ergebnis auf eine Reformalisierung des Vertragsrechts hinausläuft. Die Kritik am Aktionsplan bewegt sich damit paradigmatisch zwischen den Kategorien des „bürgerlichen Formalrechts“ und des „materialen Sozialrechts“, was schlagwortartig in der Verwendung der folgenden Gegensatzpaare zum Ausdruck kommt: Begriffsjurisprudenz vs. Interessenjurisprudenz; „reines“ vs. politisches Privatrecht; neopandektistische Kodifikation durch Experten vs. demokratische Diskussion über kulturelle Wertentscheidungen; wirtschaftliche Interessen vs. nicht-wirtschaftliche Interessen; Industrie vs. Verbraucher; Mächtige vs. Schwache; Vertragsfreiheit vs. zwingendes Recht; Binnenmarktfunktionalismus vs. Grundrechte; etc.

Damit werden zwar für das moderne Vertragsrecht entscheidende Fragen aufgeworfen, aber die Debatte wird, so meine These, in „falschen Fronten“ geführt, was

---

<sup>1</sup> “Social Justice in European Contract Law: A Manifesto”, *European Law Journal*, Vol. 10 No. 6 (November 2004), 653–674; *Ciacchi* ist Mitglied der Study Group, das Manifest ist unter Federführung von *Hugh Collins* entstanden.

<sup>2</sup> Dazu bereits *Calliess*, *Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report*, in: *GLJ* Vol 4 No 4 (April 2003); *ders.*, *(Conflict) Principles of European (Consumer) Contract Law – an Update*, in: *GLJ* Vol 5 No 8 (August 2004); beide Titel erhältlich unter [www.germanlawjournal.com](http://www.germanlawjournal.com)

den Blick auf wesentliche Umbrüche im europäischen Vertragsrecht verstellt. Im folgenden Kommentar kann ich dies nur ganz exemplarisch unter den Stichwörtern Politik (1.), Wirtschaft (2.), und Recht (3.) erläutern, bevor ich anhand der Begriffe *Rough Consensus* und *Running Code* Schlaglichter auf eine andere Perspektive in der europäischen Privatrechtsvereinheitlichung werfe (4.).

### 1. (Privatrechts-) Politik

Es ist eine uralte, durch die moderne Methodentheorie freilich ungemein verfeinerte Einsicht, dass eine Regel ihre eigene Anwendung nicht mitregeln kann. Ein Blick auf die Praxis des Common Law oder die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundrechten zeigt, dass Recht auf ein im Detail schriftlich niedergelegtes Regelsystem gar nicht angewiesen ist, sondern sich wesentlich in der Streit-schlichtung durch einen unparteilichen Dritten konstituiert: unter der Maxime „gleiche Fälle gleich“ zu behandeln werden Normen als Nebenprodukt der Entscheidung im streitigen Verfahren von Fall zu Fall kondensiert und konfirmiert. Von der Antike bis in die Neuzeit hinein sind Kodifikationen nichts weiter als systematisierende Niederschriften des in Rechtsprechung und Praxis „gelebten“ Rechts. Auch nach der Aufklärung bleibt die *politische* Bedeutung von Privatrechtskodifikationen gering, im demokratischen Nationalstaat kommt ihnen allenfalls symbolische Bedeutung als Ausdruck der sich erschaffenden Kulturnationen zu. Der konkrete Inhalt von Privatrechts*gesetzgebung* war aber weder am Ende des 19. noch im Ausgang des 20. Jahrhunderts Anlass für breite gesellschaftspolitische Debatten, sondern wurde und wird von Experten aus Ministerien und Wissenschaft vorbereitet ohne inhaltliche Diskussion durch die Parlamente gewunken. Die entscheidenden inhaltlichen Entwicklungen, die von *Franz Wieacker* für das 20. Jahrhundert als Materialisierung des Privatrechts beschrieben wurden,<sup>3</sup> fanden hingegen unter weitgehend unveränderter Geltung des BGB aufgrund richterlicher Rechtsfortbildungen statt, so dass sich ein Gutteil der jüngsten „Modernisierung des Schuldrechts“ schlicht in einer Kodifikation von Richterrecht erschöpfte.

In diesem Zusammenhang erscheint die Front zwischen „unpolitischer Begriffsjurisprudenz“ und „interessenpolitischer Wertungsjurisprudenz“ als überreichlich strapazierte Scheindifferenz: während erstere System und Prinzipien des Privatrechts „findet“, um in prä-kodifikatorischer Epoche notwendige (Selbst-) Bindungen herzustellen, „findet“ letztere gesellschaftliche Interessen, um diese im Wege der Abwägung gegen übermäßige post-kodifikatorische Bindungen zu wenden. In *beiden* Fällen kann methodentheoretisch nicht zwischen „vor-finden“ und „er-finden“ unterschieden werden, in beiden Fällen handelt es sich um „politische Jurisprudenz“, in keinem Falle aber um „Gesetzgebung“ als „demokratische Wertentscheidung“, sondern um „Volksgeist“ oder „soziale Wirklichkeit“ und deren Erkenntnis durch

---

<sup>3</sup> *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1963; *ders.*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 514 ff., 539 ff.

wissenschaftlich gebildete Juristen, also um „Juristenrecht“. *Rudolf Wiethölter* bringt dieses Verhältnis von Recht und Politik wie folgt auf den Punkt:

„denkend gehorchen heißt, sich dem Gehorsam entziehen, gehorsam denken heißt, sich einem Denk-Paradigma zu fügen. ... Autorität wirkt nur in gehöriger Distanz (das fordert eigene Aktivität) wie in der Vermeidung ungehöriger eigener Aktivität (das fordert fremde Autorität).“<sup>4</sup>

## 2. (Interessen-) Wirtschaft

Ist dem Europarecht aufgrund seiner Binnenmarktfunktionalität eine Ausrichtung auf Wirtschaftsinteressen eingeschrieben, und bevorzugt der Aktionsplan zum Vertragsrecht deshalb Privatautonomie gegenüber zwingendem Recht, Industrie- gegenüber Verbraucherinteressen, etc. in einer Weise, die erst durch die Einbeziehung nicht-wirtschaftlicher Interessen über die Grundrechte als Teil der europäischen Verfassung überwunden werden kann? Auch hier werden meines Erachtens falsche Fronten aufgebaut, denn die Binnenmarktfunktionalität des EG-Rechts ist keine den Inhalt von Rechtsangleichungsmaßnahmen beschränkende materielle, sondern eine formell-kompetenzrechtliche Kategorie.

*Ciacchi's* Vorbehalte gegen einen vermeintlich wirtschaftslastigen Aktionsplan möchte ich durch einen Vergleich zur deutschen Rechtslage relativieren: Nach dem Grundgesetz hat der Bund keine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Privatrechts. Das BGB als deutsches Bundesgesetz beruht auf der konkurrierenden Kompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Diese Kompetenz darf der Bund gem. Art. 72 Abs. 2 GG freilich nur ausüben, „soweit ... die Wahrung der ... Rechts- oder Wirtschaftseinheit ... eine bundesgesetzliche Regelung *erforderlich* macht.“ Dieses Subsidiaritätsprinzip ist in gewissen Grenzen justitabel, was kürzlich dazu geführt hat, dass das BVerfG die Einführung der Juniorprofessur per Hochschulrahmengesetz für nichtig erklärt hat.<sup>5</sup> Die Notwendigkeit einer bundeseinheitlichen Regelung des Privatrechts wird zwar in der Praxis nicht in Frage gestellt, unterliegt aber dem Maßstab des Art. 72 Abs. 2 GG. Trotzdem würde niemand auf die Idee kommen, das BGB wegen seiner kompetenzrechtlich nötigen Funktionalität für den deutschen Binnenmarkt als einseitig an Wirtschaftsinteressen ausgerichtet anzusehen.

In gleicher Weise hat auch die EG im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten nur eine subsidiär konkurrierende Kompetenz auf dem Gebiet des Privatrechts. Maßnahmen nach Art. 95 EG (materielle Rechtsangleichung) oder Art. 65 EG (Kollisionsrechtsvereinheitlichung) sind nur zulässig, soweit sie *tatsächlich* zur Beseitigung von Hemmnissen für den freien Warenverkehr und die Dienstleistungsfreiheit geeignet

---

<sup>4</sup> Zum gesamten Abschnitt (1) vgl. die vorzügliche Analyse bei *Wiethölter*, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz - Falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht: Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm, in: FS Kegel, 1977, S. 213 ff., Zitat auf S. 235.

<sup>5</sup> BVerfG, 2 BvF 2/02 vom 27.7.2004 („Juniorprofessur“), Rn. 100 f., 127 ff. (im Internet, d.h. im folgenden jeweils durch Eingabe der Suchbegriffe über [www.google.de](http://www.google.de) zugänglich).

und erforderlich sind, was der EuGH auch überprüfen kann.<sup>6</sup> Wenn nach diesen Kriterien aber eine europäische Regelung erforderlich ist, dann hat die EG die Kompetenz zur Regelung des Gebiets unter Berücksichtigung sämtlicher, also auch nicht-wirtschaftlicher Interessen, wobei gem. Art. 95 Abs. 3 EG sogar die Pflicht besteht, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu verwirklichen. Dass sich die Kommission im Aktionsplan derart ausführlich mit der wirtschaftlichen Notwendigkeit eines einheitlichen Vertragsrechts auseinandersetzt, dient der Generation von Argumenten für die Begründung einer äußerst umstrittenen Kompetenz der EG auf dem Gebiet des allgemeinen Vertragsrechts. Daraus folgt jedoch in keiner Weise, dass in einem europäischen Vertragsrecht, falls es denn erlassen würde, lediglich Wirtschaftsinteressen berücksichtigt würden. Die bisherige Erfahrung zeigt im Gegenteil, dass sich das europäische Schuldvertragsrecht gerade auf die Gebiete erstreckt, für die keine Rechtswahlfreiheit besteht und die sich mit dem Schutz der schwächeren Vertragspartei durch zwingendes Recht befassen.<sup>7</sup>

Im übrigen muss bezüglich der Binnenmarktfunktionalität des EG-Rechts deutlich zwischen „wirtschaftlichen Interessen“ als ökonomischen im Gegensatz etwa zu familiären oder religiösen Interessen *einerseits*, und „Wirtschaftsinteressen“ als Interessen der Industrie, des Handels, der Banken, etc. *andererseits* unterschieden werden. Die Öffnung des Binnenmarktes durch Beseitigung von Handelshemmnissen aller Art erfolgt gerade auch im Interesse der Verbraucher am Zugang zu neuen Märkten und an einem erhöhten Wettbewerb auf der Angebotsseite. Abgeschottete nationale Märkte schützen demgegenüber regelmäßig die Interessen der heimischen Wirtschaft, die den Verbraucher durch Monopolrenditen ausbeutet. Die Grundfreiheiten sind deshalb keine Wirtschaftsrechte in dem Sinne, dass sie die Interessen „der Wirtschaft“ gegenüber den Interessen „der Verbraucher“ bevorzugen würden, sondern als „passive Marktfreiheiten“ sind sie auch Rechte der Verbraucher.<sup>8</sup>

### 3. (Verfassungs-) Recht

An dieser Rechtslage wird sich auch durch den *Vertrag über eine Verfassung für Europa* („VE“)<sup>9</sup> nichts ändern. Zwar wird die strikte Binnenmarktfunktionalität der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen in Art. III-269 (2) VE [ex Art. 65 EG] gelockert, insofern für den Erlass von Europäischen Gesetzen [ex Verordnung] oder Rahmengesetzen [ex Richtlinien] nur noch „insbesondere“ vorausgesetzt wird, dass diese für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts erforderlich sind.<sup>10</sup> Diese Lockerung bezieht sich freilich nur auf die Kollisionsrechtsvereinheitlichung, nicht aber auf eine Vereinheitlichung des materiellen Vertragsrechts selbst, für die als

---

<sup>6</sup> So für Art. 95 EG EuGH Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 – Tabakwerberichtlinie, No 81 ff., 84, 95.

<sup>7</sup> Ausführlich *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1999, S. 20 ff. m.w.N.

<sup>8</sup> Ausführlich *Reich*, Bürgerrechte in der Europäischen Union, 1999, S. 266 f. m.w.N.

<sup>9</sup> Fassung vom 6.8.2004 erhältlich über: <http://ue.eu.int/igcpdf/de/04/cg00/cg00087.de04.pdf>

<sup>10</sup> Dazu bereits *Hau*, Rahmenbedingungen einer Vergemeinschaftung des Internationalen Vertragsrechts, in: Leible (Hrsg.), Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht, 2004, S. 13 ff.

Kompetenzgrundlage nach wie vor nur Art. III-172 VE [ex Art. 95 EG] in Frage kommt:

(1) „Soweit in der Verfassung nichts anderes bestimmt ist, gilt dieser Artikel für die Verwirklichung der Ziele des Artikels III-130. Die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben, werden durch Europäisches Gesetz oder Rahmengesetz festgelegt... (3) Die Kommission geht in ihren nach Absatz 1 in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und *Verbraucherschutz* vorgelegten Vorschlägen von einem *hohen Schutzniveau* aus ...“

Die strikte Binnenmarktfunktionalität dieser Kompetenz ergibt sich dabei aus dem Bezug auf die Ziele des Art. III-130 (1) VE [ex Art. 14 EG]:

„Die Union erlässt die *erforderlichen Maßnahmen*, um nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen der Verfassung den Binnenmarkt zu verwirklichen beziehungsweise dessen Funktionieren zu gewährleisten.“

Eine diese Anforderungen der VE unterlaufende Erweiterung der Kompetenzen der Union kann sich dabei *nicht* aus den Grundrechten ergeben. Denn die als Teil II in den Vertrag über eine Verfassung für Europa integrierte Charta der Grundrechte, die damit zum rechtsverbindlichen Teil der VE wird, sieht in Art. II-111 [ex Art. 51 Charta der Grundrechte<sup>11</sup>] ausdrücklich vor:

„(1) Diese Charta gilt für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Dementsprechend achten sie die Rechte, halten sie sich an die Grundsätze und fördern sie deren Anwendung entsprechend ihren jeweiligen Zuständigkeiten und *unter Achtung der Grenzen der Zuständigkeiten*, die der Union in anderen Teilen der Verfassung übertragen werden.

(2) Diese Charta dehnt den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus aus und *begründet weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben* für die Union, noch ändert sie die in den anderen Teilen der Verfassung festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben.“

Ein zukünftiges Europäisches Vertragsrechtsgesetz unterliegt damit mehrstufigen Anforderungen und Einflüssen durch die Europäische Verfassung:<sup>12</sup>

1) Eine Kompetenzgrundlage liegt vor, wenn das Vertragsrechtsgesetz für das Funktionieren des Binnenmarkts *erforderlich* ist. Dabei sind alle wirtschaftlichen Interessen, also die der Unternehmer und die der Verbraucher, zu berücksichtigen. In den Grundrechten verankerte nicht-wirtschaftliche Interessen können hingegen gem. Art. II-111 (2) VE keine Ausweitung der Kompetenz aus Art. III-172 (1) VE begründen.

---

<sup>11</sup> ABl. EG C-364/21 vom 18.12.2000, auch im Internet.

<sup>12</sup> Der Katalog ist nicht vollständig. Insbesondere Anforderungen an die konkrete Ausgestaltung eines Europäischen Vertragsrechtsgesetzes aus dem Subsidiaritätsgrundsatz, etwa dessen Anwendungsbereich auf grenzüberschreitende Verträge zu begrenzen, oder als Opt-In- bzw. Opt-Out-Instrument auszugestalten, bleiben unberücksichtigt: vgl. dazu die Beiträge in *Grundmann/Stuyck* (eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, 2002, Parts III C und IV.

2) Wenn sich aber eine Kompetenz begründen lässt, so ist bei der Formulierung des Gesetzentwurfs gem. Art. III-172 (3) VE von einem hohen Verbraucherschutzniveau auszugehen. Darüber hinaus sind bereits aufgrund der „Querschnittsklauseln“ der Art. III-116 ff. VE auch nicht-wirtschaftliche Interessen wie Gleichberechtigung, Gleichbehandlung, sozialer Schutz, Umweltschutz, etc. zu berücksichtigen.

3) Eine darüber hinaus gehende eigenständige Bedeutung erlangen die Grundrechte der VE erst im Rahmen der Anwendung eines einmal erlassenen Europäischen Vertragsrechtsgesetzes durch die europäischen und nationalen Gerichte (Art. II-111 (1) VE). Hier stimme ich *Ciacchi* völlig zu, dass die Grundrechte und Grundfreiheiten der VE eine wichtige Rolle bei der Anwendung und Fortbildung eines europäischen Vertragsrechts spielen werden.

#### 4. *Rough Consensus and Running Code: Vertragsrecht jenseits des Nationalstaats*

Aber brauchen und wollen wir überhaupt ein Europäisches Zivilgesetzbuch im klassischen Sinne? Falsche Fronten im Europäischen Vertragsrecht: damit will ich vor allem andeuten, dass sich die Debatte um die europäische Privatrechtsvereinheitlichung in einer Union, die sich den Leitspruch „In Vielfalt geeint“ als eines ihrer Symbole ausgewählt hat (Art. I-8 VE), aus dem Schatten des „Westfälischen Systems“ heraus treten muss. Der Stellungskrieg zwischen „bürgerlichem Formalrecht“ (i.e. „From Status to Contract“) und „sozialem Schuldrecht“ (i.e. „The Death of Contract“) ist nämlich überhaupt nur auf der Bühne des territorialen Nationalstaats verständlich. Denn ohne Weltstaat (den gibt es nicht) und europäischen Superstaat (den wollen wir nicht) laufen die klassischen Alternativen der „Freiheit vor dem Staat“ bzw. der „Gleichheit durch den (Interventions-) Staat“ ins Leere. Wie aber – und das ist der wahre Konflikt hinter den falschen Fronten – kann man sich legitime Vertrags-Recht-Fertigung in der neuen, post-nationalen Konstellation vorstellen? Dazu ein Beispiel aus dem Bereich der transnationalen „Internet Governance“:

"We reject kings, presidents and voting. We believe in *rough consensus* and *running code*."<sup>13</sup>

Für seine Interoperabilität als Netz von Netzen bedarf das Internet globaler technischer Standards, für deren Entwicklung in den 1970er Jahren ein kalifornischer Universitätsassistent zuständig war. Um die Qualität der Standards und die Abnahmemotivation der weltweit verstreuten Netzwerkadministratoren für diese Standards zu gewährleisten, entwickelte dieser das *Request for Comments* (RFC) Verfahren. Zur Lösung eines bestimmten Problems wird ein Arbeitsgruppenleiter ernannt, der ein RFC ins Netz stellt. Jedermann kann sich online an der Diskussion um Lösungen beteiligen, wobei faktisch vornehmlich die interessierten Experten aus den betroffenen Kreisen teilhaben. Standards sollen grundsätzlich nicht nach dem Mehrheits-

---

<sup>13</sup> David Clark (MIT): hierzu und zum folgenden *Reagle*, *Why the Internet is Good*, *Community governance that works well*, 1999 (im Internet); *Mayer*, *Selbstregulierung im Internet: Institutionen und Verfahren zur Setzung technischer Standards*, K&R 2000, 13 ff.; *Hutter*, *Global Regulation of the Internet Domain Name System: Five Lessons from the ICANN Case*, in: Ladeur (Hrsg.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, 2003, S. 39 ff.

prinzip, sondern im Wege der deliberativen Überzeugung im Konsens festgelegt werden. Um jedoch zu verhindern, dass sich die Diskussion in unvereinbaren Alternativen festfährt oder immer wieder von vorne beginnt, kann der Gruppenleiter einen *Rough Consensus* zu Zwischen- oder Endergebnissen feststellen. Diese ungefähre Übereinstimmung hat drei Implikationen: auf der sozialen Ebene wird eine Beinahe-Einstimmigkeit der Teilnehmer (i.S.v. ganz herrschende Meinung), auf der Sachebene ein gemeinsamer Nenner (i.S.v. Common Core) und auf der Zeitebene die Vorläufigkeit im Hinblick auf zukünftige Verbesserungen (i.S.v. Lernfähigkeit) bezeichnet. Wenn in der Arbeitsgruppe eine Einigung auf einen neuen Standard herbeigeführt wurde, beginnt die Implementationsphase, wobei *Running Code* wiederum drei Bedeutungen hat: Zunächst wird die Praxistauglichkeit des neuen Standards in kleinem Kreise erprobt (Testphase), bevor er weltweit zur Übernahme empfohlen wird. Sodann steht es der Internet Community frei, diese Empfehlung zu übernehmen oder eben nicht (Anerkennungsphase). Erst wenn sich der Standard auf so breiter Basis durchgesetzt hat, dass seine Nichtbeachtung zum Verlust der Interoperabilität führen würde, ist ein Netzwerkadministrator in seiner Entscheidung faktisch nicht mehr frei (Bindungsphase).

Dieses Verfahren ist nicht nur für technische Standards geeignet, sondern kann auch auf soziale und rechtliche Normen übertragen werden. *Rough Consensus* steht dann für ein im diskurstheoretischen Sinne deliberatives, i.e. am Modell der wissenschaftlichen Wahrheitsfindung orientiertes Verfahren der Produktion von Normprojektionen auf der Angebotsseite der „Norm Entrepreneurs“, *Running Code* bezeichnet an den Konsens der Betroffenen auf der Nachfrageseite gebundene Anerkennung und Durchsetzung der Norm im – freilich durch Netzwerkeffekte gekennzeichneten – Ordnungswettbewerb.<sup>14</sup> Beide Elemente finden sich sowohl in der Produktion von völkerrechtlichem Soft-Law, etwa wenn UNCITRAL<sup>15</sup> den Nationalstaaten ein Modellgesetz zur Internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zur Übernahme empfiehlt,<sup>16</sup> als auch bei der Ausarbeitung von Privatkodifikationen wie den UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, die den Parteien grenzüberschreitender Verträge zur Rechtswahl empfohlen werden.<sup>17</sup> Jenseits eines bloß an *consuetudo* und *opinio necessitatis* gebundenen Gewohnheitsrechts und eines in formalen Gesetzgebungsverfahren per Mehrheitsbeschluss gesetzten staatlichen Rechts scheint sich hier insbesondere für supra- und transnationale Handlungsräume und Kommunikationssphären eine neue Form legitimer Recht-Fertigung zu etablieren.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Zu dem ökonomischen Wettbewerbsmodell sozialer Normierung *Aviram*, A Network Effects Analysis of Private Ordering, Berkeley Olin Program in Law & Economics, Working Paper 2003/80 (im Internet); vgl. auch *Engert*, Wettbewerb der Normen, in: Jb.J.ZivRWiss. 2002, S. 31 ff.

<sup>15</sup> United Nations Commission on International Trade Law: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

<sup>16</sup> Dazu *Sanders*, The Harmonising Influence of the Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation, in: Berger (ed.), Understanding Transnational Commercial Arbitration, 2000, S. 43 ff.

<sup>17</sup> Dazu *Bonell*, The UNIDROIT Principles and Transnational Law, in: Berger (ed.), The Practice of Transnational Law, 2001, S. 23 ff.

<sup>18</sup> *Calliess*, Reflexive Transnational Law, The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law, ZfRSoz 2002, 185 ff. (im Internet)

Ist der Blick für Innovationen erst einmal geschärft, so sind die Spuren des neuen Modells auch im Projekt des Europäischen Vertragsrechts unübersehbar: *Request for Comments, Rough Consensus, Running Code*. Mit der Mitteilung von 2001, dem Aktionsplan von 2003 sowie jüngst der Mitteilung vom Oktober 2004<sup>19</sup> hat die Kommission einen offenen und transparenten Diskussionsprozess ausgelöst, an dem sich jeder Interessierte durch schriftliche Stellungnahmen beteiligen konnte und dessen Verlauf und Zwischenergebnisse durch Veröffentlichung sämtlicher Dokumente im Internet frei zugänglich sind. Die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts sollen zunächst in einem unverbindlichen *Common Frame of Reference* (CFR) konsolidiert werden, dessen Ausarbeitung im Entwurf voraussichtlich einem kombinierten Forschungsnetzwerk aus der *Acquis Group* und der *Study Group on a European Civil Code* übertragen wird.<sup>20</sup> Dieses Netzwerk von Wissenschaftlern aus allen europäischen Ländern arbeitet auf der Grundlage des *Common Core Approach*, will also den inhaltlichen *Rough Consensus* des bestehenden Richtlinienrechts einerseits sowie andererseits der Vertragsrechte der Mitgliedstaaten durch funktionale Rechtsvergleichung ermitteln. Gleichzeitig gründet die Kommission ein Netzwerk von Praktikern (CFR-net), das in die Ausarbeitung des CFR eingebunden werden soll. Insgesamt wird der CFR auf der Grundlage einer breiten Beteiligung der Zivilgesellschaft und mit dem Ziel eines breiten Konsenses ausgearbeitet, wobei die Beteiligung der Praktiker auch auf die frühe Erkenntnis von Problemen bei der Umsetzungszielen soll.<sup>21</sup>

Ist ein *Rough Consensus* über den CFR erreicht, so könnte dieser in einem ersten Schritt als (unverbindliche) Empfehlung im Amtsblatt der EG veröffentlicht werden. Im kaufmännischen Verkehr könnten diese Regeln nach dem Vorbild der UNIDROIT Principles zunächst in Schiedsverfahren als von den Parteien gewähltes Recht Anwendung finden. Im Rahmen der Grünbuch-Debatte um die Reform des EVÜ wird zudem erwogen, ob den Vertragsparteien die Wahl von Soft-Law-Instrumenten erlaubt werden soll.<sup>22</sup> Jedenfalls für den CFR wird erwogen, diesen zu einem späteren Zeitpunkt als „optionales Instrument“ auszugestalten, das im Wege der Rechtswahl angewählt werden kann, so dass dann auch staatliche Gerichte den CFR als Recht anwenden würden. Erst wenn mit diesem Instrument genügend praktische Erfahrungen gesammelt wären, was vor allem von der durch Abstimmung per Rechtswahl ausgedrückten Zustimmung und Akzeptanz der Betroffenen abhängt, könnte der Grad der Verbindlichkeit durch Umstellung von *Opt-In* auf *Opt-Out* erhöht werden, so dass das Instrument wie staatliches Recht auch in Abwesenheit ei-

---

<sup>19</sup> Communication from the Commission, European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward, COM(2004) 651 final vom 11.10.2004, inklusive aller Vorläufer erhältlich über die Contract Law Homepage der Generaldirektion Verbraucher.

<sup>20</sup> Laut Informationsstand vom 8.10.2004 will die Kommission mit beiden Gruppen über die Vergabe und Ausgestaltung eines entsprechenden Forschungsauftrags verhandeln: Die Arbeit beider Gruppen ist über das Internet zugänglich.

<sup>21</sup> Vgl. dazu auch die Erwägungen zu einem frühen „Practicability Test“ für den CFR in der Mitteilung der Kommission COM(2004) 651 final, unter 3.2.2.

<sup>22</sup> Ausführlich *Mankowski*, Stillschweigende Rechtswahl und wählbares Recht, in: Leible (Hrsg.), Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht, 2004, S. 63 ff.

ner (abweichenden) Rechtswahl anwendbar wäre.<sup>23</sup> Dieser Bewährungstest in der Praxis entspricht der „*Running Code*“-Methode, also der schrittweisen, von der Legitimation durch die Normadressaten abhängigen Implementation von Recht.

Wie hat man sich nun aber die *Zivilisierung* dieses ohne staatlichen Gesetzgeber geschaffenen Rechts vorzustellen? Dazu zwei einfache Antworten: *Solange* und *so weit* der CFR keine eigenständige Umsetzung der europäischen Verbraucherschutzrichtlinien enthält, könnte dieser zwar auch für Verbraucherverträge angewählt werden, gem. Art. 5 EVÜ (Art. 29 EGBGB) blieben aber daneben die zwingenden Verbraucherschutzvorschriften des Heimatstaates des Verbrauchers anwendbar. Wird der *acquis communautaire* aber in den CFR integriert oder wird der CFR um ein eigenständiges europäisches Verbrauchervertragsrecht ergänzt, so griffe Art. 5 EVÜ nicht mehr ein, da dem Verbraucher dann durch die Rechtswahl nicht mehr der Schutz des Richtlinienrechts entzogen würde.<sup>24</sup> Darüber hinaus wurde bereits ausgeführt, dass die wirklichen *hard cases*, die eine Abwägung von *true social conflicts* beinhalten, ohnehin nicht im Vorhinein durch eine Kodifikation, sondern immer erst anhand des konkreten Einzelfalles durch die Rechtsprechung entschieden werden, die – worauf *Ciacchi* zu Recht hinweist – bei der Anwendung des CFR als europäischem Recht an die in Teil II der Verfassung für Europa niedergelegten Grundrechte gebunden ist.

## 5. Schluss

Was Europäisches Vertragsrecht ist, was es ausmacht und wie (liberal, sozial ...) es sein wird, entscheiden im Ergebnis weder Kommission, Rat und Parlament noch irgendwelche „Study Groups“ oder CFR-nets, sondern in erster Linie die Bürger, die dieses Recht durch Rechtswahl zur Grundlage ihrer Beziehungen machen (oder eben nicht) und die im Streitfalle vor Gericht ihre Rechte einfordern (oder eben nicht); und in zweiter Linie letztlich wir Juristen im Prozess der alltäglichen Rechtsfertigung in Rechtspraxis und Rechtswissenschaft. Damit es aber entstehen kann, dieses Europäische Vertragsrecht, benötigen wir den CFR als „gemeinsamen Bezugsrahmen“ für die *europaweite Verknüpfung zivilrechtlicher Kommunikation*. Denn:

„Realitätswert haben Strukturen nur dadurch, dass sie zur Verknüpfung kommunikativer Ereignisse verwendet werden; Normen nur dadurch, dass sie, explizit oder implizit, zitiert werden.“<sup>25</sup>

Nochmals, der Text des CFR sollte zwar möglichst sorgfältig verfasst werden, entscheidet aber (fast) gar nichts, jedenfalls nicht, ob das Europäische Vertragsrecht „sozial“ (was auch immer das im konkreten Falle bedeuten mag) ist, oder nicht. Die pure Existenz eines gemeinsamen Textes aber wird zu einer zunächst ganz un-

---

<sup>23</sup> Vgl. COM(2004) 651 final, Annex II No. 2, S. 17 ff. zu “opt in”- und “opt out”-instruments sowie zu deren Verhältnis zur Rechtswahl in Art. 3 EVÜ.

<sup>24</sup> Vgl. zur Aufnahme des zwingenden Verbrauchervertragsrechts in ein „optional instrument“ COM(2004) 651 final, Annex II No. 5, S. 20 f..

<sup>25</sup> Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 46

scheinbaren, aber tatsächlich alles entscheidenden Umwälzung führen, nämlich zur Begründung eines wahrhaft grenzüberschreitenden Vertragsrechtsdiskurses, in welchem Anwälte, Richter und Wissenschaftler in ganz Europa anfangen, innerhalb desselben „Referenzrahmens“ zu denken, zu schreiben und zu handeln und dadurch mit der Konstruktion eines Europäischen Vertragsrechts (als „Law in Action“ als „Running Code“) überhaupt erst beginnen. Was Europa braucht, ist daher keine weitere Grundlagendebatte über Prinzipien auf internationalen Konferenzen, sondern schlicht eine Handvoll schriftlich niedergelegter Grundregeln, aus denen wir anlässlich der Entscheidung von realen Streitfällen und im Angesicht der darin implizierten Interessenkonflikte „Juristenrecht“ fertigen werden.

Dr. Graf-Peter Calliess  
Johann Wolfgang Goethe-Universität  
Institut für Wirtschaftsrecht  
Senckenberganlage 31  
D – 60325 Frankfurt am Main  
<http://www.jura.uni-frankfurt.de/teubner/>  
Kontakt: [calliess@web.de](mailto:calliess@web.de)