

Schuldrechts- modernisierung und Europäisches Vertragsrecht

Herausgegeben von
OLIVER REMIEN

Mohr Siebeck

Schuldrechtsmodernisierung und
Europäisches Vertragsrecht



Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht

Zwischenbilanz und Perspektiven –
Würzburger Tagung vom
27. und 28. 10. 2006

Herausgegeben von
Oliver Remien

Mohr Siebeck

Oliver Remien, geboren 1957, Studium in Hamburg und Genf, Tätigkeiten in Paris und Brüssel, Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, 1990 Promotion, 1999/2000 Habilitation, seit 2001 Ordinarius an der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

ISBN 978-3-16-149576-2 / eISBN 978-3-16-163145-0 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg/N. gebunden.

Inhaltsverzeichnis

Oliver Remien

Einführung in das Thema 1

Ole Lando

Kultur und Vertragsrechtsordnungen. Is There a Cultural Value
in Diversity of Contract Law? 3

Hans Schulte-Nölke

Restatement – nicht Kodifikation. Arbeiten am „Gemeinsamen
Referenzrahmen“ für ein Europäisches Vertragsrecht 25

Pascal Ancel

Das Projekt Catala zur Reform des Schuldrechts in Frankreich
– einige Aspekte 45

Diskussionsbericht: *Lando, Schulte-Nölke und Ancel*

Markus Heuschmann 59

Dirk Looschelders

Unmöglichkeit – ein Störenfried in der Dogmatik des deutschen
Leistungsstörungenrechts? 63

Martin Schmidt-Kessel

Schadensersatz wegen Vertragsbruchs im System der Rechtsbehelfe 85

Diskussionsbericht: *Looschelders und Schmidt-Kessel*

Hannes Kern 101

Salvatore Patti

Der Reformentwurf für das vierte Buch des Codice Civile und
die Adhäsionsverträge 105

Jan M. Smits

The German “Schuldrechtsmodernisierung” and the New Dutch
Civil Code: a Study in Parallel 117

Thomas Pfeiffer

Geschäftsgrundlage und Kündigung aus wichtigem Grund 133

Diskussionsbericht: *Patti, Smits und Pfeiffer*

Anja Safari 149

Klaus Jochen Albiez Dohrmann

Reformnotwendigkeiten im spanischen Kaufrecht und deutsche
und europäische Vorbilder 155

Barbara Dauner-Lieb

Nacherfüllung – Ein Irrweg? 191

Diskussionsbericht: *Albiez Dohrmann und Dauner-Lieb*

Anja Safari/Hannes Kern 205

Lajos Vékás

Über das Leistungsstörungenrecht im ungarischen Privatrecht *de lege lata*
et ferenda aus Sicht der deutschen Schuldrechtsmodernisierung 209

Stefan Leible

Culpa in contrahendo 219

Angus Johnston

Instances and Analysis of Feedback in the Loop-flow between EC Law
and National Private Law. Some Tentative Insights for Comparative
and European Community Lawyers 235

Diskussionsbericht: *Vékás, Leible und Johnston*

Anja Safari 275

Claire Huguenin/Mathias Hermann

Europäisches Vertragsrecht und Obligationenrecht –
Herausforderungen für die schweizerische Zivilrechtswissenschaft 279

Athanassios K. Pouliadis

Die Schuldrechtsmodernisierung aus der Sicht des griechischen Rechts 297

Oliver Remien

Schlusswort – in neun Punkten 303

Verzeichnis der Autoren, Diskussionsteilnehmer und

Diskussionsberichterstatter 307

Gesetzesregister 309

Sachregister 317

Einführung in das Thema

Oliver Remien

Spektabilität, liebe Kolleginnen und Kollegen,
sehr geehrte Damen und Herren, liebe Studentinnen und Studenten

Herzlich willkommen zu unserer Tagung, herzlich willkommen in Würzburg. „Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht“ auf einer Tagung zu behandeln bedeutet, zwei verschiedene, aber eng miteinander verbundene Themen gemeinsam zu betrachten.

Die deutsche Schuldrechtsmodernisierung ist bald fünf Jahre in Kraft¹ – hat sie sich bewährt? Oder hat sie das BGB verhunzt? Löst sie die Rechtsfälle des Lebens angemessen? Um die voreilige Selbstvornahme wird heftig gestritten, der Nutzungsersatz bei Nachlieferung missfällt – m.E. ganz zu recht – dem BGH² und wird den EuGH beschäftigen³. In §444 BGB ist das Wörtchen „wenn“ recht schnell durch „soweit“ ersetzt worden⁴. Ist mehr Nachbesserung angeraten? Einzelfragen des neuen Schuldrechts werden heute und morgen in Referaten von bekannten Schuldrechtsexperten untersucht werden – Looschelders, Schmidt-Kessel, Th. Pfeiffer, Barbara Dauner-Lieb, Leible.

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist unter anderem mit den europäischen Entwicklungen begründet worden, insbesondere der Verbraucherkaufrichtlinie⁵. Die Entwicklungen der letzten fünf Jahre sind im europäischen Bereich rasant. Das Europäische Parlament hat im März 2006⁶ und erneut im

¹ Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.01 (BGBl. I S.3137), in Kraft seit dem 1.1.2002.

² BGH, Vorlagebeschluss vom 16. August 2006 – VIII ZR 200/05; dazu Pressemitteilung Nr. 118/2006 vom 16.8.2006.

³ Rechtssache C-404/06 – Quelle AG ./ Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, dazu nun Schlußanträge der Generalanwältin Trstenjak vom 15.11.2007.

⁴ Neufassung aufgrund des Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen vom 2.12.2004 (BGBl. I S. 3102).

⁵ RiL 1999/44/EG.

⁶ Entschließung des Europäischen Parlaments zum Europäischen Vertragsrecht und zur Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands: weiteres Vorgehen, vom 23.3.2006, INI/2005/2022 – P6 TA (2006) 0109.

September 2006⁷ wiederum Entschliefungen zum Europäischen Vertragsrecht gefasst. Aber auch in vielen Mitgliedstaaten tut sich etwas. Wir werden die allgemeinen Aspekte betrachten und vergleichend zu den Entwicklungen in Deutschland sechs weitere europäische Rechtsordnungen analysieren. Zunächst wird Ole Lando die Grundfragen nach europäischer Vertragsrechtschöpfung aufwerfen: Is there a cultural value in diversity of Contract Law? Dann wird Hans Schulte-Nölke über die Arbeiten am Gemeinsamen Referenzrahmen, Common Frame of Reference, berichten. Anschließend kommt das Land zur Sprache, das vor zwei Jahren das zweihundertste Jubiläum seines Code civil gefeiert und im vergangenen Jahr einen Entwurf einer Schuldrechtsmodernisierung vorgelegt hat: Frankreich mit dem Projekt Catala – Pascal Ancel, der an den Arbeiten beteiligt war, wird uns darüber unterrichten. Italien, die Niederlande, Spanien, Ungarn und England werden von den Herrn Patti, Smits, Albiez Dohrmann, Vékás und Johnston betrachtet werden. So sollte insgesamt ein rundes, wirklich europäisches Bild des Schuldrechts entstehen.

„Rettet das BGB vor Brüssel“ war am Mittwoch vergangener Woche ein Leitartikel im Wirtschaftsteil der FAZ überschrieben⁸. „Eifrige Doktoranden basteln am Reißbrett ein europäisches Zivilgesetzbuch, das niemand braucht.“ heißt es dort u.a. Aber vielleicht ist das BGB durch die Schuldrechtsmodernisierung bereits verloren, oder ist es nun Modell für Europa, oder wird Brüssel, eventuell Luxemburg, die Mängel der Schuldrechtsmodernisierung nachbessern? Seien wir gespannt! Dank hochkarätiger Referenten, des Einsatzes der Mitarbeiter meines Lehrstuhls, großzügiger Unterstützung durch die Universität Würzburg und die Kanzlei GleissLutz können wir dem hier nachgehen.

Jetzt hat Ole Lando das Wort. Als Vater der Principles of European Contract Law bedarf er wirklich keiner weiteren Vorstellung.

⁷ Entschließung des Europäischen Parlaments zum Europäischen Vertragsrecht vom 7.9.2006, B6-0464/2006 – P6 TA (2006) 0352.

⁸ Kommentar von Joachim Jahn, FAZ vom 18.10.2006, Nr. 242, S. 13.

Kultur und Vertragsrechtsordnungen

Is There a Cultural Value in Diversity of Contract Law?

Ole Lando

I. Europäische Vereinheitlichungsbestrebungen und nationale Rechtskultur

Der Handel mit dem Ausland wirft die Frage auf: Welches Recht beherrscht den Vertrag? Die Regelungen für diese Frage, die Kollisionsnormen, sind in der Praxis schwer zu handhaben. Zur Beendigung der Ungewißheit darüber, welchem Recht der Vertrag unterfällt, wurden Versuche unternommen, die Rechte zu vereinheitlichen und zu harmonisieren. Ein großer Erfolg war das UN-Kaufrecht (CISG), das im April 1980 verabschiedet wurde. Bis zum September 2006 haben siebenundsechzig Länder das Übereinkommen in Kraft gesetzt.

In den Jahren 2000 und 2003 hat die Kommission für Europäisches Vertragsrecht die Principles of European Contract Law (PECL) veröffentlicht, die die allgemeinen Prinzipien des Vertragsrechts abdecken.¹ Aufbauend auf den PECL

* Von Ole Lando durchgesehene, am Lehrstuhl Remien erstellte deutsche Übersetzung des englischsprachigen Vortragsmanuskripts.

¹ Lando & Beale (eds.), Principles of European Contract Law, Parts I & II, prepared by the Commission on European Contract Law, The Hague 1999 (hereinafter PECL I & II). Es gibt jetzt eine italienische Fassung: *Prinzipi di diritto Europeo dei contratti, Parte I & II*, edizione italiano a cura di Carlo Castronovo, Mailand, 2001; eine spanische Fassung: *Principios de derecho contractual Europeo, Partes I y II*, Edición española a cargo de Pilar Barres Beneloch, José Miguel Embid Iruj, Fernando Martínez Sanz, Madrid, 2003; und eine deutsche Fassung: *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II*, Deutsche Ausgabe von Christian von Bar, Reinhard Zimmermann, München, 2002.

Lando, Clive, Prüm & Zimmermann (eds.), Principles of European Contract Law, Part III, The Hague, 2003, (hereinafter PECL III). Deutsche Fassung: *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil III*, Deutsche Ausgabe von Christian von Bar, Reinhard Zimmermann, München, 2005. Italienische Fassung: *Prinzipi di diritto Europeo dei contratti, Parte III*, edizione italiano a cura di Carlo Castronovo, Milano, 2005. Eine französische Ausgabe: *Principes du droit Européen du contrat*, préparée par Georges Rouhette, avec le concours de Isabelle de Lamberterie, Denis Tallon et Claude Witz, Paris, 2003, comprise Parts I, II, and III. Japanische und koreanische Ausgaben der PECL I–III sind in Vorbereitung. Siehe hierzu die Website der Kommission für Europäisches Vertragsrecht, <http://web.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html>.

arbeitet die Study Group on a European Civil Code² derzeit an den einzelnen Vertragstypen, dem Deliktsrecht, der Rückabwicklung und dem wohlthätigen Handeln in fremden Angelegenheiten (*negotiorum gestio*). Daneben bereitet sie Regelungen für bewegliche Sachen, d.h. Übereignung, Sicherungsgeschäfte und Treuhandgeschäfte, vor.

Im Unterschied zum CISG sind die PECL und der Entwurf eines Europäischen Zivilgesetzbuches nicht bindendes Recht, aber sie sind dergestalt gefaßt, daß sie beinahe ohne einen weiteren Federstrich ein bindendes Zivilgesetzbuch werden könnten.

Dies gilt auch für die Unidroit Principles of International Commercial Contracts (UPICC), die von Unidroit³ herausgegeben werden und ebenso die allgemeinen Prinzipien des Vertragsrechts abdecken. Dieses „International Restatement of Contract Law“⁴ bietet sich der ganzen Welt an. Die Principles sind anwendbar, wenn die Parteien einer internationalen Transaktion vereinbart haben, daß ihr Vertrag sich nach diesen Regeln richten soll oder wenn diese vereinbart haben, daß ihr Vertrag sich nach allgemeinen Prinzipien des Rechts richten soll, wie beispielsweise der *lex mercatoria*.

Die Unidroit Principles und die PECL zeigen große Ähnlichkeiten. Ihre Ausdrücke und Strukturen sind ähnlich und ungefähr 2/3 der Klauseln der Unidroit Principles sind im Ausdruck und der Substanz identisch zu denen der PECL. Was den Abschluß des Vertrages und die Verpflichtungen der Vertragsparteien betrifft, Vertragsbruch und Rechtsbehelfe wegen Vertragsbruch eingeschlossen, haben die beiden Instrumente die meisten ihrer Regelungen vom CISG übernommen und zusammen bilden die drei eine „Troika“ von Regelungen, die bereits überall auf der Welt einen großen Einfluß gehabt haben und vermutlich auch noch in der Zukunft haben werden.

Die EU-Kommission hatte Pläne für ein optionales Instrument, das Regeln für ein Vertragsrecht enthält, das die Parteien einer grenzüberschreitenden Transaktion übernehmen können (*opt in*) oder das gelten könnte, außer die Parteien vereinbaren ein anderes Vertragsrecht (*opt out*). Das Schicksal dieses Instrumentes ist noch immer nicht entschieden, auch nicht sein Inhalt. Fürs letzte sind die Aussichten nicht besonders glänzend. Die meisten Interessenvertreter („stakeholder“), die nach ihrer Meinung gefragt wurden, bevorzugten das „*opt-in*“ Modell. Einige von ihnen wollen es auf einige Vertragsrechtsbereiche begrenzen, d.h. auf einzelne Kauf- und Dienstleistungsverträge, andere würden einige Bestimmungen des Allgemeinen Vertragsrechts und besondere Verträge

² Siehe die Website der Study Group: <http://www.sgecc.net/>.

³ Unidroit Principles of International Commercial Contracts, veröffentlicht von Unidroit, Rom, 2004. Die Principles existieren in vielen Sprachen. Die erste Ausgabe wurde 1994 herausgegeben.

⁴ Siehe *Michael Joachim Bonell*, *An International Restatement of Contract Law*, The Unidroit Principles of international Commercial Contracts, 3rd ed., New York, USA, 2005.

einbeziehen, wieder andere wollen sogar Bereiche einbeziehen, die mit dem Vertragsrecht verbunden sind, wie Sicherheitsrecht, ungerechtfertigte Bereicherung und Kreditsicherheiten im Bereich der beweglichen Sachen. Eine Gruppe von Interessenvertretern arbeitet zur Zeit an einem gemeinsamen Referenzrahmen, der ebenso nicht bindende allgemeine Vertragsrechtsregelungen bereitstellt. Seine Hauptaufgabe besteht jedoch darin, Sätze und Regeln bereitzustellen, die die existierenden verbraucherschützenden Richtlinien ergänzen.⁵

Der Idee, ein Europäisches Zivilgesetzbuch⁶ oder ein Optionales Instrument in der äußeren Form eines Gesetzbuches zu schaffen, hat sich in einigen Bereichen Widerstand entgegengestellt. Heutzutage betrachten viele Juristen das nationale Recht als einen Teil des nationalen Kulturerbes. Schon im Jahre 1814 behauptete der deutsche Wissenschaftler von Savigny, daß das Recht den Volksgeist widerspiegle. Das Recht lebt in und wächst mit dem Volk und die Juristen jeden Landes werden es den sich ändernden Zeiten entsprechend anpassen.⁷ Was für die eine Nation passendes Recht ist, kann für eine andere Nation unpassend sein. Heutzutage weisen die Gegner der Vereinheitlichung zudem auf den Wert der Unterschiedlichkeit hin. Pierre Legrand ist einer von diesen.⁸ Er führt an, daß die Ethik der Vergleichung fordere, daß man die Unterschiedlichkeit als Wert ansehe. Wie arm wäre die Welt, wenn es nicht diese Verschiedenheit gäbe, wenn z.B. das römische Recht Britannien erobert hätte und damit die Engländer gehindert hätte, ihr Common Law zu entwickeln?

Britannien, die Republik Irland und die nordischen Länder, Dänemark, Finnland, Island, Norwegen und Schweden, haben kein Zivilgesetzbuch. Die Juristen aus diesen Staaten behaupten ein solches nicht zu brauchen und viele von ihnen schauen mißtrauisch auf ein europäisches Gesetzbuch. Alle anderen EU Mitglieder auf dem europäischen Kontinent haben Zivilgesetzbücher, aber auch hier gibt es Viele, die ein Gesetzbuch oder optionales Instrument ablehnen. Sie bevorzugen die bestehende Unterschiedlichkeit.

Wie wichtig ist diese Unterschiedlichkeit? Im folgenden werden wir uns mit der Frage befassen, ob die Bewahrung des kulturellen Werts des nationalen Rechts die EU daran hindern sollte, ein Gesetzbuch oder ein optionales Instrument zu entwerfen. Zunächst werden wir auf die Staaten ohne Gesetzbuch

⁵ Siehe KOM (2004) 651 vom 11.10.2004, Beratungen der Kommission mit dem Europäischen Parlament und Rat, Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des Besitzstandes: der Weg nach vorne. Siehe ebenso First Annual Progress Report on European Contract Law and the Acquis Review, KOM (2005) 456 am Ende.

⁶ Siehe bezüglich des Gesetzbuches *Stefan Grundmann*, European Contract Law(s) of What Colour? ERPL Vol. 1 (2005) 184.

⁷ Vergleiche *von Savigny*: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg, 1814, abgedruckt in *Hattenhauer, Thibaut und Savigny*, Ihre programmatischen Schriften, München, 1973, 95 ff.

⁸ *Pierre Legrand*, On the Unbearable Localness of the Law, Academic Fallacies and Unseasonable Observations, 10 ERPL (2002), 61–76.

schauen, wie die Britischen Inseln und die nordischen Staaten und sehen, ob für diese ein Gesetzbuch undenkbar wäre, dann werden wir einige Beispiele für die Unterschiedlichkeit der Vertragsrechte in Europa untersuchen, namentlich diejenigen, auf die sich die Anhänger der Unterschiedlichkeit berufen, und werden sehen, ob diese Unterschiede unüberwindbar sind.

II. Der Ansatz des Common Law

In Britannien und Irland stellen die Präzedenzfälle der Obergerichte noch immer eine sehr bedeutende Quelle dar. Sie werden als autoritative Feststellungen des Rechts betrachtet. In England wird jedes Gericht infolge der Doktrin des *stare decisis* gebunden, die besagt, daß das Gericht jedem Fall, der von einem ihm übergeordneten Gericht entschieden wurde, folgen muß und daß die Berufungsgerichte mit Ausnahme des House of Lords durch ihre früheren eigenen Entscheidungen gebunden sind. Der Richter versucht aus den Präzedenzfällen, die die Anwälte vor ihn gebracht haben, Regeln zu destillieren. Von Fall zu Fall fortschreitend ist der Richter sich durchgehend der praktischen Probleme bewußt, die der ihm vorliegende Fall aufweist. Diese Fallrecht-Methode hat gewiß ihre Vorzüge. Die berichteten englischen Fälle sind überwiegend gut geschrieben. Die britischen Richter, die bekanntlich als Anwälte ausgebildet sind, schreiben um die unterlegene Partei und diejenigen, die den Fall später lesen, zu überzeugen. Wer die Rechtsvergleichung unter Gebrauch der Fallmethode lehrt sieht, daß die Fälle der Common Law-Staaten im Hinblick auf die Probleme aufschlußreicher und anschaulicher sind als die Fälle der civil Law-Länder.⁹ Verglichen mit den Orakeln der französischen und den wissenschaftlichen Erleuchtungen der deutschen Gerichte, sind die Urteile der aufgrund Common Law entscheidenden Gerichte leicht zu verstehen und überzeugen. Die Prüfung und Analyse der Präzedenzfälle bringt das Gericht auch dazu, die hinter den Entscheidungen stehende Wertung zu beachten. Dieser Ansatz ist im Wesentlichen einem vorzuziehen, bei dem die Gerichte, die darauf geschult wurden, die Buchstaben des Gesetzbuches anzuwenden, vortäuschen dies mechanisch zu tun. Ein Gesetzbuch entbindet nicht von der Notwendigkeit, sich mit den Präzedenzfällen auseinanderzusetzen. Die kontinentalen Gerichte machen dies und sie befolgen die Präzedenzfälle, obwohl die Gerichte in Frankreich, Italien und anderen Ländern diese in ihren Entscheidungen nicht erwähnen. Diese kontinentalen Gerichte könnten von den englischen Gerichten lernen und Prä-

⁹ Siehe beispielsweise die in IUS COMMUNE CASEBOOKS OF THE COMMON LAW OF EUROPE, Cases, Material and Text on Comparative Contract Law, edited by Hugh Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kötz und Denis Tallon, berichteten Entscheidungen.

zedenzfälle zitieren, die relevante Literatur zitieren und verständliche und überzeugende Gründe für ihre Entscheidung angeben.

Ein Recht, das auf Erfahrungen beruht, wird meistens bessere Entscheidungen ermöglichen als die abstrakten Prinzipien eines Gesetzbuches. Die englischen Mitglieder der Kommission für Europäisches Vertragsrecht, die wandelnde Enzyklopädien ihres Fallrechts waren, konnten englische Fälle aufzeigen, die zeigten, daß einige Regelungen der kontinentalen Gesetzbücher in bestimmten Situationen nicht funktionierten.

Die kontinentalen Gerichte scheuen sich, die klaren Anweisungen eines Gesetzbuches oder eines Gesetzes zu mißachten, selbst wenn es sie zu einer absurden Entscheidung führt.¹⁰ Zugegebenermaßen befolgen die kontinentalen Gerichte manchmal eine Gesetzesbestimmung nicht. Die deutschen Gerichte haben sich zum Beispiel auf das Prinzip von Treu und Glauben in § 242 BGB berufen, um andere Bestimmungen des BGB außer Acht zu lassen.¹¹ Auch wird man Beispiele für Abweichungen in Frankreich und anderen Ländern finden.¹² Und einen Genehmigungsstempel hat das Recht zur Außerachtlassung einer Gesetzesregel in Art. 6:2 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches von 1992 (BW) erhalten, der dem Gericht aufgibt, ein Gesetz nicht anzuwenden, wenn seine Anwendung „nach den Maßstäben von Redlichkeit und Billigkeit unzumutbar“ wäre.

Jedoch hat die Common Law-Methode auch ihre Schwächen. Einige englische Juristen sehen die Rechtssicherheit und die Vorhersagbarkeit des Common Law als eine seiner Stärken. Dies scheint mir eine nicht unbedingte Wahrheit. Die Gerichte haben Prinzipien und Regeln entwickelt, die für eine gewisse Rechtssicherheit sorgen, aber sie haben auch manche dieser Prinzipien wieder entwurzelt, wie die Doktrin der consideration, die unten behandelt wird. Jeder Präzedenzfall hat eine sehr beschränkte Wirkung.¹³ Es sind nur das „holding“ oder die ratio decidendi „eine Entscheidung“, die dem stare decisis unterliegt.

Das „holding“ ist eng mit den Tatsachen des Falles verbunden und das exakte „holding“ des Präzedenzfalles zu bestimmen ist immer eine Frage der Auslegung. Das ist manchmal nicht einfach, insbesondere wenn die Richter eines Kollegialgerichts verschiedene Begründungen für dasselbe Ergebnis gegeben

¹⁰ Manchmal sieht man, dass ein Richter in seiner Begründung zur Entscheidung bemerkt, dass er wünscht, daß das Gesetz anders entschiede, das er das aber zu befolgen habe.

¹¹ *Markesinis, Unberath & Johnston*, *The German Law of Contract, A comparative treatise*, 2nd ed., 2006, 124. Siehe ebenso *Vogenauer*, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, Tübingen, 2001, Vol I, 159 ff.

¹² Bezüglich Frankreich vergleiche *Vogenauer* op.cit. vorige Fn., Vol I, 297 ff. Das höchste norwegische Gericht hat sich ab und zu auf höhere Prinzipien berufen um die Bestimmungen des Gesetzes außer Acht zu lassen, siehe *Hans Peter Graver*, *I prinsippet prinsipiell*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2006, 189, 206.

¹³ Siehe *Lord Goff*, *The Future of the Common Law*, 46 *International and Comparative Law Quarterly* (1997) 745, 753.

haben. Außerdem hat das House of Lords bekanntgegeben, daß es seine eigenen Präzedenzentscheidungen aufheben wird, wenn es wichtige Gründe hierfür sieht.¹⁴

Tatsache ist, daß das englische Recht aus Tausenden von kleinen Regeln, festgemacht an einzelnen Fällen – von denen manche bis ins 19. Jahrhundert oder noch früher zurückreichen – besteht. Sie sind schwer zu finden. Wie ein englischer Gelehrter sagte, stellt die Schwierigkeit, Zugang zu Richterrecht zu bekommen, ein ernsthaftes Problem der englischen Jurisprudenz dar: „The major weakness of the judge-made law is its immense diffusion and the consequent difficulty of access to it“.¹⁵

Seit 1973 hat das Vereinigte Königreich die EU-Gesetzgebung angenommen und umgesetzt und im Zuge dieser Entwicklung hat eine zunehmende Europäisierung des britischen Rechts stattgefunden. Die Anzahl geschriebener Gesetze ist gestiegen und manche von ihnen – wie der Contracts (Right of Third Parties) Act von 1999, der keine Umsetzung einer EU-Richtlinie darstellt – haben das britische Recht näher an das kontinentale Recht herangebracht. Die englischen Gerichte haben, wie gesagt wird, ihre führende Rolle als Gesetzgeber an das Parlament und an Minister mit der Macht zum Erlass von Rechtsverordnungen verloren.¹⁶ Heutzutage läuft die Interpretation von geschriebenen Gesetzen durch englische Gerichte nicht allzu verschieden von der durch kontinentale Gerichte ab.¹⁷ Sogar in England gibt es einen bekannten Schriftsteller, der es bedauert, daß Großbritannien kein „weiches Recht“ wie die American Restatements of Law besitzt und der ein richtiges Gesetzbuch – in der Art wie es der American Uniform Commercial Code¹⁸ darstellt – bevorzugt, ein Gesetzeswerk, welches sich in Form und Methodik sehr von einem Europäischen Vertragsgesetzbuch unterscheidet, welches aber Systematik und Klarheit ins Recht bringt.

¹⁴ Siehe Practice Statement (Judicial Precedents) [1966] 1 W.L.R. 266, zitiert in *John Bell, Sources of Law in Peter Birks* (ed.), *English Private Law*, Vol I, Oxford, 2000, 38.

¹⁵ *Roy Goode, Commercial Law*, 3rd ed., 2004, 1205 ff.

¹⁶ *Zweigert & Kötz, An Introduction to comparative Law*, 3rd ed., 1998, 201.

¹⁷ Siehe *Vogelauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, Tübingen, 2001, Vol II, 1295 ff, 1334.

¹⁸ Siehe zum Beispiel *Roy Goode, Commercial Law*, 3rd ed., 2004, 1205–1208.

III. Der Nordische Ansatz

Das Gesetzrecht ist heutzutage die Hauptquelle des Rechts in den nordischen Ländern. Sie haben kein modernes Zivilgesetzbuch,¹⁹ aber es gibt eine erhebliche Menge wichtiger Einzelgesetze.²⁰ Die Idee, ein modernes Zivilgesetzbuch zu schaffen, ist immer wieder erörtert worden, aber die klare Mehrheit der Politiker und Juristen stellte sich dem entgegen. Es ist der realistisch-pragmatischen Mentalität der nordischen Völker wesensfremd ein so auffälliges und anspruchsheischendes Gesetzeswerk wie den französischen Code Civil oder das deutsche BGB zu errichten.

Trotzdem ähneln die nordischen Rechte in mancher Hinsicht dem deutschen Recht. Viele ihrer Gesetze sind von der deutschen Gesetzgebung inspiriert. Lange Zeit kamen junge nordische Wissenschaftler nach Deutschland, um von den großen Gelehrten dort zu lernen.²¹ Der Einfluß deutscher Gelehrter machte sich bemerkbar, als diese dann zu schreiben und zu unterrichten begannen. Dort, wo der nationale Gesetzgeber oder die Gerichte ein Problem nicht gelöst hatten, machten die Professoren oft Vorschläge, die dem reichhaltigen deutschen Material entliehen waren. Ich las einmal ein Kapitel über das dänische IPR in einem Buch von 1894, welches der Kopenhagener Prof. Deuntzer,²² der 1901 dänischer Premierminister wurde, geschrieben hatte. Ich bemerkte, daß Deuntzer in diesem Kapitel beinahe wortwörtlich einige Seiten aus dem Buch über das IPR des deutschen Autors Ludwig von Bar übersetzt hatte.²³ Deuntzer hat seine Quelle nicht erwähnt. Wenn man von Bar nicht gelesen hat, würde man denken, die in der Passage niedergeschriebenen Überlegungen stammten von Deuntzer. Das deutsche Rechtsdenken und der deutsche Rechtsstil konnten einfach in einem dänischen Lehrbuch verwendet werden. Auch das französische Recht hat die nordischen Rechtsordnungen beeinflusst. Verschiedene ihrer jungen Gelehrten gingen auch nach Frankreich, um dort zu studieren. Der französische Einfluß war aber nie so stark ausgeprägt wie der deutsche. Jedoch übten die Rechtsprechung und die vom höchsten französischen Verwaltungsge-

¹⁹ Nur äußerst wenige Bestimmungen der dänischen und norwegischen Gesetzbücher, *Danske Lov* (von 1683) und *Norske Lov* (von 1687) und des schwedischen Gesetzes von 1734 sind noch immer in Kraft.

²⁰ Im Bereich von Verträgen gibt es ein Vertragsgesetz, das sich mit der Gestaltung von Verträgen im Allgemeinen, den Befugnissen von Handelnden und Ungültigkeit wegen Fehlen, Betrug, Nötigung etc. befaßt. Hinzuzufügen ist, dass es Gesetze für den Warenhandel, Versicherungen, die Beförderung von Gütern und andere spezifische Verträge gibt.

²¹ Siehe *Diilev Tamm*, *Retsvidenskabene i Danmark* (Legal science in Denmark), 1992, 123 f. zu A.S. Ørsted, der von Savigny und andere zuhause gelesen hatte; 139 zu F.T.J. Gram; 141 A.W. Scheel; 187 Andreas Aagesen, und 198 Julius Lassen.

²² J. H. Deuntzer, *Kort Fremstilling af Retssystemets, navnlig Privatrettens almindelige Del*, Copenhagen, 1894, 106–109.

²³ *Ludwig von Bar*, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, Vol II, 1889, 15.

richt, dem Conseil d'Etat, entwickelten Konzepte Einfluß auf die nordischen Länder aus. Die Rechtsterminologie der nordischen Länder ist der auf dem Kontinent sehr ähnlich. Wenn nordische Juristen deutsche oder französische Gesetzestexte oder Lehrbücher lesen, so werden sie die meisten Konzepte wiedererkennen.

Die nordischen Prozeßgesetze sind genauso lang wie Gesetzbücher. Die dänische und die schwedische Prozeßordnung („Retsplejeloven“ bzw. „Rättegångsbalk“) behandeln sowohl das zivil- als auch strafprozessuale Verfahren und enthalten mehr als 1000 Paragraphen.²⁴ Die nordischen „Gesetzbücher“ haben viele Besonderheiten aus Deutschland oder Österreich übernommen, aber auch einige aus dem Common Law. Wir finden Common Law-Regeln im Vertrags- und Schadensrecht. Allerdings ist es vor allem die empirische Methode des Common Laws, die die nordischen Juristen angezogen hat.²⁵ Sie wurden von der Geschichte des Common Laws und von der Art und Weise, wie die Gerichte das Recht entwickelten, fasziniert. Der dänische Gelehrte Julius Lassen (1847–1923), der 1880 Professor wurde, wandte drei Jahre auf, um die dänischen Fälle zu untersuchen, bevor er begann sein Handbuch über die allgemeinen Grundsätze des Schuldrechts zu schreiben. Er behauptete, das dänische Recht so dargelegt zu haben wie es in den Fällen dargelegt wurde und daß sein Vorbild das englische Lehrbuch gewesen sei. In England hatte er gesehen, wie das Recht von Fall zu Fall entwickelt werden kann, wie die aus einem Fall gewonnene Erfahrung eine Regel werden kann und wie Reichweite und Anwendung der Regel wieder und wieder in Fällen geprüft und verfeinert wurden. Allerdings konnte Lassen das Recht in den dänischen Fällen nicht auf gleiche Weise finden wie ein englischer Autor die Rechtsregeln aus den englischen Fällen extrahieren konnte. Die dänischen Gerichte begründeten ihre Entscheidungen sehr kurz und oft ziemlich schwammig. In diesen Entscheidungsgründen wurden frühere Fälle nicht erwähnt, geschweige denn analysiert und sehr selten wurde eine Regel formiert. Lassen und andere Autoren mußten die Regeln selbst anhand des Sachverhaltes des Falles und dem Ergebnis, zu dem das Gericht gekommen war, formulieren. Außerdem wiesen die Struktur und das Konzept von Lassens Buch eine Nähe zur deutschen Struktur und den deutschen Konzepten auf. Viele von Lassens Nachfolgern sahen die Fälle als eine Quelle des Rechts an, wie auch seine nordischen Kollegen. Diese Autoren sprachen sich nicht für die englische *stare decisis* Doktrin aus und im 20. Jahrhundert wurden die Gesetze mehr und mehr zur primären Quelle des Rechts der nordischen Staaten. Aber die Autoren anerkannten die Überzeugungskraft und die Tragfähigkeit von Rechtsregeln, die auf Erfahrung beruhen. Die Tendenz, das Recht in Fällen zu finden, wurde stärker, als nach dem zweiten Weltkrieg

²⁴ Norwegen hat ein Gesetzbuch für den Zivilprozess und den Strafprozess.

²⁵ Siehe *Ditlev Tamm*, op.cit., 196.

die jungen Wissenschaftler nach England und in die USA gingen, um dort zu studieren. Von den letzten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts an wurden Casebooks in den Law Schools benutzt und die Rechtslehre wurde fallorientiert. Darüber hinaus haben das Recht und die Handelspraktiken der Vereinigten Staaten in die Praktiken der nordischen Länder Eingang gefunden, insbesondere im Bereich des expandierenden internationalen Handels. Viele der heutzutage von nordischen Geschäftsmännern benutzten Vertragsformulare sind amerikanische Formulare.

In den nichtkodifizierten Rechtsgebieten²⁶ wenden die nordischen Gerichte die gesetzlichen Bestimmungen im Wege von Analogien an. Das nordische Kaufgesetz, das in Schweden, Dänemark, Norwegen und Island zu Beginn des 20. Jahrhunderts erlassen wurde, enthält Regelungen über konkludente Vertragsbestimmungen, die Nichterfüllung und die Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung.²⁷ Im Gefolge der Literatur wandten die Gerichte der nordischen Länder seine Bestimmungen auf eine Anzahl nicht kodifizierter besonderer Verträge an. Auf dieser Basis wurde ein bedeutendes Fallrecht geschaffen. Dieses und andere Gesetze dienten als Ersatz für ein Gesetzbuch und man mag sich fragen, was der Vorteil dieser Herangehensweise ist.²⁸

In anderen Bereichen, in denen keine Regelung in einem Gesetz oder einem Präzedenzfall gefunden werden konnte, folgten die Gerichte oft den Autoren, die in gewissem Umfang von ausländischem Recht, oft dem deutschen, geleitet wurden. Aus den Entscheidungsgründen der Gerichte wird nicht immer klar, ob sie sich verhalten wie es Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen ZGB bestimmt und wie es einige Autoren vorschlagen, nämlich die Regel anzunehmen, die das Gericht geschaffen hätte, wäre es Gesetzgeber gewesen. Man bekommt den Eindruck, daß manchmal das Gericht die Entscheidung getroffen hat, die es nach den Umständen für angemessen hielt. Solche Entscheidungen als Präzedenzfälle zu benutzen, ist nicht einfach.

Die nordischen Autoren systematisieren das Recht wie in Deutschland und anderen kontinentalen Ländern. Wie in England sind die Juristen von ihren Büchern abhängig und sowohl ein Anwalt, der ein Mandat erhalten hat, als auch

²⁶ Es gibt keine allgemeinen Regelungen über die Leistung, Vertragsbruch und Rechtsbehelfe bei Vertragsbruch, Härtefallklausel und höhere Gewalt, Verträge zugunsten Dritter, Aufrechnung, Abtretung, Bürgschaft, Garantien und Mehrheiten von Vertragsparteien. In Dänemark gibt es keine Gesetze über Dienstleistungen, Vertretung im allgemeinen, Miete beweglicher Sachen und Schenkungen.

²⁷ Die Bestimmungen des Kaufgesetzes werden auch von den finnischen Gerichten angewendet, die nur altertümliche und überholte gesetzliche Regelungen für den Verkauf haben.

²⁸ Bis jetzt (September 2006) hat Dänemark das Kaufgesetz von 1906 beibehalten. Nach 1989 haben jedoch Finnland, Island, Norwegen und Schweden ein neues Nordisches Kaufgesetz eingeführt. Das neue Gesetz hat zu der Problematik geführt, ob die Regelungen des alten oder neuen Gesetzes über Analogien auf die unkodifizierten Verträge anzuwenden sind, siehe *Viggo Hagstrøm*, *Obligasjonsrett*, Oslo, 2003, 66 ff., 69.

ein Richter, der in einem Fall eine Rechtsfrage zu entscheiden hat, mit der er nicht vertraut ist, muß die Rechtsliteratur konsultieren. Er wird kaum Anhaltspunkte in der umfassenden Sammlung von Gesetzen oder in den vielen Bänden veröffentlichter Gerichtsentscheidungen finden. Aber das Lehrbuch ist kein Gesetz. Die nordischen Länder würden von einem Gesetzbuch profitieren, das eine Systematik in das Recht bringen könnte und allgemeine Prinzipien des Schuldrechts festlegen könnte, die sie dringend vermissen.

IV. Beispiele für die Verschiedenheit von Regeln

Diejenigen, die die bestehende Verschiedenheit verteidigen, weisen nicht nur auf die Unterschiede in Struktur und Ansätzen hin, sondern auch auf die Unterschiede zwischen den Regeln. Auch hier besteht die tiefe Trennung zwischen den Vorschriften des Common Law der Britischen Inseln und denen des europäischen Kontinents. Jedoch gibt es auch auf dem Kontinent Institutionen und Regeln, die einem Land oder einer Gruppe von Ländern eigentümlich sind und die ihre Anhänger für einen wesentlichen Bestandteil ihrer nationalen Kultur halten. Jedoch haben diejenigen, die die Verschiedenheit verteidigen, Schwierigkeiten, Beispiele anzuführen, die einer genauen Analyse standhalten.

1. Sind Vertragsparteien Gegner?

Vorschriften, die das Prinzip von Treu und Glauben bei vertraglichen Beziehungen festlegen, finden sich in den meisten eine Kodifikation besitzenden Staaten der Europäischen Union (EU). In Deutschland und den Niederlanden durchzieht dieses Prinzip das Recht und wird herangezogen, um den Vertrag auszulegen, zu ergänzen und zu überwachen. In anderen Ländern wie Frankreich und Belgien gewinnt das Prinzip an Boden, hat das Recht aber nicht durchdrungen, wie in Deutschland und den Niederlanden. Das Prinzip von Treu und Glauben wird auch von den Gerichten der nordischen Länder anerkannt, obwohl es nicht in generellen Worten im Gesetzesrecht Ausdruck gefunden hat.

Legrand weist darauf hin, daß die englischen Gerichte den Grundsatz, daß die Parteien eines Vertrages im Einklang mit Treu und Glauben handeln müssen, als unvereinbar mit der „adversarial nature“ des Vertrages ansehen, der immer gegenläufige Interessen verbinde.²⁹ Die historische Erklärung für diese englische Einstellung scheint zu sein, daß das englische Vertragsrecht durch

²⁹ Legrand op.cit., 64.

Fälle wie Charterverträge und Warenkauf geformt wurde, die zwischen Parteien geschlossen wurden, die typischerweise keine längerfristigen Beziehungen hatten und sich selbst als gegnerische Parteien betrachteten.³⁰

Viele der Ergebnisse, welche die kontinentalen Rechtssysteme durch das Heranziehen von Treu und Glauben erreichen, sind in Großbritannien jedoch durch speziellere Regeln erreicht worden und diese Regeln werden immer zahlreicher. So haben die Gerichte den treuhänderischen Rechtsverhältnissen einen strengen Moralkodex auferlegt; und die Beachtung von Treu und Glauben wird auch in Verträgen verlangt, die als *uberrimae fidei* charakterisiert werden.³¹ Darüber hinaus haben die Gerichte gelegentlich für eine Vertragspartei, die Opfer eines geringfügigen Vertragsverstosses wurde, das Recht, den Vertrag aus diesem Grunde aufzulösen, beschränkt, wenn das wahre Motiv die Flucht aus einem ungünstigen Geschäft war und dem Opfer einer ungerechtfertigten Erfüllungsverweigerung ist es nicht gestattet, die Verweigerung zu ignorieren, die eigene Leistung vollständig zu erbringen und den Vertragspreis zu verlangen, es sei denn, das Opfer hat ein berechtigtes Interesse an einer solchen Vorgehensweise.³² In diesem Punkt stellt das englische Recht gegenüber manchen kontinentalen Rechten einen Fortschritt dar. Es gibt einige Beispiele, in denen die Gerichte Vertragsbedingungen so interpretiert haben, daß eine Vertragspartei daran gehindert ist, von ihr unter Umständen Gebrauch zu machen, für die sie nicht gedacht war.³³ Schließlich wird eine Beachtung von Treu und Glauben auch in den Fällen gefordert, in denen bei Gericht um *equitable remedies* nachgesucht wird.

In anderen Fällen jedoch blieben die englischen Gerichte unerbittlich. Legrand erwähnt richtigerweise, daß die Lehre vom „mistake“ in England enger ist als in Frankreich, das einen sehr weiten Begriff des „erreur“ kennt. Der Unterschied wird in den Fällen deutlich, in denen wesentliche Tatsachen nicht offen gelegt werden. Zimmermann und Whittaker haben eine Untersuchung über die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben in einigen europäischen Rechtssystemen vorgenommen, dargestellt anhand von 30 erdachten kurzen Fällen,³⁴ die von Gelehrten der verschiedenen Länder kommentiert wurden. In einem der Fälle entdeckt eine Kunsthändlerin im Haus eines alten Professors, der sie gebeten hatte, seine Besitztümer im Hinblick auf den Verkauf zu bese-

³⁰ Siehe Kötz, *How to achieve a Common European Private Law, New Perspectives on European Private Law*, 1998, 19–21.

³¹ Siehe *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [1962] 2 Q.B.26 (C.A.). Eine ähnliche Regelung, die auch *Arcos v. Ronassenmay* zugrunde gelegen hat, wurde 1994 durch Sale and Supply of Goods Act 1994 (ch 35) section 4 geändert.

³² Siehe *Attica Sea Carriers Corp v. Ferrostaal Poseidon Reederi GmbH* [1976] 1 Lloyd's Rep. 250 (C.A.).

³³ Siehe Treitel, *The Law of Contract*, 9th ed., 1995, 202 f.

³⁴ Zimmermann und Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, 208.

hen, ein Bild, welches sie für eine seltene und wertvolle Zeichnung von Degas hielt. Sie fragt ihn nach der Zeichnung und er erzählt ihr, daß er sie immer gemocht hatte, aber keine Ahnung bezüglich ihres Wertes habe. Er ist dann damit einverstanden, sie ihr für 1.200 L zu verkaufen. Die Echtheit des Gemäldes wird später von Experten bestätigt und die Kunsthändlerin verkauft es für 85.000 L. Kann der Professor den Verkauf für null und nichtig erklären?

In England und Irland wäre die Antwort nein. Dies unterscheidet sich, wie die Herausgeber aufzeigen,³⁵ vom französischen Recht³⁶ und vom Recht in elf anderen europäischen Ländern. Im Common Law gibt es keine generelle Pflicht, der einen Vertragspartei der anderen ihre Informationen oder Meinungen offenzulegen, auch wenn die eine Vertragspartei weiß, daß die Information Einfluß auf die Entscheidung der anderen Partei darüber hätte, ob sie den Vertrag abschließt oder zu welchem Preis.³⁷

Wenn ein Vertrag einer Vertragspartei ausdrücklich ein Rücktrittsrecht für den Fall einer bestimmten Leistungsstörung der anderen Partei einräumt, dann wird diese Vereinbarung aufrechterhalten. So erklärte in dem Fall *Union Eagle Ltd. gegen Golden Achievement Ltd*³⁸ der Landverkäufer den Vertrag eine Minute, nachdem die Frist zur vollständigen Zahlung abgelaufen war, für ungültig und der Privy Council hielt den Rücktritt für wirksam, so daß der Käufer, der den Preis 10 Minuten nach Ablauf angeboten hatte, keinen Anspruch auf Vertragserfüllung hatte. Darüber hinaus betrachtet das englische Recht Unfairneß und Unvernünftigkeit nicht als Gründe für die Unwirksamkeit von Vertragsbedingungen.³⁹ Die Gründe für diesen rigorosen Ansatz des englischen Rechts gegenüber der Kontrolle vertraglicher Verpflichtungen wird auf folgende Weise erklärt:

“(It) ... is our view that in what we like to think – perhaps wrongly – is the world’s leading financial centre, the predictability of the legal outcome of a case is more important than absolute justice. It is necessary in a commercial setting that businessmen at least should know where they stand.

The law may be hard, but foreigners who come to litigate in London ... will at least know where they stand. We are worried that if our courts become too ready to disturb contractual transactions, then commercial men will not know how to plan their business life. ... The last thing that we want to do is to drive business away by vague concepts of fairness which make judicial decisions unpredictable, and if that means that the outcome of disputes is sometimes hard on a party, we regard that as an acceptable price to pay in the interest of the great majority of business litigants”.⁴⁰

³⁵ Dieselben 233.

³⁶ Siehe die *affaire Poussin*, Cour de Versailles, 7 jan 1987 D 1987, 485.

³⁷ Siehe *Zimmermann* und *Whittaker*, op.cit., 226, 228.

³⁸ [1997] A.C. 514.

³⁹ Siehe *Treitel*, *The Law of Contract*, 9th ed., 1995, 226 und *Chitty on Contracts*, 28th ed., 1999, 1–109 und 15–001.

⁴⁰ *Roy Goode*, *The Concept of „Good Faith“ in English Law* (Centro di studi e ricerche di

Diese Lobeshymne auf die Rechtsicherheit ist bemerkenswert. Wird sie gesungen, weil die Reichweite jeder Regel des Common Law, die in einem Präzedenzfall niedergelegt ist, sehr eng ist, weil so ein System im Allgemeinen nicht denselben Grad an Rechtssicherheit bietet wie die Normen der kontinentalen Gesetze? Können die englischen Gerichte es sich nicht leisten, die vorhandene Unsicherheit durch die Anerkennung des Grundsatzes von Treu und Glauben zu erhöhen? Man mag sich fragen, worin der spezifische Wert besteht einen Vertrag als „adversarial“ anzusehen? Ist dies die Art von Unterschiedlichkeit, die ein Land in kultureller Hinsicht reich macht?

2. Consideration

Beim Vergleich von französischem und englischem Vertragsrecht schreibt Legrand abschließend:

„In England dreht sich der „Contract“ um die Idee des Austausches von Versprechen und den zugrunde liegenden Begriff des Geschäfts. Dies bedeutet, daß nach englischem Recht ein Anbieter, der sein Angebot ohne irgendeine Gegenleistung abschließt, sich selbst nicht binden kann. In Frankreich, wo der „Contrat“ als „Zusammentreffen von Absichten“ angesehen wird, kann der Anbieter, der sich gegenüber dem Kunden ausdrücklich an das Angebot gebunden hat bevor nicht eine gewisse Zeit abgelaufen ist, gesetzlich am Angebot festgehalten werden“.⁴¹

Haben die Engländer und die Iren Gründe auf ihre Doctrine of Consideration stolz zu sein, aufgrund derer ein Anbieter, der sein Angebot ohne Gegenleistung abgibt, sich nicht selbst binden kann? Die Consideration wird als „Indiz“ bezeichnet und wird dazu gebraucht, Versprechen, die in einem rein gesellschaftlichen oder familiären Kontext getätigt wurden, von einklagbaren Versprechen zu trennen. Auch das Schenkungsversprechen und andere Verpflichtungen, für die der Versprechende keine Gegenleistung verlangt, werden manchmal unvorsichtigerweise aus Leichtsinn geschaffen. Deshalb sind nur diejenigen Versprechen bindend, die als Gegenleistung für etwas getätigt werden. Jedoch gibt es viele Versprechen, für die der Versprechende keine Gegenleistung erhält, die bindend sind und bindend sein sollen, wie beispielsweise beim Dokumentenakkreditiv das Versprechen einer Bank, an den Verkäufer zu zahlen.

diritto comparato e straniero, diretto da M.J. Bonell, Saggi Conferenze e Seminari 2.), Roma, 1992. Siehe ebenso *Chitty on Contracts*, op.cit., 1–019. Jedoch scheint sich Professor Goode mit dieser Ansicht selbst nicht zu identifizieren, siehe *Roy Goode*, *Commercial Law*, 2nd ed., 1997, 117–118.

⁴¹ *Legrand*, op.cit., 64–65. Vergleiche auch die Beispiele bei *Sixto Sánchez Lorenzo*, *What do we mean when we say „Folklore“*, *Cultural and Axiological Diversities as a Limit for European Private Law*, 14 (2006) ERCL 206, 197 and 213 ff.

Die Art und Weise wie die Doctrine of Consideration von den englischen Gerichten gehandhabt wird, hinterläßt den Eindruck, daß sie komplex und unklar ist und daß, die Gerichte um Gerechtigkeit zu schaffen manchmal eine Gegenleistung erfinden müssen wo eigentlich keine besteht.⁴² In einigen der Vereinigten Staaten wurde das Erfordernis der Consideration wesentlich eingeschränkt.⁴³ Schottland und die Civil Law-Staaten verlangen keine Consideration und die Common Law Mitglieder der Kommission für europäisches Vertragsrecht⁴⁴ und die Unidroit Arbeitsgruppe, die die Prinzipien für internationale Handelsverträge ausgearbeitet hat,⁴⁵ sahen keine Schwierigkeit dieses Erfordernis aufzugeben.

3. Die Cause

Die Franzosen und mit ihnen eine Anzahl von römischrechtlichen Systemen gebrauchen *causa*, *cause* um verschiedene Vertragsregeln zu klären. Der französische und belgische Code civil enthalten die Cause als Voraussetzung für Abschluß und Wirksamkeit des Vertrages,⁴⁶ beschreiben aber nicht, was genau die Cause ist und es gibt viele widerstreitende Erklärungen.⁴⁷

Die Bemerkungen zu PECL I und II sagen:

Es ist nicht möglich, eine allgemein anerkannte Definition der *cause* im FRANZÖSISCHEN Recht zu geben. Doch unterscheiden viele Autoren zwischen der „objektiven und abstrakten *cause*“, die für alle Parteien eines bestimmten Vertragstyps gelte (z.B. bei einem Kaufvertrag, das Eigentum am Kaufgegenstand oder den Kaufpreis zu erhalten) und der „subjektiven und konkreten *cause*“ bzw. dem Motiv (z.B. der Verkäufer verkauft einen Gegenstand, um Geld für die Bezahlung seiner anderen Schulden aufzubringen, oder der Käufer erwirbt einen Gegenstand, um ihn aus dem Land zu schmuggeln): siehe, z.B., *Terré, Simler & Lequette*, Nr. 312 ff. Ein Vertrag ist nicht wirksam, sofern er nicht eine objektive und abstrakte *cause* hat; der bloße Wille, eine Verpflichtung einzugehen, reicht nicht aus. Wenn beispielsweise die *cause* sich als irrig erweist, ist der Vertrag nicht wirksam. Daher ist eine Person, die verspricht, eine Schuld

⁴² Siehe *Treitel*, *The Law of Contract*, 11th ed., London, 2003, 71.

⁴³ Siehe bezüglich des Staates New York *Farnsworth on Contracts*, Boston, 1990, § 2.9.

⁴⁴ Siehe Art. 2:101 PECL.

⁴⁵ UPICC, Art. 3.2.

⁴⁶ Siehe Art. 1108, 1131 and 1132.

⁴⁷ So scheinen *Terré, Simler et Lequette* eine *analyse dualiste de la cause* zu befürworten, siehe *Droit civil, Les obligations*, 8 ed. 2002, no. 334 ff. *Cause* in der Bedeutung eines sinnvollen Grundes ist eine Bedingung für das Bestehen der Pflicht, wohingegen *cause* in der Bedeutung eines berechtigten Grundes benötigt wird, wenn es um die Frage geht, ob der Vertrag wirksam ist. In der Einführung des Entwurfs *Catala* zu den Regeln über Wirksamkeit-Causa scheint *Jacques Ghestin* S. 26 *une notion unitaire* zu bevorzugen. Siehe ebenso *Projet Catala*, Art. 1124. Die Cause ist der hinter der Vereinbarung stehende Grund und deckt sowohl das Bestehen wie auch die Wirksamkeit des Vertrages ab.

zu bezahlen, die aber vergessen hat, daß sie diese Schuld bereits bezahlt hatte, nicht zur Zahlung des versprochenen Betrages verpflichtet, da ihre Verpflichtung eine unrichtige *cause* hatte, siehe die Anmerkungen zu Art. 4:103 über Rechts- und Tatsachenirrtum. Unter dem zweiten Gesichtspunkt darf die *cause* nicht rechtswidrig sein. Daher ist der Verkauf eines Gegenstandes, der für die Begehung eines Verbrechens benutzt werden soll, nichtig.

Wie gesehen, dient die Cause einem ähnlichen Zweck wie die Consideration. Das Bestehen einer wirksamen Cause zeigt, daß es dem Versprechenden ernst war. Die Cause spielt keine Rolle für Abschluß und Wirksamkeit von Verträgen im Common Law. Auch wird das Konzept in Deutschland, den nordischen Staaten oder Schottland nicht gebraucht. Man kann sagen, daß die no-cause-Länder ohne die Cause gut fahren und daß die Urheber der PECL und UPICC entschieden haben, diese nicht zu benutzen.⁴⁸ Die Einwände gegen die Cause in den Ländern, die ihren Gebrauch ablehnen und unter den französischen Anticausalisten scheinen darin zu bestehen, daß das Konzept überflüssig, unklar und Gegenstand von Meinungsstreitigkeiten unter den Kausalisten ist.⁴⁹ Man hat gesagt, daß, wenn jemand der Meinung ist, er verstehe was Cause ist, dies deshalb der Fall sei, weil ihm der Begriff schlecht erklärt worden sei.

Aber die französischen Gerichte berufen sich in einigen Zusammenhängen immer noch auf die Cause und die Cause hat unter den Wissenschaftlern enthusiastische Anhänger.⁵⁰ Ein Autor wünscht sich sogar die Aufnahme in ein europäisches Gesetzbuch und eine Gruppe von Professoren unter der Führung von Pierre Catala hat einen Reformentwurf für das Schuldrecht ausgearbeitet (im Folgenden Catala-Entwurf)⁵¹ und beabsichtigt, die Causa beizubehalten. In der Einführung des Entwurfes schreibt Gerard Cornu, daß ihre Aufrechterhaltung *crée beaucoup moins de problèmes que les expédients et les détours par lesquels il faudrait passer pour combler le vide creusé par sa suppression*.⁵² Der französische Gebrauch der Cause beruht auf Tradition. Dies bringt mich zur Frage: Gibt es Rechtsbehelfe gegen die Tradition oder muß man zugeben, daß gegen Tradition selbst die Götter vergebens kämpfen?

⁴⁸ Siehe *Principes du droit Européen du contract*, préparée par *Georges Rouhette*, avec le concours de *Isabelle de Lamberterie*, *Denis Tallon* und *Claude Witz*, Paris, 2003, 100.

⁴⁹ *Principes européen* (vorige Fn.) 100.

⁵⁰ Siehe *Ghestin*, Faut-il conserver la cause en droit européen des contrats, ERCL 1 (2005) 396.

⁵¹ *Avant projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à Monsieur *Pascal Clément*, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005. Der Entwurf wurde im September 2005 dem *Garde des Sceaux*, dem Justizminister, unterbreitet.

⁵² Seite 11 der Einleitung.

4. Rechtsbehelfe bei Vertragsbruch

Wie *Legrand* anmerkt, kann in Frankreich eine Partei nur mit Zustimmung des Gerichts einen Vertrag wegen Nichtleistung beenden, während ihr nach englischem Recht eine Vertragsbeendigung einseitig möglich ist.⁵³ Hier gehört das französische Recht zu einer Minderheit. Wie auch das englische Recht erlauben die meisten europäischen Rechte sowie CISG, PECL und UPICC eine einseitige Beendigung.⁵⁴ Sogar die Franzosen scheinen dieser speziellen Regelung keinen großen Wert beizumessen. Die Parteien bedienen sich der ihnen zur Verfügung stehenden Option, in ihrem Vertrag festzulegen, daß eine Partei im Falle eines Vertragsbruchs durch die andere Partei den Vertrag einseitig beenden kann und im *Catala Entwurf* schlagen die französischen Professoren nun die Einführung einer einseitigen Beendigung vor.⁵⁵

Die Deutschen haben ebenfalls Regeln, die auf ihrer stolzen Tradition beruhen. So hat das deutsche Recht die Regel beibehalten, daß der Rechtsbehelf Schadensersatz verschuldensabhängig ist. § 276 BGB⁵⁶ regelt, daß der Schuldner nur für vorsätzliche und fahrlässige Handlungen haftet. In dieser Hinsicht unterscheidet sich das deutsche Recht von Common Law, CISG, PECL und UPICC, welche als Grundprinzip eine strenge Haftung auferlegen. Grundsätzlich ist eine Partei, die ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht vertragsgemäß erfüllt, für Schäden infolge Vertragsbruchs haftbar, unabhängig davon, ob der Vertragsbruch von ihr verschuldet wurde oder nicht. Es gibt jedoch viele Beispiele, in denen die Haftung das Verschulden erfordert, insbesondere wenn der Schuldner eine Dienstleistung erbringen muß.

Berühmte deutsche Wissenschaftler haben die „Fairneß“ und „offensichtliche moralische Überlegenheit“ ihrer Regelung betont und überzeugten die Regierung erfolgreich sie beizubehalten, als das Schuldrecht im Jahr 2001 überarbeitet wurde.⁵⁷ Ein Schuldner, führten die Wissenschaftler an, werde für einen Umstand, für den er nicht verantwortlich ist, keine Haftung übernehmen. Er solle keine stillschweigende Garantie für jegliches Vertragshindernis übernehmen.⁵⁸ Auch hier hört man das Geläute der Glocken der Kultur.

⁵³ *Legrand*, op.cit. 64.

⁵⁴ Siehe CISG Art. 49, PECL Art. 9:303 und UPICC Art. 7.3.2.

⁵⁵ Art. 1158.

⁵⁶ § 276 Haftung des Schuldners (1). Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist. Die Vorschriften §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung.

⁵⁷ Siehe *Schmidt-Räntsch*, Das neue Schuldrecht, Köln, 2002, no. 434 ff.

⁵⁸ Vergleiche die zitierten Autoren in *Markesinis, Unberath and Johnston*, German Law of Contract, 2nd ed., Oxford, 2006, 444 f.

Allerdings gibt es wichtige Ausnahmen zur verschuldensabhängigen Haftung. § 276 BGB regelt, daß eine schärfere Haftung bestimmt werden oder aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses folgen kann, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos. Der Verkäufer von Gattungswaren ist das Hauptbeispiel einer Partei, die ein Beschaffungsrisiko übernommen hat, aber auch andere Lieferanten können dieses Risiko tragen und es gibt Fälle, in denen ein Gattungsschuldner dieses Risiko nicht trägt.⁵⁹ Nach einem Kommentator ist diese Regelung zudem ein „Einfallstor zu einer politisch wünschenswerten Verschärfung der Haftung, die das deutsche Recht der internationalen Ebene näher bringt“.⁶⁰ Diese Bemerkung wurde von einem deutschen Rechtsvergleicher gemacht, der das Verschuldensprinzip des § 276 BGB nicht gutheißt. Allerdings ist der aufgezeigte Unterschied zwischen deutschem Recht und CISG nicht so groß wie man zunächst annehmen könnte.⁶¹ CISG, PECL und UPICC⁶² entschuldigen den Schuldner, der beweist, daß das Vertragshindernis außerhalb seiner Kontrolle liegt und er das Hindernis bei Vertragsschluß nicht hätte berücksichtigen oder es oder seine Folgen vermeiden oder überwinden können. Bei der Abwägung, was eine vernünftige Partei in Betracht ziehen, vermeiden oder überwinden kann, wird man Verschuldenserwägungen anstellen. Der Deutsche könnte leicht den Schritt machen, der ihn näher an die internationale Ebene heranbrächte.

In mehrfacher Hinsicht ist das deutsche Recht wegweisend gewesen. Das Nachfristverfahren ist ein Beispiel.⁶³ Ein weiteres Beispiel ist die Lehre der Störung der Geschäftsgrundlage,⁶⁴ welche zur *Hardship Rule* führte, die eine Vertragspartei entlastet, wenn unvorhergesehene Vertragshindernisse, die Erfüllung übermäßig beschwerlich gemacht haben.

⁵⁹ Der Verkäufer ist nicht verantwortlich, wenn die Produktion des in Frage stehenden Gutes plötzlich stoppt und die Waren nur bei einigen verstreuten Einzelhändlern beschafft werden können oder die einzigen Hersteller die Lieferung an den Verkäufer verweigern. Siehe *Palandt* (-Heinrichs), BGB 64. Ausgabe, 2005, § 276 Rn. 32.

⁶⁰ Siehe *Peter Schlechtriem*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil 5. Auflage, Tübingen, 2005, Rn. 342.

⁶¹ *Stoll* in *Peter Schlechtriem* (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd ed., Oxford, 1998, § 79 at no 9 (p 604f.), *Schmidt-Räntsch*, *op.cit.*, 436.

⁶² CISG Art. 79, PECL Art. 8:108, UPICC Art. 7.1.7.

⁶³ Im Falle des Vertragsbruches einer Partei kann sich die andere Partei nur dann vom Vertrag lösen, wenn sie zuvor eine angemessene Frist zur Erbringung der vertragsgemäßen Leistung erbracht hat. Eine solche Regelung kann man im österreichischen und portugiesischen Recht für die Fälle der Verspätung der Leistung finden. Im CISG in Art. 47 und 49 (1) (b), 63 und 64 (1) (b) und im nordischen Kaufgesetz, siehe § 25 (2) und 54 (2) der schwedischen und finnischen Gesetze. Auch PECL und UPICC haben die Regelungen übernommen, siehe PECL 8:106 und 9:301 (2) und UPICC 7.1.5 und 7.3.1 (3).

⁶⁴ § 313 BGB, Niederländisches Burgerlijk Wetboek von 1992 (BW) Art. 6:258, Italienisches ZGB Art. 1467, PECL Art. 6:111, und UPICC Arts. 6.2.1–6.2.3.

V. Die Unterschiede sollten nicht überbewertet werden

Die Vereinheitlichung und Harmonisierung des Rechts ist nicht allein ein europäisches Problem, sie ist ein globales Problem. Die Welt von heutzutage ist durch beachtliche kulturelle Unterschiede konfliktgeplagt, zum Beispiel zwischen der muslimischen und der westlichen Welt. Die Streitigkeiten werden durch die Intensität der Kommunikation erhöht, aber diese hat auch zu einer Expansion des Welthandels geführt. Die Globalisierung hat zu einer Konvergenz der Haltungen geführt, die es möglich gemacht hat, gemeinsame Prinzipien zu entwerfen, die für die Wirtschaft günstig und technisch vorteilhaft sind. Das CISG ist jetzt in 66 Staaten in Kraft, die fast jede Rechtskultur in der Welt abdecken. Die EU hat die Haltungen in Europa noch mehr als im Rest der Welt vereinheitlicht.

Europa, das kulturelle Zentrum der Welt, ist reich an Unterschiedlichkeiten. Eine davon sind die Sprachen. Für den Integrationsprozeß stellen sie eine hohe Anforderung dar, bereichern aber unsere Gedanken und Gefühle und sie sind erhaltenswert. Die EU, die den Handel und die Kommunikation vorangetrieben hat, hat uns dazu gebracht, die Kulturen Europas zu schätzen und zu genießen. In den letzten 50 Jahren haben wir Europäer mehr von einander gesehen und gelernt als jemals zuvor.

Ein weiterer großer Wert ist die Kultur, die wir Europäer teilen. Jeder von uns feierte Mozarts 250. Geburtstag im Jahr 2006 und als Juristen fühlen wir alle uns Hugo Grotius, Immanuel Kant und Montesquieu zu Dank verpflichtet. Auf der Basis dieser gemeinsamen Kultur können wir ein Europäisches Vertragsrecht schaffen. Die Vertragsrechte unterscheiden sich vielfach mehr in den Formulierungen und Techniken als in den Ergebnissen. Als sie die PECL ausarbeiteten, versuchten die Mitglieder der Kommission für Europäisches Vertragsrecht darzustellen, wie konkrete Fälle in ihrem Land gelöst werden. Sie fanden heraus, daß das Resultat oft dasselbe war. Darüber hinaus fanden sie heraus, daß sie oft auch darin übereinstimmten, wie das Recht sein sollte. Spezielle nationale kulturelle Werte wurden nur sehr selten von den Mitgliedern der Kommission für Europäisches Vertragsrecht und der Unidroit Gruppe geltend gemacht. Es gab jedoch Meinungsunterschiede. Viele von ihnen gaben keine nationale oder kulturelle Haltung wieder, sondern drehten sich um die Frage, ob die Prinzipien eine liberale oder eine „soziale“ Gerechtigkeit widerspiegeln sollten. Trotz der Unterschiede zeichnete sich ein breiter Konsens darüber ab, welche Regeln die „Besseren“ sind. Die „Troika“ legt Zeugnis davon ab. Der Konsens war größer, als man sich vorstellen würde, wenn man die gesetzlichen Regelungen der verschiedenen Staaten vergleicht. Einige Richter des Europäischen Gerichtshofs haben ähnliche Erfahrungen gemacht. Unter ihnen gibt es oft eine Übereinstimmung im Hinblick auf das Ergebnis des Falles, obgleich die Gründe für die Entscheidung divergieren mögen.

Vertragsrecht ist mehr eine Frage der Ethik, der Ökonomie und der Technik, die allen Europäern gemeinsam sind,⁶⁵ als eine Frage der Bewahrung der altertümlichen Relikte einer gestorbenen Vergangenheit. Den europäischen Verbrauchern ist mit der kulturellen Unterschiedlichkeit nicht geholfen. Sie und andere schwache Parteien brauchen den gleichen Schutz überall wo sie leben und Handel betreiben. Der gemeinsame wirtschaftliche, kulturelle und politische Hintergrund wird es möglich und wünschenswert machen, gemeinsame Prinzipien und Regeln einzuführen, die die Verträge zwischen Unternehmen regeln, was für die Wirtschaft günstig und technisch vorteilhaft sein wird. Die Rechtsunterschiede sind ein Hindernis für den Handel, sind in ihrer Substanz aber nicht so groß, daß sie ein Hindernis für die Vereinheitlichung darstellen.

Die Gegner der Vereinheitlichung führen an, daß ein neues Vertragsrecht in Europa Schweiß, Tränen und Geld kosten wird, was natürlich auch wahr ist. Und viele Juristen werden es hassen zu sehen, daß alles was sie selbst gelernt und angewendet haben verschwindet und sie ein neues Vertragsrecht lernen müssen. Sie müssen alle wieder Jurastudenten werden und das mögen ältere Männer und Frauen nicht. Außerdem werden die praktizierenden Anwälte nicht mehr länger ihre „rechtlichen Geheimnisse verkaufen können“, wie es der deutsche Professor Thibaut⁶⁶ 1814 beschrieben hat, als er die Situation in Deutschland beschrieb, in dem zu dieser Zeit etwa dreißig unterschiedliche Rechtssysteme bestanden.

VI. Hat ein „Soft“-Vertragsrecht irgendeinen Wert?

Man mag erkennen wie leicht einige Reformen durchgeführt wurden. Wenn sich das Recht enger aufeinander zu bewegt, nehmen die kulturellen Stimmen ab. Im Jahre 1989 hatten die nordischen Staaten keine Schwierigkeiten ihr Handelsrecht zu ändern um es dem CISG anzunähern. Es scheint zu keinem Schaden in der nationalen Kultur gekommen zu sein, als der deutsche Gesetzgeber sein Schuldrecht der „Troika“ angenähert hat und als die Engländer 1999 den Rights of Third Parties Act eingeführt haben.

Leider scheint im Moment der Ansatz, ein „Soft law“ zu schaffen und die Mitgliedsstaaten nicht zu verpflichten, es als bindendes Gesetz einzuführen, vorzuherrschen. Das optionale Instrument, sollte es jemals eingeführt werden, wird den nationalen Gesetzgebern und Gerichten wie heute die PECL und die UPICC zur Verfügung stehen. Heute ist es nicht wahrscheinlich, daß die

⁶⁵ Das ist der Schluß, den *Stefan Vogenauer* aus seiner sehr sorgfältigen Untersuchung der Interpretationen des Gesetzes in England und dem Kontinent gezogen hat. Siehe *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, Tübingen, 2001.

⁶⁶ Siehe *Thibaut*, Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland, 1814, 23.

Unionsländer sich für ein optionales Instrument entscheiden, das für eine grenzüberschreitende Transaktion gilt, sofern die Parteien nicht ein anderes Recht vereinbaren (opt out).

Der Einfluß, den die UPICC und die PECL in Europa bis jetzt hatten, war unterschiedlich: In Litauen war er stark,⁶⁷ in Deutschland nicht unbedeutend⁶⁸ und wenn das Catala Projekt in Frankreich angenommen wird,⁶⁹ wird er bescheiden sein. In Großbritannien war er sehr schwach.

Die Aussichten, daß ein optionales Instrument einen rasanten Wechsel der Rechte bringt, sind gering. Einige der nationalen Gesetzgeber werde dessen Regelungen vermutlich übernehmen und die Gerichte werden diese wahrscheinlich in den Bereichen heranziehen, in denen sie Spielraum haben. Aber die kontinentalen Gerichte werden hauptsächlich ihre Kodizes und Gesetze zu beachten haben und die Gerichte des Vereinigten Königreichs und Irlands werden ihren Präzedenzfällen und Statuten folgen müssen. Jedoch wird es sehr wahrscheinlich zu einer langsamen und schleichenden Harmonisierung kommen und das Soft law mag dabei helfen diejenigen zum Schweigen zu bringen, die die Unterschiedlichkeiten verteidigen.

Bislang war es für internationale Schiedsgerichte möglich, „softe“ Bestimmungen des Rechts, wie die PECL und die UPICC, anzuwenden und letztere wurden vor allem von den Schiedsrichtern angewandt und angeführt. Diese mögen ebenso ein zukünftiges europäisches optionales Instrument anwenden.

Es war herrschende Ansicht, daß Art. 3 des Römer Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht von 1980 den Parteien, die ihre Streitigkeit vor ein Gericht bringen müssen, nicht gestattet, für einen internationalen Vertrag die PECL, die UPICC oder andere Normen materiellen Rechts, die kein staatliches Recht sind, zu wählen.⁷⁰ Natürlich können sie jederzeit solche Regeln als Teil ihrer Vereinbarung einbeziehen. Allerdings beabsichtigte die Kommission⁷¹ mit Art. 3 des Vorschlages einer Verordnung des Europäischen Parlaments und Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (Rom I), welche die Konvention von Rom ersetzen soll, daß die Parteien statt der Wahl staatlichen Rechts für ihren Vertrag außerdem auch als anwendbares Recht die Prinzipien und Regeln des materiellen Vertragsrechts, die in der Gemeinschaft international anerkannt sind, wählen

⁶⁷ Siehe Teil II des litauischen Zivilgesetzbuches von 2001: <http://www.nyulawglobal.org/globalex/Lithuania.htm>

⁶⁸ Vgl. zur Reform des BGB von 2001 *Schmidt-Räntsch*, Das neue Schuldrecht, Köln 2002; Rn. 46 und 281.

⁶⁹ In seiner Darstellung, wie sehr die PECL das *Projet Catala* beeinflussen, sagt Professor Catala, *Le bilan apparaît mitigé*, see *Présentation générale de l'avant-projet* bei no. 8.

⁷⁰ Michael Joachim Bonell, An international Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Third edition incorporating the UNIDROIT Principles 2004, Ardsley, New York, USA, 2005, 91 ff. und 219 ff.

⁷¹ KOM (2005) 650 endg., 2005/0261 (COD).

können. Die Erläuterung zu dieser Bestimmung verdeutlicht, daß dies die Wahl der PECL, der UPICC oder eines zukünftigen optionalen Instruments gestatten würde.

Wenn diese Bestimmung eingeführt wird, werden wir die Anwendung der Regeln eines optionalen Instruments durch die nationalen Gerichte der Mitgliedsstaaten sehen. Es bleibt dann natürlich noch die Frage, ob, selbst wenn es von der EU den blauen Stempel gibt, die Vertragsparteien dieses Instrument den UPICC, den PECL oder dem Entwurf für ein Zivilgesetzbuch vorziehen.

VII. Wird die wirtschaftliche Notwendigkeit die Harmonisierung vorantreiben?

Je mehr wir in Europa handeln und reisen, um so mehr werden die Grenzen dahinschwinden und die gesetzlichen Unterschiede belangloser werden. Eine Person, die im Internet Handel betreibt, weiß vielleicht nicht und kümmert sich gewöhnlich auch nicht darum, ob sein Vertragspartner in seinem eigenen oder einem anderen Land niedergelassen ist. Deshalb sollte, wie von Stefan Grundmann⁷² ausgeführt wird, das europäische Gesetzbuch selbst in rein inländischen Fällen wie auch in Verbraucher- und Handelssachen als wählbares Recht zur Verfügung stehen. Wenn dies akzeptiert wird und wenn die Parteien von ihrer Möglichkeit ein europäisches „Soft“ Gesetz oder Instrument anzuwenden Gebrauch machen, so mag der Tag kommen, an dem in einem oder mehreren Handelszweigen die Anwendung des Gesetzes ein Handelsbrauch werden wird, der auch dann angewandt wird, wenn die Parteien sich nicht ausdrücklich hierauf bezogen haben. Die Befürworter eines echten Gesetzbuchs hoffen, daß der „Soft Code“ sich in die Europäer „einschleichen“ und allmählich den Weg zu einem europäischen Schuldrechtsgesetzbuch ebnen wird.

⁷² *Stefan Grundmann*, European Contract Law(s) of What Colour?, ERCL 1 (2005) 184, 205.

Restatement – nicht Kodifikation

Arbeiten am „Gemeinsamen Referenzrahmen“ für ein Europäisches Vertragsrecht

*Hans Schulte-Nölke**

Kaum ein Begriff bewegt die europäischen Juristen derzeit so wie die rätselhafte Wortschöpfung des „Gemeinsamen Referenzrahmens“ für ein Europäisches Vertragsrecht. Mitte 2005 hat die Europäische Kommission aus mehreren Bewerbungen ein Wissenschaftler-Netzwerk ausgewählt, das einen Entwurf dieses Gemeinsamen Referenzrahmens ausarbeiten und zur Diskussion stellen soll.¹ Im Rahmen dieses Kurzbeitrags ist es nicht möglich, die inzwischen sehr zahlreichen und interessanten Ansätze umfassend zu würdigen, diesem Begriff etwas abzugewinnen² oder die theoretische Fundierung und Methodologie der Arbeiten zu kritisieren.³ Vielmehr sollen aus der Perspektive eines an der Gründung des Wissenschaftler-Netzwerks Beteiligten der Hintergrund des Projekts etwas ausgeleuchtet und auf diese Weise etwas zur Klarstellung beigetragen werden, was mit dem Begriff „Gemeinsamer Referenzrahmen“ gemeint ist.

* Etwas ausgearbeitete und um einige Fußnoten ergänzte Fassung des bei der Tagung im Oktober 2006 in Würzburg überwiegend vor Studierenden gehaltenen Vortrags; die Vortragsform wurde beibehalten.

¹ Network of Excellence zur Ausarbeitung von ‚Common Principles of European Contract Law‘ (Akronym: CoPECL), gefördert im 6. EU-Forschungsrahmenprogramm (Kordinator: *Schulte-Nölke*, Universität Bielefeld); Beschreibung dieses sog. „Network of Excellence“ (dieser Begriff ist ein – nicht sehr gelungener – terminus technicus der EU-Forschungsförderung) z.B. bei *von Bar/Schulte-Nölke*, *Gemeinsamer Referenzrahmen für Europäisches Schuld- und Sachenrecht*, ZRP 2005, 165 ff.; Homepage www.copecl.org.

² Kürzlich z.B. *Hirsch*, *Erwartungen der gerichtlichen Praxis an einen Gemeinsamen Referenzrahmen für ein Europäisches Vertragsrecht*, ZIP 2007, 937 ff.; sowie die Beiträge des ZEuP-Symposiums von *Zimmermann*, *Blaurock*, *Schulze*, *Trstenjak*, *Reich*, *Wagner*, *Martiny*, *Zoll*, *Kramer*, *Magnus*, *Basedow*, *Tilman*, *Zusammenfassung der Diskussion von Kleinschmidt*, wiedergegeben in ZEuP 2007, 109 ff.

³ Überblicke mit zahlreichen weiteren Nachweisen z.B. bei *Micklitz*, (Selbst-)Reflektionen über die wissenschaftlichen Ansätze zur Vorbereitung einer europäischen Vertragsrechtskodifikation, GPR 2007, 2 ff.; *Reich*, *A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or Host for Integration?*, veröffentlicht als ZERP-Diskussionspapier 7/2006; etwas verändert auch unter dem Titel *A European Contract Law: Ghost Or Host for Integration*, *Wisconsin International Law Journal* 24 (2006), 425 ff.

Bekanntlich geht der Begriff des „Gemeinsamen Referenzrahmens“ auf ein Kommissionsdokument aus dem Jahr 2003 mit dem Namen „Ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht – ein Aktionsplan“ zurück. Dieses Dokument kündigt die Förderung von wissenschaftlichen Vorbereitungsarbeiten für einen von den Gemeinschaftsorganen zu schaffenden „Gemeinsamen Referenzrahmen“ an.⁴ Schon die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht aus dem Jahr 2001 ventilierte die Idee, dass die

„Ausarbeitung unverbindlicher gemeinsamer Vertragsrechts-Grundsätze, auf die Vertragsparteien bei der Abfassung von Verträgen, nationale Gerichte und Schiedsgerichte in ihren Entscheidungen und nationale Gesetzgeber bei der Ausarbeitung von Gesetzentwürfen zurückgreifen könnten“

gefördert werden könnte,⁵ ohne aber den Begriff des Gemeinsamen Referenzrahmens zu verwenden.

In diesen Mitteilungen ließ die Kommission auch erkennen, dass zwar der Begriff „Gemeinsamer Referenzrahmen“ ihre Erfindung ist, nicht aber die Sache. So heißt es wörtlich, dass man „das Rad nicht neu erfinden wolle“. Deshalb bestehe das Hauptziel der Kommission darin, „die laufenden Forschungsarbeiten miteinander zu verbinden“.⁶ An sich sind dies sehr klare Aussagen, aus denen sich leicht entnehmen lässt, dass der Gemeinsame Referenzrahmen die „laufenden Forschungsarbeiten“ zum Vorbild hat. Ganz in der Nähe heißt es im selben Dokument sogar ausdrücklich, dass der „gemeinsame Referenzrahmen auf der Grundlage der Forschungsarbeiten ... festgelegt“ werden wird.⁷ Kritisch ließe sich anmerken, dass bei aufmerksamer Lektüre der Kommissionsdokumente viel Verwirrung darüber hätte vermieden werden können, was die Vorbilder und Vorläufer des „Gemeinsamen Referenzrahmens“ sind. Zur Klärung dessen, was ein Gemeinsamer Referenzrahmen ist, muss deshalb zunächst der Blick auf diese Vorbilder fallen.

I. Der wissenschaftliche Hintergrund: Restatements des American Law Institute

Etwas verkürzt, aber vielleicht um so treffender lässt sich sagen, dass die Idee des Gemeinsamen Referenzrahmens nichts anderes als die Übernahme einer in den USA entwickelten Methode zur Darstellung von Gemeinsamkeiten vor dem Hintergrund von Rechtsvielfalt ist. Diese Methode wird seit 1923 angewendet und immer mehr verfeinert in den Restatements des American Law In-

⁴ KOM(2003) 68 endgültig, Nr. 59 ff. u. passim.

⁵ KOM(2001) 398 endgültig, S. 2.

⁶ KOM(2003) 68 endgültig, Nr. 66.

⁷ KOM(2003) 68 endgültig, Nr. 63.