

Kodifikation ohne Demokratie? Zur Legitimität eines europäischen (optionalen) Zivilgesetzbuches

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2011). Kodifikation ohne Demokratie? Zur Legitimität eines europäischen (optionalen) Zivilgesetzbuches. In C. Joerges, & T. Pinkel (Eds.), *Europäisches Verfassungsdenken ohne Privatrecht - Europaisches Privatrecht ohne Demokratie?* (pp. 119-132). ZERP. <http://www.zerp.uni-bremen.de>

Document status and date:

Published: 01/01/2011

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document license:

Taverne

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 20 Apr. 2024

ZERP-Diskussionspapier 1/2011

Europäisches Verfassungsdenken ohne Privatrecht – Europäisches Privatrecht ohne Demokratie?

Christian Joerges / Tobias Pinkel (Hrsg.)

zerp

zentrum für
europäische
rechtspolitik

centre of
european law
and politics

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK
Universität Bremen

ZERP

Christian Joerges / Tobias Pinkel (Hrsg.)

**Europäisches Verfassungsdenken ohne Privatrecht –
Europäisches Privatrecht ohne Demokratie?**

ZERP Diskussionspapier 1/2011

Kodifikation ohne Demokratie? Zur Legitimität eines Europäischen (Optionalen) Zivilgesetzbuches*

Jan M. Smits

1. Einleitung

Im Rahmen der anhaltenden Debatte über die Europäisierung des Privatrechts¹ nehmen die Bedenken bezüglich der Legitimität einiger Kommissionsinitiativen zu. Die wichtigste dieser Initiativen mündete im kürzlich veröffentlichten Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens des Europäischen Privatrechts (*Draft Common Frame of Reference of European Private Law*, DCFR).² In ihrem Grünbuch zum Europäischen Vertragsrecht aus dem Jahre 2010 wirft die Kommission die Frage auf, wie der akademische DCFR zu einem „politischen“ Europäischen „Vertragsrechtsinstrument“ umgewandelt werden kann, um so den Binnenmarkt weiterzuentwickeln. Sie skizziert darin sieben politische Verwendungsmöglichkeiten des DCFR, zu denen die Einführung eines fakultativen Europäischen Vertragsrechtsinstruments (Optionales Instrument), die Verabschiedung einer Richtlinie oder Verordnung zur Einführung eines Europäischen Vertragsrechts und sogar die Einführung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs per Verordnung zählen.³ Obwohl die Wahl der bevorzugten politischen Strategie noch aussteht, macht das Grünbuch doch deutlich, dass die Idee einer europäischen Kodifikation (von Teilen) des Privatrechts noch immer auf der Agenda der Europäischen Kommission steht. Dieser Beitrag soll deshalb die Frage aufwerfen, wie eine solche Kodifikation legitimiert werden könnte. Dabei wird der Fokus auf der Idee eines Optionalen Instruments liegen; und das nicht nur, weil es am wahrscheinlichsten ist, dass die Kommission diese Strategie verfolgen wird,⁴ sondern auch, weil bei einer solchen

* Dieser Beitrag basiert auf meinem im Rahmen des Kolloquiums *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union* am 9. Juli 2010 am Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) der Universität Bremen gehaltenen Vortrags. Übersetzt von Tobias Pinkel.

1 Für eine anregende und aufschlussreiche Übersicht des Europäisierungsprozesses im Bereich des Privatrechts siehe Christoph U. Schmid, *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union*, Baden-Baden 2010.

2 von Bar, Christian et al. (Hg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, München 2009.

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

4 Vgl. Jim Brunsten, „Call for single contract law system“, *European Voice* vom 17.6.2010.

Rechtsordnung die Frage nach deren Legitimität am interessantesten ist: Es wird dabei dargelegt, dass ein Optionales Vertragsrecht nicht den gleichen demokratischen Ansprüchen genügen muss, die traditionelle nationale Zivilgesetzbücher erfüllen sollten. Aber der Inhalt des vorliegenden Artikels soll noch weitergehen: Auch die Grundsatzdiskussion, ob es notwendig ist, das gesamte Privatrecht im Wege demokratischer Verfahren zu verabschieden, um es zu legitimieren, soll ins Blickfeld gerückt werden.

Dafür erscheint es zweckmäßig, den Beitrag mit einer kurzen Darstellung der Funktionen von Kodifikationen zu beginnen (Teil 2). Es wird dabei gezeigt, dass zumindest historisch gesehen eine dieser Funktionen darin besteht, das meiste positive Recht in nationalstaatliches Recht umzuwandeln und es damit einem demokratischen Verfahren auf nationaler Ebene zu unterwerfen. Allerdings sind in einer postnationalen Welt *de facto* nicht mehr alle Regelungen über die Rechte und Pflichten von Privaten demokratisch legitimiert oder *sollten* durch nationale Parlamente legitimiert werden. Anschließend wird der allgemeine Hintergrund, der es grundsätzlich notwendig macht, alternative Formen der Legitimität zu entwickeln, skizziert (Teil 3). Dies ermöglicht es sodann, die Legitimität von Zivilgesetzbüchern im Allgemeinen und im Besonderen die eines Optionalen Europäischen Vertragsrechtsinstruments zu diskutieren (Teil 4).

2. Funktionen von Kodifikationen

Als erstes soll in diesem Beitrag die Frage nach den Gründen, die für eine Kodifikation des Privatrechts (oder des Rechts im Allgemeinen) sprechen, aufgeworfen werden. Nach klassischer Einteilung von Mailliet⁵ werden dabei drei verschiedene Funktionen unterschieden. Damit kann die grundlegende Frage beantwortet werden, warum es gewollt sein kann, Recht in einem umfassenden, durch den Staat verabschiedeten Regelwerk niederzulegen. Obwohl die von Mailliet aufgeführten Funktionen insbesondere zum Verständnis des Entstehens der großen Kodifikationen in Europa im neunzehnten Jahrhundert von Bedeutung sind, können sie auch hilfreich sein, um die aktuellen Kodifikationsbemühungen nachzuvollziehen.

Die erste Funktion einer Kodifikation ist demnach die *Darstellung* des Rechts. Die Kodifikation dient also dazu, das bestehende oder wünschenswerte Recht in einer umfassenden, rationalen und systematischen Weise gewahrbar

5 Jean Mailliet, „The Historical Significance of French Codifications“, *Tulane Law Review* 1969-1970, 681 ff. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Kodifikationen nicht auch andere Funktionen erfüllen können.

werden zu lassen. Dies soll vor allem die Zugänglichkeit und Vorhersehbarkeit des Rechts verbessern. Als Jeremy Bentham die berühmten Worte verfasste „Eine abschließende Gesetzessammlung: das ist das wichtigste Ziel. Was nicht in dieser Sammlung ist, sollte nicht anwendbares Recht sein. Niemand sollte auf Gewohnheitsrecht, ausländisches Recht, angebliches Naturrecht oder angebliches Völkerrecht verweisen.“⁶, wollte er damit gerade das Problem lösen, dass Recht zu seiner Zeit nicht jedermann zugänglich war. Die Gewährbarkeit (oder in den Worten Benthams „cognoscibility“) des Rechts zu fördern, war auch eines der Hauptziele, die hinter der Verabschiedung des Code Napoléon standen [was gut zu erkennen ist, wenn man Napoleons Grabmal im Invalidendom in Paris besucht, wo das Ornament, das dem Code Civil gewidmet ist, zwei Tatsachen hervorhebt: die „simplicité“ (Einfachheit) der Kodifikation und die Tatsache, dass das Recht nun endlich „intelligible pour tous“ (für jedermann verständlich) geworden ist].

Auch heute noch ist diese Zielsetzung von Bedeutung: Als die Niederländer den Hauptteil ihres neuen Bürgerlichen Gesetzbuchs (*Burgerlijk Wetboek*) im Jahre 1992 in Kraft setzten, war einer der wichtigsten Gründe dafür, dass das gesamte Niederländische Privatrecht wieder konsistenter werden sollte.⁷ Und auch die gegenwärtige Debatte über die Zukunft des Europäischen Vertragsrechts wurde ursprünglich von der Europäischen Kommission aus dem Grund initiiert, dass der derzeitige gemeinsame Besitzstand (*acquis*) des Europäischen Privatrechts zu fragmentiert sei und deshalb in einer kohärenteren Weise reorganisiert werden sollte.⁸

Die zweite Funktion einer Kodifikation ist, zumindest aus historischer Sicht, in der *Vereinheitlichung* des Rechts zu sehen. Hiermit wurden zwei verschiedene Ziele angestrebt. Einerseits sollen Kodifikationen territoriale Unterschiede durch die Beseitigung verschiedener Rechte innerhalb eines Landes beseitigen. Hauptsächlich soll damit der Wirtschaft gedient werden: Rechtseinheit soll den Handel fördern. Dieser Beweggrund wurde nicht nur in den Kodifikationen des neunzehnten Jahrhunderts angeführt, sondern wird noch heute verwendet. Im kürzlich vorgestellten Entwurf einer einheitlichen Kodifikation des chinesischen Privatrechts wird vorgetragen, dass die gegenwärtige

6 Jeremy Bentham, „View of a Complete Code of Laws“, in: Bowring, John (Hg.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh 1839, 205. Englischer Originaltext: „A complete digest: such is the first rule. Whatever is not in the code of laws, ought not to be law. Nothing ought to be referred either to custom, or to foreign law, or to pretended natural law, or to pretended laws of nations“.

7 Jan H.A. Lokin und Willem J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, 3. Aufl., Den Haag 2006.

8 Diese Begründung findet sich bereits in der ersten Mitteilung [...] zum europäischen Vertragsrecht, KOM (2001) 398 endg. Aus jüngerer Zeit vgl. Grünbuch der Kommission: Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM (2010) 348 endg.

Situation in China nicht optimal sei: Getrennte Regelungen der allgemeinen Zivilrechtsprinzipien, des Vertragsrechts, des Realgüterrechts, des Eherechts, des Adoptionsrechts und des Erbrechts führten zu Koordinationsproblemen, die den Bedürfnissen einer Marktwirtschaft, insbesondere eines immer weiter zusammenwachsenden nationalen Marktes, nicht gerecht würden.⁹ Die Europäische Kommission verwies auf dieselbe Begründung, als sie die Notwendigkeit eines stärker vereinheitlichten Vertragsrechts zur Förderung der Wirtschaft in Europa darlegte, ohne Zweifel daran zu äußern, dass dies im Rahmen der begrenzten Gesetzgebungskompetenz des Art. 114 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auch zulässig sei. Andererseits dienten Kodifikationen in der Vergangenheit auch der Vereinheitlichung des Status‘ von Personen. Insbesondere der Code Napoléon zielte ausdrücklich auf die Herstellung von Gleichheit zwischen den Bürgern durch die Abschaffung von bestehenden Privilegien des Adels und Klerus‘ ab (weshalb der Code Civil manchmal auch als die wirkliche Verfassung Frankreichs bezeichnet wird¹⁰).

Eine dritte Funktion der Kodifizierung ist in dem Wunsch der nationalen Gesetzgeber zu sehen, die Rechtsnatur selbst zu verändern: Das angewendete Recht sollte nicht länger aus Gewohnheitsrecht (feudalem Recht), ausländischem Recht (wie dem Römischen Recht), religiösem Recht (wie dem Kanonischen Recht) oder dem „angeblichen Naturrecht“¹¹ (wie es Bentham formuliert) bestehen. Stattdessen sollte Recht ein Produkt des Nationalstaates und damit etwas Demokratisches werden. Das Hauptaugenmerk lag dabei auf der Legitimität: Durch die Voraussetzung, dass die nationalen Parlamente das Recht verabschiedeten, wurden die Bürger, die den Rechtsreglungen unterworfen waren, auch deren Verfasser.

Es ist klar, dass diese drei Funktionen auch heute noch eine Rolle spielen, wenn Staaten sich dafür entscheiden, ihr Recht zu kodifizieren. Man kann jedoch durchaus in Zweifel ziehen, dass alle diese Funktionen immer noch am besten durch eine Kodifikation erfüllt werden. So ist es eine offene Frage, ob eine Kodifikation noch vollständig die Funktion erfüllt, Recht zugänglich und vorhersehbar zu machen. Das heutige Recht wird zunehmend durch eine Vielzahl von Rechtsquellen charakterisiert, die niemals vollständig in einer systema-

9 Huixing, Liang (Hg.), *The Draft Civil Code of the People’s Republic of China: English Translation*, Leiden 2010, Vorwort.

10 Vgl. Jean Carbonnier, *Droit civil: Introduction*, 20. Aufl., Paris 1991, 123: „le Code civil reste la constitution la plus authentique du pays.“

11 Ursprünglicher englischer Wortlaut von Bentham: ‚pretended natural law‘.

tischen Kodifikation zusammengefasst werden können.¹² Auch wenn es um die Bedürfnisse der Wirtschaft in Europa geht, ist es fraglich, ob diese durch eine klassische Kodifikation angemessen befriedigt werden können. Es mag der Wahrheit entsprechen, dass ein einheitliches Recht in einem Nationalstaat der Wirtschaft dieses Staats zuträglich ist, es ist aber sehr fraglich, ob dies auch für die europäische oder globale Wirtschaft gilt. Dabei wird die Debatte über den genauen Zusammenhang zwischen einheitlichem Recht und zwischenstaatlichem Handel wohl auch weiterhin geführt werden.¹³ Im Folgenden soll allerdings nur die dritte Funktion von Kodifikationen diskutiert und die Frage aufgeworfen werden, ob die gegenwärtige Europäisierung und Globalisierung verhindert, dass die Legitimität des Rechts sichergestellt werden kann. Besteht die Funktion einer Kodifikation darin, das vorherrschende Recht zu staatlichem Recht zu machen, stellt sich letztlich die Frage, ob dies heutzutage überhaupt noch möglich ist und worin eine Alternative dazu gesehen werden könnte.

3. Jenseits des staatlichen Rechts: Über Regulierungen ohne demokratische Legitimität durch den Nationalstaat

Bevor sich der Beitrag nun wieder dem europäischen Kodifikationsprozess zuwendet, erscheint es hilfreich den Blickwinkel etwas auszudehnen und zu fragen, welche Regelungen, die nicht durch nationale politische Institutionen erlassen werden, trotzdem Bedeutung für die Ausformung der Rechte und Pflichten von Privaten haben. Neben den nationalen Gesetzgebern und Gerichten haben heutzutage zumindest noch drei andere Arten von Akteuren Einfluss auf die Ausgestaltung des Privatrechts.¹⁴

Zunächst wird Privatrecht in zunehmendem Maße durch supranationale Gesetzgeber gestaltet. Das wichtigste Beispiel hier ist das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG). In den fast 75 Vertragsstaaten wurde ein neues Vertragsrecht *neben* dem nationalen etabliert. Entsprechend gilt nun in diesen Ländern kein einheitliches und

12 Jan M. Smits, „The Complexity of Transnational Law: Coherence and Fragmentation of Private Law“, in: Van Erp, Sijf/Van Vliet, Lars P. W. (Hg.), Netherlands Reports to the Eighteenth International Congress of Comparative Law, Antwerpen 2010, 113-130.

13 Siehe Smits, Jan (Hg.), The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives, Groningen 2005; Vogenauer, Stefan/Weatherill, Stephen (Hg.), The Harmonisation of European Contract Law, Oxford 2006 und Gary Low, „How and Why we are (not) bothered by the Costs of Legal Diversity: A Behavioural Approach to the Harmonization of European Contract Law“, European Review of Private Law 2010, 285-305. Vgl. auch Schmid (Fn. 1), 299.

14 Das folgende stützt sich auf Jan M. Smits, „Democracy and (European) Private Law: a Functional Approach“, European Journal of Legal Studies 2009, 26-40.

kohärentes Vertragsrecht für das gesamte Staatsgebiet mehr, sondern hängt die Frage, welches Recht (mit seinen eigenen Regelungen, Rationalitäten und Auslegungsmethoden) zur Anwendung kommt, von der Art der Transaktion (und davon, ob die Vertragsparteien die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts ausgeschlossen haben) ab.

Darüber hinaus lässt sich das Entstehen einer „privaten globalen Normsetzung“¹⁵ beobachten. Einerseits werden Normen und Politiken nicht mehr ausschließlich durch Nationalstaaten bestimmt, sondern auch durch andere Akteure beeinflusst. Neben Organisationen wie dem IWF und der Weltbank können vor allem die Aktivitäten der WTO gewichtigen Einfluss auf das Verhalten Privater, nämlich im Bereich des Freihandels, der Besteuerung, des geistigen Eigentums und des Gesundheitsschutzes, nehmen. Andererseits haben auch verschiedene Arten freiwilligen Rechts,¹⁶ wie beispielsweise Normen, die von Unternehmensnetzwerken verabschiedet wurden (von denen die wichtigsten Beispiele Verhaltenskodices im Bereich von Umwelt- und Sozialstandards, sogenannte *codes of conduct for corporate social or environmental responsibility*, sind), Regelungen von Normungsorganisationen für technische Anforderungen (wie beispielsweise der „Codex Alimentarius“) und andere Arten von Selbstregulierungen, Einfluss auf das Verhalten Privater. Diese Regelungen von „Governance jenseits des Nationalstaats“¹⁷ können nach traditionellem Rechtsverständnis nicht als bindend angesehen werden, weil sie nicht die Formalkriterien erfüllen, dass sie durch die für Rechtsetzungen zuständigen Stellen verabschiedet wurden und mittels der Ausübung von Zwang durchgesetzt werden können. Allerdings stellen sie oftmals die faktische Rechtsgrundlage für ihre speziellen Adressaten dar und beeinflussen deshalb deren Verhalten stark: In diesem Sinne sind sie als Privatrechtsquelle häufig bedeutsamer als das formal bindende Recht.¹⁸

Der dritte Akteur, der an der Privatrechtssetzung beteiligt ist, ist die Europäische Union. In den letzten zwanzig Jahren hat der europäische Gesetzgeber

15 Gunther Teubner, „Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems“, *American Journal of Comparative Law* 1997, 149, 157. Formulierung im englischen Originaltext: „private global norm-production“.

16 Vgl. Anne-Marie Slaughter, „International Law in a World of Liberal States“, *European Journal of International Law* 1995, 503, 518.

17 Grainne De Burca, „Developing Democracy Beyond the State“, *Columbia Journal of Transnational Law* 2009, 101, 104. Formulierung im englischen Originaltext: „sites of governance beyond the nation-state“.

18 Für eine allgemeine Darstellung zum Privatrecht jenseits des Nationalstaats vgl. Ralf Michaels und Nils Jansen, „Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization“, *American Journal of Comparative Law* 2006, 843-890; Nils Jansen und Ralf Michaels, „Private Law and the State“, *Rabels Zeitschrift* 2007, 345-397 sowie die Sonderausgabe des *American Journal of Comparative Law* 2008, 527-843.

im Bereich des Privatrechts beinahe zwanzig Richtlinien erlassen, die allesamt in den (mittlerweile) 27 Mitgliedstaaten umgesetzt wurden.¹⁹ Diese formell bindenden Gesetzgebungsmaßnahmen wurden durch verschiedene Maßnahmen in Form von Soft Law ergänzt, die mit Unterstützung der Europäischen Kommission erstellt wurden. Das nun wichtigste Beispiel hierfür ist der Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens für das Europäische Privatrecht (*Draft Common Frame of Reference, DCFR*)²⁰. Diese Regelungen wurden zum Zwecke der Anwendung durch Private, Gesetzgeber und Gerichte erstellt.

Neben der Beteiligung dieser drei neuen nichtstaatlichen Akteure bei der Privatrechtsetzung sollte auch nicht vergessen werden, dass gleichzeitig die Legitimität des nationalen Rechts auf verschiedene Weise beeinflusst wird. Hierzu zählt, dass Bürger ihr ‚eigenes‘ Recht wählen können. Innerhalb der Grenzen, die das Internationale Privatrecht setzt (das in der Regel verlangt, dass die Parteien oder ihre Aktivitäten eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen)²¹, besteht oftmals die Möglichkeit, die Rechtsordnung zu wählen, die den Interessen der Vertragsparteien am ehesten entspricht. Dies führt zu einem ‚Rechtsmarkt‘²², der sich für einige Rechtsgebiete (wie Wirtschafts-, Gesellschafts-, Steuer- und Vertragsrecht) bereits verwirklicht hat. Gleichzeitig ist hierin eine Herausforderung für den demokratischen Charakter des Rechts zu sehen: Wenn Bürger eines Staates die Rechtsordnung eines anderen wählen können, wird die enge Verbindung zwischen der *Setzung* von Regeln und deren *Anwendung* gelöst.

Wenn man sich nun mit der Schaffung von Recht jenseits des Nationalstaates befasst, kann man zwei verschiedene Positionen einnehmen. Zunächst kann man vertreten, dass dieses Recht *vernationalstaatlich* werden sollte, indem man es wieder zu einem Teil der nationalen Rechtsordnung macht. Alternativ kann man jedoch auch vertreten, dass die Legitimität solchen Rechts aus einer *anderen* Quelle als dem Nationalstaat erwachsen muss. Die zweite Option ist dabei zu bevorzugen: Die Anwendbarkeit solchen Rechts ist nicht nur unabhängig von einem Staat, sondern ist auch nicht auf ein klar definiertes territoriales Gebilde beschränkt. Stattdessen werden die relevanten Regelungen oftmals grenzübergreifend gewählt und angewendet.²³ Aufgabenbereiche, die

19 Für einen aktuelle Überblick vgl. z.B. Reinhard Zimmermann, „The Present State of European Private Law“, *American Journal of Comparative Law* 2009, 479 ff.

20 Von Bar/Clive (Hg.) (Fn. 2).

21 Vgl. Verordnung 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. L 177 v. 4.7.2008, 6-16.

22 Erin O’Hara und Larry Ribstein, *The Law Market*, Oxford 2009.

23 Jost Delbrück, „Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies?“, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2003, 28, 29.

früher einem demokratischen Entscheidungsprozess auf nationaler Ebene unterworfen waren, wurden entsprechend auf die europäische oder internationale Ebene sowie auf nicht-territoriale normenschaffende Gemeinschaften verlagert. Es besteht somit die Notwendigkeit, Alternativen zur demokratischen nationalen Rechtsetzung zu finden.²⁴ Oder, wie es Anton Pelinka formulierte, „Demokratie wird jenseits des Nationalstaats möglich sein – oder Demokratie wird überhaupt nicht mehr möglich sein.“²⁵

Das Zwischenergebnis ist damit klar: Die Legitimität verschiedenartiger Regelungen, die Rechte und Pflichten von Privaten niederlegen, kann nicht mehr in den traditionellen demokratischen Verfahren nationalen Ursprungs gefunden werden. Alternativen sind zu entwickeln. Dies führt zurück zur Frage nach dem Verhältnis zwischen Demokratie und Zivilgesetzbüchern.

4. Legitimität eines Optionalen Zivilgesetzbuches

4.1 Ein funktionaler Ansatz zur Legitimität

Es wurde bereits deutlich, dass neue Arten des Rechts neue Formen der Legitimität voraussetzen. Aber was bedeutet dies für die Kodifizierung des Privatrechts auf europäischer Ebene? Ausgangspunkt zur Beantwortung dieser Frage soll, wie es *Bohman* formulierte, sein, dass Demokratie eine „Zusammenstellung von Institutionen, durch die Individuen als freie und gleiche Bürger ermächtigt werden, die Bedingungen ihres Zusammenlebens zu formen und zu verändern“,²⁶ darstellt. Diese Deliberation der Bürger über das Gemeinwohl ist auch Kernbestandteil des Habermasschen Demokratieverständnisses als Form der Kommunikation in einem Forum, in dem die Redner ihre Sichtweise zum Ausdruck bringen und andere darauf reagieren.²⁷ Die wichtigste Ausdrucksform dieser Kommunikation sind dabei die nationalen Verfassungen, durch die eine Gesellschaft ihre Ideen über sich selbst zum Ausdruck bringt. Bevor

24 Für eine anders ausgerichtete Darstellung der Entwicklung vgl. Florian Rödl, „Private Law Beyond the Democratic Order?, On the Legitimatory Problem of Private Law ‚Beyond the State‘“, *American Journal of Comparative Law* 2008, 743-768.

25 Anton Pelinka, „Democracy beyond the State: On the (Im-)Possibilities of Transnational Democracy“, *Trans: Internet-Zeitschrift für Kulturwissenschaften*, No. 15/2003. Formulierung im englischen Originaltext: „Democracy will be possible beyond the nation-state – or democracy will cease to be possible at all.“ Ausführlicher dazu auch Smits (Fn. 14), 26-40.

26 James Bohman, *Democracy across Borders: From Demos to Demoi*, Cambridge Mass. 2007, 2. Ursprünglicher Wortlaut in Englisch: „set of institutions by which individuals are empowered as free and equal citizens to form and change the terms of their common life together (...).“

27 Vgl. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1992.

grundlegende Rechtsregelungen über das Gemeinwesen gebildet wurden, kann dabei typischerweise kein Verfassungsrecht existieren.²⁸

Zudem ist die Feststellung bedeutsam, dass nicht die Gesamtheit des Privatrechts der öffentlichen Sphäre zuzurechnen ist. Die genaue Grenzziehung kann diskutiert werden, es besteht aber Einigkeit darüber, dass die *res publica* nicht grenzenlos ist: Es gibt einen Unterschied zwischen dem Leben im Gemeinwesen und dem Privatleben der Bürger.²⁹ Nicht alle Regelungen des Privatrechts, die traditionell in Kodifikationen enthalten sind, haben tatsächlich Einfluss auf das Zusammenleben der Bürger. Insbesondere das dispositive Recht, das typischerweise im Bereich des Vertragsrechts zu finden ist, muss nicht notwendigerweise einem politischen Entscheidungsprozess unterworfen sein. Diese Regelungen sollen lediglich Private unterstützen; schon allein die Tatsache, dass die Vertragsparteien vom dispositiven Recht abweichen können, wenn sie dies für angemessen halten, verleiht ihm eine andere Rechtsnatur als dem zwingenden Recht. Deshalb ist eine strikte Trennung zwischen zwingendem und dispositivem Recht vorzunehmen, wenn die Legitimität von Privatrecht diskutiert wird.³⁰ Dabei muss die Legitimität von dispositivem Recht nicht notwendigerweise durch einen nationalen demokratischen Prozess begründet werden, sondern kann auch aus der *Wahl* der Vertragsparteien herrühren, sich im Rahmen ihrer Vertragsbeziehungen der Anwendbarkeit anderer dispositiver Regelungen zu unterwerfen. Bei diesem Ansatz werden die *Funktionen* betrachtet, die die Demokratie erfüllt, und untersucht, inwieweit diese auch anderweitig ausgefüllt werden können.³¹

Bei der Betrachtung dieses funktionalen Demokratieansatzes ist es hilfreich, drei verschiedene Aspekte der demokratischen Legitimität zu unterscheiden.³² Formale Legitimität ist in der institutionellen Macht zur Verabschiedung gewisser Regelungen zu sehen. In Civil-Law-Rechtsordnungen ist diese Macht (und manchmal sogar Pflicht)³³ zur Kodifizierung des Privatrechts traditionell bei den nationalen Gesetzgebern verortet. Es ist klar, dass Rechtsregelungen, wie sie in Teil 3 diskutiert wurden, nicht in dieser Weise legitimiert werden können. Es ist indes zu berücksichtigen, dass eine wichtige Auf-

28 Vgl. Neil Walker, „Constitutionalism and the Incompleteness of Democracy: An Iterative Relationship“, University of Edinburgh School of Law Working Paper 2010/25.

29 David Held, *Models of Democracy*, 3. Aufl., Cambridge 2000, 283.

30 Aktuell und bedeutsam zu dieser Trennung vgl. Gerhard Wagner, „Mandatory Contract Law: functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights“, *Erasmus Law Review* 2010, 47-70.

31 Smits (Fn. 14), 26-40.

32 Hier wird Bohman (Fn. 28), 139 ff. gefolgt.

33 Vgl. Art. 107 der niederländischen Verfassung und Art. 34 der französischen Verfassung.

gabe dieser formalen Legitimität in der Möglichkeit besteht, die Entscheidungsträger für ihr Handeln zur Verantwortung zu ziehen, indem sie im Wege von Wahlen durch die Bürger ihrer Ämter enthoben werden können. In dieser Hinsicht gibt es allerdings andere Arten der Verantwortlichkeit, die zu ähnlichen Ergebnissen führen können. Eine dieser Alternativen ist die sogenannte Marktverantwortlichkeit (*market accountability*):³⁴ Die Legitimität entsteht dann nicht durch Wahlen, sondern durch den Markt auf Grund des Maßes der Zufriedenheit derjenigen, die von einem Regelwerk oder einer Bestimmung betroffen sind. In diesem Zusammenhang ist es hilfreich, auf das aktuelle Buch von Nils Jansen über nicht von Gesetzgebern verabschiedete Kodifikationen hinzuweisen.³⁵ Jansen vertritt dabei die Ansicht, dass in der Geschichte Europas der Grund für die Gültigkeit von Privatrecht in der Regel nicht die offizielle Verkündung durch die zuständigen Organe, sondern die tatsächliche *Nutzung* in der Praxis war. Es sind oftmals die *Praktiker*, die Normen die notwendige Autorität verleihen, nicht die Gesetzgeber: die „abstrakte Gültigkeit eines Textes, der Ausdruck einer Rechtsnorm ist, besteht in der Akzeptanz durch die Juristen als einer ultimativen Rechtsquelle.“³⁶

Wird die formale Legitimität auf diese Weise verstanden, ähnelt sie einem anderen Aspekt der Legitimität: der Tatsache, dass die Bevölkerung auch faktisch eine Möglichkeit hat, einer bestimmten Politik oder einer Entscheidung zuzustimmen oder diese abzulehnen. Eine solche vom Volk gewährte Legitimität (*popular legitimacy*) muss dabei nicht einer parlamentarischen Vertretung entstammen. Durch die Transnationalisierung des Rechts werden sich die effektiveren Formen der Partizipation wahrscheinlich auf Gruppen verlagern, die neue politische Gemeinwesen entlang funktionaler und nicht nationaler Grenzen bilden.³⁷ Die Regelungen, die in Teil 3 diskutiert wurden, können in der Tat besser auf solche Weise legitimiert werden: Sie haben in der Regel nur für eine eingegrenzte Gruppe Bedeutung und bedürfen deshalb auch nicht der Zustimmung des gesamten politischen Gemeinwesens.

Der letzte Aspekt behandelt die deliberative Legitimität. Im Rahmen einer Deliberation der Bürger werden Argumente für gewisse Politiken ausge-

34 Vgl. z.B. den Überblick mit weiteren Nachweisen von Gregg Garn, „Moving from Bureaucratic to Market Accountability: The Problem of Imperfect Information“, *Educational Administration Quarterly* 2001, 571-599, 578.

35 Nils Jansen, *The Making of Legal Authority: Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*, Oxford 2010.

36 Jansen (Fn. 37), 43. Englischer Wortlaut im Originaltext: „abstract authority of a text giving expression to a legal norm consists in the legal profession accepting it as an ultimate source of the law.“

37 Vgl. Delbrück (Fn. 25), 38: „functional authorities of varying geographical scope run by individuals selected by lot from among those with a material interest in the issue in question.“ Vgl. auch De Burca (Fn. 17), 123.

tauscht, wie im Rahmen dieser Arbeit bereits dargestellt wurde. Auch hier ist es nicht notwendig, dass an einer solchen Deliberation die gesamte Öffentlichkeit teilnimmt. Man kann sie auch auf die diejenigen beschränken, die am stärksten von der diskutierten Regelung betroffen sind. Wenn in der Qualität der Deliberation eine wichtige Voraussetzung für den Erfolg einer Demokratie gesehen wird,³⁸ kann man sogar vertreten, dass eine Deliberation zwischen gut informierten Spezialisten zu einer größeren Legitimität als eine allgemeine Debatte zwischen uninformierten Nichtspezialisten führt.

Zusammengenommen zeigen diese drei Aspekte, dass Legitimität auch von einer begrenzten Zahl von Bürgern ausgehen kann, die Regeln wählen, die sie auf Grund ihrer Qualität am besten finden. Dies wirft die Frage auf, was sich hieraus für die Legitimität eines Optionalen Europäischen Vertragsgesetzbuches ergibt.

4.2 *Ein Optionales Vertragsgesetzbuch*

Wenn wir grundsätzlich den vorstehenden Erwägungen über die Möglichkeiten, wie Legitimität von Privatrecht jenseits des Nationalstaates erreicht werden kann, zustimmen, stellt sich die Frage, was dies für ein Optionales Europäisches Vertragsgesetzbuch bedeutet, wie es die Europäische Kommission anstrebt. Obwohl der genaue Inhalt und die genaue Ausgestaltung dieses Gesetzbuches noch unklar sind, wurden seine Konturen bereits im Grünbuch von 2010 skizziert:³⁹

„Dadurch würde ein umfassender und möglichst eigenständiger Satz von Vertragsrechtsvorschriften in die innerstaatlichen Rechtssysteme der 27 Mitgliedstaaten übernommen werden, den die Vertragsparteien als das geltende Recht auswählen können. Vertragsparteien könnten, vor allem für Geschäfte im Binnenmarkt, auf alternative Rechtsvorschriften zurückgreifen. Die Anwendung des Instruments könnte entweder auf grenzüberschreitende Verträge beschränkt oder sowohl für grenzüberschreitende Verträge als auch für innerstaatliche Verträge vorgesehen werden.“

Kernpunkt der vorstehenden Ausführungen bis hierhin ist, dass die Tatsache, dass eine 28. Optionale Rechtsordnung nicht von einem demokratischen Gesetzgeber verabschiedet wurde, wie wir ihn auf nationaler Ebene kennen, noch nicht ausreicht, um ihr jegliche Form von Legitimität abzuspochen. Entspre-

38 Vgl. als wichtigste Vertreter John Rawls, *Political Liberalism*, New York 1993 und Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1992.

39 Grünbuch der Kommission: Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM (2010) 348 endg., 9 f.

chend ist die Sichtweise, die von Van Zelst⁴⁰ und anderen⁴¹ zum Ausdruck gebracht wurde, zurückzuweisen. Diese geht zu Recht davon aus, dass der DCFR die Grundlage für ein Optionales Instrument bilden wird, kritisiert dies allerdings zu Unrecht.⁴² Van Zelst fasst die bestehende Kritik wie folgt übersichtlich zusammen:

„Zunächst fehlt den Wissenschaftlern, die an der Erstellung des DCFR beteiligt sind, eine demokratische Legitimität. Die Gruppe repräsentiert weder die Gesamtheit der Bevölkerung in den Mitgliedstaaten, noch spiegelt sie ihre politischen Überzeugungen wider. Außerdem ist es fraglich, ob Professoren mit der Aufgabe, sozialpolitische Realitäten in Gesetze zu übersetzen, beauftragt sein sollten. In demokratischen Gesellschaften scheint dies prinzipiell die Aufgabe von (demokratisch legitimierten) Gesetzgebern zu sein [...]“⁴³

Auch Christoph Schmid beschäftigt sich mit dem Legitimitätsdefizit eines Optionalen Instruments und vertritt dabei den Standpunkt, dass eine solche 28. Rechtsordnung nur auf grenzüberschreitende Verträge Anwendung finden sollte. Die Entscheidung, diese auch für innerstaatliche Sachverhalte zur Verfügung zu stellen, sollte seiner Meinung nach den einzelnen Mitgliedstaaten überlassen bleiben, die hierbei die nationalen Parlamente beteiligen müssten.⁴⁴

Mein Verständnis von Legitimität eines Optionalen Vertragsgesetzbuches ist anders. Wenn die Legitimität eines Optionalen Instruments in der Wahl der Rechtsordnung durch die Vertragsparteien gesehen werden kann, muss es nicht durch die nationalen Parlamente legitimiert werden. Die Marktverantwortlichkeit, die bereits im Abschnitt 4.1 Erwähnung fand, kann für die Legitimität von nicht-zwingenden Vertragsrechtsordnungen von größerer Bedeutung als gemeinhin angenommen sein. Wenn Marktverantwortlichkeit z.B. bei Schulen bedeutet, dass gute Schulen mehr Schüler anziehen, während schlechte Schulen dadurch zur Verantwortung gezogen werden, dass sie Schüler verlieren, kann ein vergleichbarer Mechanismus auch bei nichtzwingendem Vertrags-

40 Bas Van Zelst, *The Politics of European Sales Law*, The Hague 2008, 244-245.

41 So z.B. die Study Group on Social Justice in European Private Law, „Social Justice in European Contract Law: a Manifesto“, *European Law Journal* 2004, 653-674 und Martijn W. Hesselink, „The Politics of a European Civil Code“, *European Law Journal* 2004, 675-697.

42 Der Autor dieses Beitrags sieht den DCFR auch sehr kritisch, wenn auch aus anderen Gründen als der angeblich fehlenden Legitimität. Vgl. hierzu z.B. Jan M. Smits, „The Draft Common Frame of Reference: how to improve it?“, in: Micklitz, Hans-W./Cafaggi, Fabrizio (Hg.), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Cheltenham 2010, 90-100.

43 Ursprünglicher englischer Wortlaut: „First of all, the scholars that are involved in the drafting of the DCFR lack democratic legitimacy. The group represents neither all of the populations of the Member States, nor their political convictions. Secondly, it is questionable whether professors should be vested with the translation of social-political reality into legislation. In a democratic society, this would seem to principally be the task of the (democratically legitimised) legislature [...]“

44 Schmid (Fn. 1), 299.

recht durch einen Wettbewerb der Rechtsordnungen funktionieren. Entsprechend werden Vertragsparteien, die die Wahlfreiheit bezüglich der anwendbaren Rechtsordnung haben, diejenige wählen, die für sie am besten ist. Wenn das Optionale Instrument nicht von den Vertragsparteien zur Anwendung gebracht wird, sind die Verfasser dementsprechend für den fehlenden Erfolg dieser Rechtsordnung verantwortlich.

Die Sichtweise, dass die Änderung von Recht eine politische Entscheidung durch ein Parlament, das bei der Erstellung und der Verabschiedung des Rechts beteiligt sein sollte, voraussetzt, ist demnach eher eine traditionelle, auf den demokratischen Input gerichtete. Es ist aber auch eine Sichtweise, die den Erfahrungen mit der Erstellung von Privatrechtsregelungen widerspricht. Bindende nationale Zivilgesetzbücher wurden häufig ohne bedeutsamen Einfluss der Parlamente entworfen. Es ist zwar wahr, dass die letzte Entscheidung über die endgültige Inkraftsetzung eines Zivilgesetzbuches von den nationalen Parlamenten getroffen wurde (und wenn es um die Einführung eines *bindenden* Europäischen Zivilgesetzbuches ginge, sollte dies auch so sein), aber im Rahmen der Erstellung der Kodifikationen wurden die relevanten Entscheidungen in der Regel von den Verfassern selbst getroffen.⁴⁵ Dies ist auch auf Grund der oftmals sehr detaillierten und hoch technischen Fragen im Rahmen der Erstellung eines Entwurfs für ein Zivilgesetzbuch sinnvoll. Nur wenn es um politisch sensible Fragen (wie die Herabsetzung des Verbraucherschutzniveaus) geht, sollten Parlamente beteiligt werden. Eine wichtige Ausnahme zu dieser Arbeitsweise stellte der Entwurfsprozess des neuen Niederländischen Zivilgesetzbuches dar. Unmittelbar nach dem Beginn dieses Prozesses im Jahre 1947 wurde eine Liste mit zentralen Fragen dem Niederländischen Parlament vorgelegt.⁴⁶ Trotzdem ist nicht ersichtlich, wie parlamentarische Stellungnahmen hilfreich sein können, wenn es um die Struktur eines Zivilgesetzbuches und andere typische akademische Fragen geht. So ist z.B. auch die Frage, ob ein Zivilgesetzbuch eine Generalklausel für Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung enthalten sollte, keine Frage, die von Parlamenten entschieden werden sollte.

Auch ist die Feststellung bedeutsam, dass die Erfahrungen mit Optionalen Instrumenten bestätigen, dass solche Spezialregelungen für gewöhnlich ohne Einflüsse von Parlamenten im Entwurfsstadium entstehen. Stattdessen beschränkt sich der Einfluss eines Parlaments meist auf die Entscheidung, ein bereits *existierendes* Instrument, das von Experten entworfen wurde, in Kraft zu setzen. Die beiden wichtigsten Beispiele für solche Instrumente sind der ame-

45 Vgl. auch Peter A. J. Van den Berg, *The Politics of European Codification*, Groningen 2007.

46 Detailliert dazu vgl. Martijn W. Hesselink, „The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanization: The Dutch Experience“, in: Vogenauer, Stefan/Weatherill, Stephen (Hg.), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford 2006, 39 ff.

rikanische Uniform Commercial Code (UCC) und das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG). In beiden Fällen beschränkte sich der „demokratische“ Einfluss (im Fall des UCC) auf einzelne Parlamente der amerikanischen Staaten bzw. (im Fall der CISG) auf nationalstaatliche Parlamente, die bereits existierende Rechtsordnungen verabschiedet haben. Diese Erfahrungen verdeutlichen, dass Parlamente nicht zwingend am Entwurf erfolgreicher Kodifikationen beteiligt sein müssen.

5. Abschließende Bemerkungen

In diesem Artikel wurde dargelegt, dass ein Optionales Europäisches Vertragsgesetzbuch nicht den traditionellen demokratischen Anforderungen genügen muss, die nationale Zivilgesetzbücher einzuhalten haben. Seine Legitimität kann größtenteils auf der Wahl der Vertragsparteien basieren. Dies passt zu den Bedürfnissen einer postwestfälischen Welt, in der neue Formen der Legitimität jenseits der bekannten, im nationalstaatlichen Kontext entwickelten Konzepte gefunden werden müssen.