

INTERNATIONALE JURISTENVEREINIGUNG
OSNABRÜCK

Jahresheft 2009/10

Jahresheft
der
Internationalen Juristenvereinigung
Osnabrück

Redaktion: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück
c/o European Legal Studies Institute, Universität Osnabrück
Süsterstraße 28, D-49069 Osnabrück

Telefon: 0541/969-6053 – Telefax: 0541/969-6059

E-Mail: IJVOS@web.de

Internet: <http://www.elsi.uos.de/privatelaw/ijvo>

Präsidium: Dipl. Jur. Christoph Fischer, LL.M. (Paris I) (Präsident)
Dipl. Jur. Thorsten Tepasse (Vizepräsident)
Dipl. Jur. Raphael Beermann (Quaestor)

Zitierweise: IJVO 16 (2009/10), S. ...

ISSN: 1866-3931

Bandpreis: €8,-- zuzüglich Versandkosten.

Vertrieb: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück.

© 2011 Internationale Juristenvereinigung Osnabrück. Das Jahresheft und alle in ihm enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung mit elektronischen Systemen.

Druck: www.viaprinto.de

Vorwort

Der neue Vorstand der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück (IJVO) bestehend aus Raphael Beermann, Thorsten Tepasse und Christoph Fischer freut sich sehr, Ihnen nun schon zum 16. Mal mit dem Jahresheft der IJVO Gelegenheit geben zu können, die Vorträge des vergangenen Vortragszeitraums (2009/10) noch einmal in schriftlicher Form Revue passieren zu lassen bzw. neu zu entdecken. Herzlich gedankt für die hervorragende Arbeit in der IJVO während der vergangenen Jahre sei an dieser Stelle unseren Vorgängern im Vorstand Silvan Schubmehl, Tobias Dierks und André Vollmerhaus, auf deren Wirken die Mehrzahl der hier abgedruckten Vorträge sowie insbesondere die Exkursion nach Wien zurückgehen.

Die zurückliegende Vortragsreihe begann im Januar 2009 mit einem Vortrag von **Dr. Knut Benjamin Pißler**, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, zum Thema „Internationales Einheitsrecht und die Kodifikation eines Zivilgesetzes in der Volksrepublik China“. Das Vertragsgesetz der Volksrepublik China ist im Jahr 1999 in Kraft getreten. Der Verabschiedung gingen umfangreiche rechtsvergleichende Arbeiten voraus, wobei auch das internationale Einheitsrecht Berücksichtigung fand. Der Vortrag zeigte anhand von Materialien, die nach der Verabschiedung des Vertragsgesetzes in China veröffentlicht wurden, auf, welchen Einfluss das internationale Einheitsrecht auf den chinesischen Gesetzgeber hatte. Einige Beispiele beleuchteten, wo das Vertragsgesetz dem internationalen Einheitsrecht folgt.

Darauf folgte im Februar 2009 der Vortrag von **Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen**, Georg-August-Universität Göttingen. Sie referierte zu einem gesellschaftsrechtlichen Thema mit dem Titel „Neue Aspekte der US-amerikanischen Discovery“. Amerikanische pre-trial-discovery wird häufig von deutschen Juristen und Unternehmen als Albtraum empfunden. Die Thematik, die bereits seit mehreren Jahrzehnten die deutsche Diskussion des Justizkonfliktes mit den USA beherrscht, hat durch amerikanische Gerichtsentscheidungen eine neue Variante bekommen: Es geht um die Rechtshilfe für im Ausland stattfindende Verfahren. Nach einer Entscheidung des US Supreme Court aus dem Jahre 2004 kann die Regelung von Title 28 U.S.C. § 1782 sehr viel größere praktische Bedeutung entfalten, als es bisher angenommen wurde. So haben nachfolgende Entscheidungen von US-Bundesgerichten beispielsweise auch die Möglichkeit der Rechtshilfe für Schiedsgerichtsverfahren bejaht. Discovery kann damit auch von künftigen Parteien für nichtstaatliche Verfahren und möglicherweise ohne Schutz vor Geheimhaltungsanordnungen

gen und Aussageverweigerungsrechten in Anspruch genommen werden. Der Vortrag setzte sich mit dem Potential dieser Regelung für deutsche Parteien im Lichte der neuen Rechtsprechung auseinander und erörterte das mögliche Vorgehen in solchen Fällen vor US-amerikanischen und vor deutschen Gerichten.

Einen ganz anderen Rechtskreis beleuchtete im Mai 2009 **Damjan Možina**, PhD, Assistant Professor an der University of Ljubljana mit seinem Vortrag zum Thema „Slowenisches Schuldrecht zwischen Jugolawien und Europa“. In seinem Vortrag gab Herr Možina zunächst eine historische Einführung in das Privatrecht Jugoslawiens. Im Weiteren stellte er die Entstehung und Bedeutung des jugoslawischen Schuldrechtsgesetzes von 1978 unter besonderer Berücksichtigung des Leistungsstörungenrechtes dar. Dabei ging er auf wesentliche Merkmale des vertraglichen Leistungsstörungenrechtes, insbesondere auf den Verzug, die Schlechterfüllung und die Unmöglichkeit ein. Der Vortrag schloss mit einer kritischen Würdigung der slowenischen Schuldrechtsreform aus dem Jahr 2002 sowie der getrennten Umsetzung der verbraucherrechtlichen Richtlinien und einer Bewertung der Projekte zur Vereinheitlichung des Europäischen Privatrechts aus der Sicht eines kleinen Mitgliedstaates. Dem Fachbereich Rechtswissenschaften, der die Realisierung dieses Vortrags unterstützt hat, sei hier dafür nochmals herzlich gedankt.

Im März 2010 widmete sich **Prof. Dr. Helmut Köhler**, Ludwig-Maximilians-Universität München, den europarechtlichen Bezügen des Lauterkeitsrechts in seinem Vortrag „Der Einfluss der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken auf das deutsche Lauterkeitsrecht“. Die Richtlinie 2005/29/EG trifft in ihrem Anwendungsbereich eine abschließende Regelung der unlauteren Geschäftspraktiken von Unternehmern gegenüber Verbrauchern (B2C). Der deutsche Gesetzgeber hat in der UWG-Novelle 2008 versucht, einerseits diese Richtlinie korrekt umzusetzen, andererseits die Systematik des UWG möglichst beizubehalten. Daraus resultieren zahlreiche Abgrenzungs- und Zuordnungsprobleme, deren Ausmaß erst allmählich erkennbar wird. Dies und die Ungewissheit, wie die Begriffe und Regelungen der Richtlinie im Einzelnen zu verstehen sind, stellen den Rechtsanwender vor erhebliche Schwierigkeiten. Der Vortrag verdeutlichte dies und leistete einen Beitrag zur Lösung der Probleme.

Es folgte im August 2010 der Vortrag von **Marta dos Santos Silva**, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto (Portugal), zu dem Thema: „Schadensersatz für reine Vermögensschäden in Portugal“. In den letzten Jahrzehnten wurden Rechtsanwälte und Richter in Portugal mit dem in vielen Rechtsordnungen noch unbekanntem Konzept der „reinen Vermögensschäden“ konfrontiert. Die Frage des Schadensersatzes für reine Vermögensschäden stellt sich, wenn deliktische Ansprüche auf Schadensersatz entstehen,

die nicht von der Verletzung eines absoluten Rechts abhängig sind, sondern vom Schutz des Vermögens als Ganzes. Dies umfasst eine Vielfalt von Sachverhalten, die von Stromausfällen und Ölverschmutzung bis hin zu nachlässigen Rechtsanwälten oder entgangenen Gewinnen der Ehepartner eines Unfallopfers reichen können. Als Argumente gegen den Ersatz dieser Schäden werden u.a. angeführt, dass reine Vermögensschäden schwieriger vorherzusehen seien als andere Schäden und dass sie zu einer unbestimmbaren Anzahl von Ansprüchen führen könnten. Die Frage, ob reine Vermögensschäden erstattet werden sollen, gewinnt durch die Europäisierung des Privatrechts zunehmend an Bedeutung. Der Vortrag stellte die Perspektive der portugiesischen Rechtsordnung im Umgang mit diesen Fragen dar. An dieser Stelle sei nochmals dem Portugiesischen Konsulat Osnabrück für die freundliche Mitgestaltung des Vortrags ganz herzlich gedankt.

Die Vortragsreihe schloss mit dem Vortrag von **Friederike Schäfer**, Rechtsanwältin in Wien bei Torggler Rechtsanwälte, zum Thema „Schiedsvereinbarungen und Verbraucherschutz im Licht der Rechtsprechung von EuGH und OGH“. In dem Vorlageverfahren Asturcom ging es um die Frage, ob ein spanisches Gericht im Vollstreckungsverfahren von Amts wegen die Missbräuchlichkeit einer Schiedsklausel in einem Mobiltelefonvertrag mit einem Verbraucher prüfen darf bzw. muss. Der EuGH entschied auf die Vorlagefrage des spanischen Gerichts hin, dass die Richtlinie 93/13 dahin auszulegen sei, dass ein nationales Gericht, bei dem ein Antrag auf Zwangsvollstreckung aus einem in Abwesenheit des Verbrauchers ergangenen rechtskräftigen Schiedsspruch anhängig ist, verpflichtet ist, die Missbräuchlichkeit der Schiedsklausel von Amts wegen zu prüfen. Die Verpflichteten machten geltend, dass sie Konsumenten seien und die Voraussetzungen für das Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung mit einem Unternehmer nicht gegeben seien. Der OGH wies diesen Einwand zurück, weil die Verpflichteten sich auf das Schiedsverfahren eingelassen hätten. Wäre diese Entscheidung nach Veröffentlichung der EuGH-Entscheidung ebenso ausgefallen? Diese Frage und weitere sich aus den Entscheidungen ergebenden Implikationen für den Abschluss von Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern, insbesondere aus österreichischer Sicht, sowie Fragen nach dem ordre public-Rang von sowohl gemeinschaftsrechtlichen als auch autonomen Verbraucherschutznormen wurden in dem Vortrag näher untersucht.

Erwähnung finden soll ferner der Vortrag von Frau **Melanie Amann**, Frankfurter Allgemeine Zeitung, zum Thema „Das Recht und die Medien“, der im Januar 2009 in Zusammenarbeit mit dem Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Schulte-Nölke außerhalb der Vortragsreihe stattfand. Frau Amann ist seit 2006 Mitglied der Wirtschaftsredaktion der F.A.Z. Dort kümmert sie sich um juristische Themen und betreut die Seite Arbeitsrecht in

der Samstagsbeilage „Beruf und Chance“. In ihrem Vortrag berichtete sie über die Bedingungen der juristischen Berichterstattung in den Medien.

Außerdem ist noch eine Neuerung im Jahresheft zu erwähnen, die wir ab diesem Heft dauerhaft einführen möchten. Zukünftig soll den Studierenden der Universität Osnabrück die Möglichkeit gegeben werden, eine besonders herausragende Seminar-, Bachelor- oder Studienarbeit zu einem internationalen Thema im Jahresheft der IJVO zu publizieren. Den Anfang macht in diesem Heft Frau **Christina Lafontaine** mit ihrer Studienarbeit zum Thema “Die Reform des Schenkungsrechts in Frankreich“.

Wir freuen uns zudem, dass das Jahresheft mit einem Aufsatz unseres englischen Kollegen am European Legal Studies Institute **Dr. Stephan Swann** bereichert wird, der sich dem Thema „Die Queen und das britische Parlament“ widmet. Anhand ihres Verhältnisses zum Parlament untersucht der Aufsatz die Stellung und die Funktionen der Queen im konstitutionellen System des Vereinigten Königreichs.

Ein ganz besonderes Highlight der letzten beiden Jahre stellt zweifelsohne die mehrtägige IJVO-Exkursion nach Wien dar, bei der uns dankenswerterweise wiederum der Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück unterstützt hat. Im September 2009 stand neben einer Stadtführung auch ein Besuch des Obersten Gerichtshofs und der Vereinten Nationen auf dem Programm. Genaueres lässt sich dem Reisebericht von **José Carlos de Medeiros Nóbrega** in diesem Heft entnehmen.

Den Referenten und Autoren der Beiträge möchten wir an dieser Stelle herzlich danken.

Unser besonderer Dank gilt zudem unseren Sponsoren, der Stadtparkasse Osnabrück und der Schindhelm Rechtsanwaltsgesellschaft, die dieses Jahresheft mit ihrer Unterstützung ermöglicht haben.

Schließlich möchten wir uns bei unseren zahlreichen Mitgliedern sowie den Besuchern unserer Vorträge bedanken, ohne die die Arbeit der IJVO nicht möglich wäre. Wir freuen uns auf viele weitere spannende Vorträge mit Ihnen!

Osnabrück, im März 2011

für das Präsidium
Dipl. Jur. Christoph Fischer, LL.M. (Paris I)

Inhalt dieses Heftes

Vorwort.....	I
<i>Knut Benjamin Pißler</i>	
Internationales Einheitsrecht und die Kodifikation eines Zivilgesetzes in der Volksrepublik China	1
<i>Dagmar Coester-Waltjen</i>	
Neue Aspekte der US-amerikanischen <i>discovery</i>	9
<i>Damjan Možina</i>	
Slowenisches Schuldrecht zwischen Jugoslawien und Europa – am Beispiel des Leistungsstörungenrechts	23
<i>Helmut Köhler</i>	
Der Einfluss der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken auf das deutsche Lauterkeitsrecht.....	35
<i>Marta Livia dos Santos Silva</i>	
The compensation of pure economic losses under Portuguese Tort Law	53
<i>Friederike Schäfer</i>	
Schiedsvereinbarungen und Verbraucherschutz im Licht der Rechtsprechung von EuGH und OGH	63
<i>Christina Lafontaine</i>	
Die Reform des Schenkungsrechts in Frankreich	75
<i>Stephen Swann</i>	
Die Queen und das britische Parlament.....	99

Carlos Nóbrega

IJVO-Exkursion nach Wien im September 2009113

Veröffentlichungen aus dem European Legal Studies Institute 2009/2010

Veröffentlichungen; Laufende Forschungsprojekte; Auszeichnungen115

Internationales Einheitsrecht und die Kodifikation eines Zivilgesetzes in der Volksrepublik China

von

Knut Benjamin Pißler, Hamburg

I. Zivilrechtskodifikation in China

Die zivilrechtliche Kodifikation in China war von Anfang an geprägt durch eine Rezeption ausländischen Rechts seit im 28. Jahr der Regentschaft des Kaisers GUANG Xu (光绪, alias KUANG Hsu¹) (1902) drei hochrangige chinesische Beamte² eine Throneingabe einreichten, in der sie vorschlugen, das chinesische Recht grundlegend zu reformieren, um mit der Entwicklung im Ausland Schritt halten zu können.³ Erste Früchte der Arbeiten waren die „Allgemeinen Grundsätze für Händler“ (商人通例), ein „Gesellschaftsgesetz“ (公司律) und ein „Konkursgesetz“ (破产法), die noch unter der Qing-Dynastie (1644-1911) durch kaiserlichen Erlass bekannt gemacht wurden.⁴ Im Jahr 1906 entsendete China eine Studienkommission nach Europa, Japan und Amerika, um sich dort über die staatlichen und politischen Einrichtungen zu unterrichten.⁵

Bei den Arbeiten an einem chinesisches Zivilgesetz während der Qing-Dynastie und nach Ausrufung der Republik China im Jahr 1912 wirkten dann japanische und französische Berater mit.⁶

Ein chinesisches „Zivilgesetz“ (民法) konnte aber wegen innerchinesischer Machtkämpfe erst in den Jahren 1929 bis 1931 von der Guomindang-Regierung der Republik China verkündet und in Kraft gesetzt werden.⁷ Ein wichtiges Merkmal dieses Gesetzes ist, dass der Kommission, die das Gesetz erarbeitet hatte, zahlreiche ausländische Kodifikationen

¹ Heute wird in der Volksrepublik China die so genannte „pinyin“-Umschrift verwendet. Im chinesischen Kaiserreich und in der Republik China existierten unterschiedliche Transkriptionssysteme, die bis heute teilweise dazu führen, dass etwa Namen von Personen (Mao Zedong alias Mao Tse-tung) oder Orten (Beijing alias Peking) noch unter der alten Schreibweise bekannt sind.

² Unterzeichner der Throneingabe waren die Provinzgouverneure LIU Kunyi (刘坤一, alias LIEOU K'ouen-yi), ZHANG Zhidong (张之洞, alias Tchang Tche-tong) und YUAN Shikai (袁世凯, alias YUAN Shih-kai).

³ Knut Benjamin Pißler, Gläubigeranfechtung in China (2008), S. 7 f. (m.w.N.).

⁴ Ebenda. Siehe zum Konkursgesetz ausführlicher Heinrich Dove, Das chinesisches Konkursgesetz vom 26. April 1906, Blätter für vergleichend Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre (1907), Spalte 161 ff.; Mirko Wormuth, Das Konkursrecht der VR China – Kontinuität und Wandel (2004), S. 29 ff.

⁵ Ausführlich zu einer Studienkommission aus dem Jahr 1906 Oliver Simon, Bericht der chinesischen Studienkommission aus dem Jahr 1906 über ihren Besuch in Deutschland, ZChinR 2006, S. 77 ff.

⁶ Knut Benjamin Pißler, a.a.O. (Fn. 3), S. 9 ff. m.w.N.

⁷ Eine heute noch sehr nützliche deutsche Übersetzung dieses Zivilgesetzes hat der erste China-Referent des damaligen Kaiser Wilhelm Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Berlin, Karl Büniger, erarbeitet. Siehe Karl Büniger, Zivil- und Handelsgesetzbuch sowie Wechsel- und Scheckgesetz von China (1934), S. 101 ff.

vorlagen: Genannt werden das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 1912, das Schweizerische Obligationenrecht von 1881/1911, das russische Zivilgesetz von 1922, das japanische Zivilgesetz (1898) und Handelsgesetz (1890), das türkische Obligationenrecht und Handelsgesetz (1926), das siamesische Zivil- und Handelsgesetzbuch von 1923/25, der italienische Entwurf eines Handelsgesetzbuches, das brasilianische Zivilgesetz von 1916 sowie ein französisch-italienischer Entwurf eines gemeinsamen Obligationenrechts vom 1927.⁸ Vor allem aber wird dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch ein maßgeblicher Einfluss auf das Zivilgesetz zugeschrieben.⁹ Dies ist deswegen umso beachtenswerter, als bei der Kodifikation – wie bereits erwähnt – zwar französische und japanische Berater, aber kein deutscher Wissenschaftler mitgewirkt haben.¹⁰

Nach der Machtergreifung durch die Kommunisten auf dem chinesischen Festland im Jahr 1949 wurde das Zivilgesetz außer Kraft gesetzt.¹¹ Dieses Zivilgesetz gilt allerdings noch auf Taiwan, also in der Republik China, wohin sich die Guomindang-Regierung 1949 zurückgezogen hatte.

Zwischen 1949 und 1978 diente die Gesetzgebung in der Volksrepublik China primär den Grundanliegen der Sozialreform und der Machtsicherung der Kommunistischen Partei. Bewegungen wie die „Hundert-Blumen-Politik“ und die Kulturrevolution verhinderten nicht nur die Arbeiten an einem neuen Zivilgesetz¹², sondern führten zeitweise zu einem völligen Erliegen der Tätigkeit der Gerichte.¹³

Erst die Politik der „Reform und Öffnung“, die von DENG Xiaoping Ende des Jahres 1978 eingeleitet wurde, führte in China zu einem wirtschaftlichen Aufschwung, der nach Rechtssicherheit und damit nach der Verabschiedung von Gesetzen verlangte.¹⁴

⁸ Jean Escarra, *Le droit Chinois* (1936), S. 176. Vgl. auch H. Betz, *Die Justizreform in China*, *Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre* (1907), Spalte 129 ff. (Spalte 134 f.): Betz zitiert eine Vielzahl ausländischer Gesetze („[...] im ganzen 36 Werke!“), deren Übersetzungen bereits der ersten Entwurfs-Kommission unter der Qing-Regierung in 1907 vorgelegen haben.

⁹ Jean Escarra, a.a.O. (Fn. 8), S. 176 f. Aber Escarra fasst zusammen: „A tout prendre, le code de 1930-1931 n'est pas le moins du monde une mosaïque de codes étrangers, ce qui ne signifie pas que toutes les institutions qu'il règle soient d'essence chinoise.“ Siehe außerdem SHAO Jiandong, *Zur Rezeption des deutschen Rechts in China*, *ZChinR* (1999), S. 81 ff. (84).

¹⁰ Siehe Karl Büniger, *Das neue chinesische BGB – Seine Entstehungsgeschichte und Systematik*, *Blätter für Internationales Privatrecht* (1931), Spalte 258 ff. (Spalte 257). Büniger vermutet, dass die kurze Tätigkeit der deutschen juristischen Fakultät in Qingdao (青島) – Hauptort der 1898 für 99 Jahre vom Deutschen Reich gepachteten Gebietes um die Bucht von Jiaozhou (胶州) – für die deutsche Rechtswissenschaft geworben habe.

¹¹ Robert Heuser, *Einführung in die chinesische Rechtskultur* (2. Auf., 2002), S. 134, 150.

¹² Robert Heuser, a.a.O. (Fn. 11), S. 152.

¹³ Robert Heuser, a.a.O. (Fn. 11), S. 245 f. Siehe zu der Zeit zwischen 1957 und 1978 auch ausführlicher *Frank Münzel*, *Das Recht der Volksrepublik China*, Darmstadt (1982) 8 ff.

¹⁴ Robert Heuser, a.a.O. (Fn. 11), S. 156, zitiert den auf DENG Xiaoping zurückzuführenden Slogan: Es „muss [...] Gesetze geben, an die man sich halten kann und muss, die streng durchzusetzen sind und deren Verletzung zu verfolgen ist“.

Zunächst geschah dies im Gesellschaftsrecht, soweit dies für eine Kooperation zwischen chinesischen und ausländischen Unternehmen benötigt wurde.¹⁵ 1993 verabschiedete der chinesische Gesetzgeber zudem ein relativ umfassendes Gesellschaftsgesetz, das zuletzt im Oktober 2005 revidiert wurde.¹⁶

Das chinesische Zivilrecht besteht derzeit aus verschiedenen Gesetzen, die zusammengenommen den Regelungsbereich des deutschen BGB umfassen. Zu nennen sind erstens die „Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts“¹⁷ aus dem Jahr 1986, die wie ein Allgemeiner Teil eines umfassenden Zivilgesetzes erscheinen, aber auch Regelungen zur juristischen Person sowie zum Schuldrecht, Sachenrecht, Deliktsrecht und internationales Privatrecht enthalten. Zweitens hat die Volksrepublik China mit dem Vertragsgesetz¹⁸ aus dem Jahr 1999 das Schuldrecht modernisiert.¹⁹ Ehe-, Adoptions- und Erbrecht werden jeweils in eigenen Gesetzen geregelt.²⁰

Im März 2007 konnte nach langen, vor allem ideologisch geprägten Diskussionen das „Sachenrechtsgesetz“ verabschiedet werden.²¹ Ende 2009 wurde das Deliktsrecht kodifiziert.²²

II. Einfluss des Einheitsrechts auf das chinesische Vertragsrecht

Wie schon bei der Kodifikation am Ende der Qing-Dynastie schenkt der chinesische Gesetzgeber auch bei den gegenwärtigen Arbeiten ausländischen Vorbildern (einschließlich dem Einheitsrecht) große Beachtung.

Dies zeigt sich beispielhaft an den Gesetzgebungsmaterialien, die nach Verabschiedung des Vertragsgesetzes im Jahr 1999 veröffentlicht wurden. In einem von YAO Hong (姚红), Leiterin des Zivilrechtsbüros des Rechtssetzungsausschusses des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses²³, herausgegebenen Werk werden die

¹⁵ Siehe zu den ersten Rechtsgrundlagen im Direktinvestitionsrecht der VR China bei Lutz-Christian Wolff, Das internationale Wirtschaftsrecht der VR China (2. Aufl., 2005) S. 131 ff.

¹⁶ Chinesisch-deutsch in: ZChinR 2006, S. 290 ff.

¹⁷ Deutsch in: Frank Münzel (Hrsg.), Chinas Recht, 12.4.86/1.

¹⁸ Deutsch in: Frank Münzel (Hrsg.), Chinas Recht, 15.3.99/1.

¹⁹ Siehe Knut Benjamin Pißler, Das neue chinesische Vertragsrecht im Spiegel des Handbuches von Bing Ling, RabelsZ 68 (2004) 328 ff.

²⁰ Jeweils deutsch in: Frank Münzel (Hrsg.), Chinas Recht, 10.9.80/1, 4.11.98/1 und 10.4.85/1.

²¹ Chinesisch-deutsch in: ZChinR 2007, S. 78 ff. Siehe zum Sachenrechtsgesetz ausführlicher Hinrich Julius/Gebhard M. Rehm, Das chinesische Sachenrechtsgesetz tritt in Kraft, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 106 (2007), S. 367 ff.

²² Chinesisch-deutsch in: ZChinR 2010, S. 41 ff.

²³ Der Rechtssetzungsausschuss arbeitet für den chinesischen Gesetzgeber Entwürfe aus. Frau YAO Hong war bei mehreren Symposien mit deutschen Beratern zu verschiedenen Gesetzesvorhaben als Leiterin der chinesischen Delegation beteiligt. So fanden etwa unter ihrer Leitung am 24./25. November 2005 im Hamburger Max-Planck-Institut ein Workshop zum Deliktsrecht und am 27./28. November 2006 ein Symposium zum internationalen Privatrecht in Beijing statt.

einzelnen Paragraphen des Gesetzes mit inländischen und ausländischen Vorbildern synoptisch dargestellt.²⁴

1. Allgemeiner Teil des chinesischen Vertragsrechts

Obwohl eine eingehende Untersuchung noch fehlt, lässt sich im Werk von YAO Hong feststellen, dass vor allem zum allgemeinen Teil des Vertragsgesetzes (§§ 1 bis 129) eine Reihe von einheitsrechtlichen Kodifikationen Berücksichtigung fand.

Zu § 4 Vertragsgesetz, der den Grundsatz der Vertragsfreiheit erstmals in der Volksrepublik China normiert²⁵, werden etwa (neben Vorbildern aus nationalen Rechtsordnungen) aus den UNIDROIT Grundregeln der Internationalen Handelsverträge (im Folgenden *UNIDROIT Grundregeln*) die Artikel 1.1 (Vertragsfreiheit) und 3.2 (Wirksamkeit der bloßen Vereinbarung) angeführt. Zu dem in § 8 Vertragsgesetz festgelegten Prinzip *pacta sunt servanda*²⁶ findet sich ein Hinweis auf Art. 1.3 der UNIDROIT Grundregeln (Verbindlichkeit des Vertrages) sowie auf § 1-203 des US-amerikanischen Uniform Commercial Code (*Obligation of Good Faith*).²⁷

Das UN-Kaufrecht hat möglicherweise die Entscheidung des chinesischen Gesetzgebers bei der Frage beeinflusst, welche Bindungswirkung ein Angebot hat sowie unter welchen Voraussetzungen und bis zu welchem Zeitpunkt es widerrufen werden kann.²⁸ Zunächst unterscheidet das Vertragsgesetz in den §§ 17 ff. (wie das UN-Kaufrecht in den Art. 15 und 16) zwischen der Zurücknahme und dem Widerruf eines Angebots. Ein Vertragsangebot kann nach § 17 zurückgenommen werden. Die Mitteilung der Zurücknahme des Vertragsangebots muss dem Empfänger des Angebots allerdings vor oder gleichzeitig mit dem Angebot zugehen. Ein Widerruf des Angebots ist hingegen solange möglich, bis der Empfänger die Annahmeerklärung abgesendet hat, § 18 Vertragsgesetz. Hiervon sieht § 19 aber Ausnahmen vor, wenn im Angebot eine Frist für die Annahme bestimmt oder sonst wie klaggestellt wird, dass das Angebot nicht widerrufen werden kann oder wenn der

²⁴ YAO Hong (Hrsg.) [姚红主编], Synopse der Paragraphen des „Vertragsgesetzes der Volksrepublik China“ mit inländischen und ausländischen Bestimmungen zu Verträgen [《中华人民共和国合同法》与国内外有关合同规定条文对照] (1999).

²⁵ § 4 Vertragsgesetz lautet (in der hier und im Folgenden verwendeten Übersetzung von Frank Münzel [Fn. 18]): „Die Parteien sind berechtigt, nach dem Recht Verträge nach ihrem eigenen Willen zu schließen; keine Einheit und kein Einzelner darf sich dabei rechtswidrig einmischen.“

²⁶ § 8 Vertragsgesetz lautet: „Ein nach dem Recht errichteter Vertrag hat gegenüber den Parteien gesetzliche Bindungskraft. Eine Partei muss gemäß dem Vereinbarten ihre Pflichten erfüllen und darf nicht eigenmächtig den Vertrag ändern oder kündigen. Ein nach dem Recht errichteter Vertrag erhält den Schutz des Gesetzes.“

²⁷ Der Verweis geht dabei auf den offiziellen Text des Uniform Commercial Code aus dem Jahr 1995, abgedruckt und kommentiert in American Law Institute/ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Commercial Code (14. Aufl., 1995).

²⁸ Die betreffenden Artikel des UN-Kaufrechts werden von YAO Hong neben den Art. 2.3 und 2.4 (inzwischen 2.1.3 und 2.1.4) der UNIDROIT Grundregeln.

Empfänger des Angebots Grund zu der Annahme hat, dass das Angebot nicht widerrufen werden kann und bereits Vorbereitungen zur Erfüllung des Vertrages getroffen hat. Es handelt sich bei der Regelung im chinesischen Vertragsgesetz also um den bekannten Kompromiss zwischen angloamerikanischem Recht (*consideration doctrine*) und der strengen Bindungswirkung im deutschen Rechtskreis, wie er sich auch in Art. 16 UN-Kaufrecht findet.

Ein Einfluss des Einheitsrechts zeigt sich auch bei der Haftung für Vertragsverletzungen, dessen Grundsatz in § 107 Vertragsgesetz normiert ist. Demnach haftet eine Partei, die Vertragspflichten nicht oder nicht gemäß den Vereinbarungen erfüllt, wegen der Vertragsverletzung darauf, weiter zu erfüllen (继续履行), Maßnahmen zur Abhilfe zu ergreifen (补救措施) oder den Schaden zu ersetzen (赔偿损失). Der Erfüllungsanspruch ist also als (primärer) Rechtsbehelf wie in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen und im Einheitsrecht (UN-Kaufrecht, aber auch Art. 9:102 PECL) konzipiert. Dogmatisch richtige Anspruchsgrundlage wäre also beispielsweise für die Lieferung aus Kaufvertrag §§ 107, 130 Vertragsgesetz, wobei § 130 nur die Pflichten aus Kaufverträgen (im Beispiel also die Lieferpflicht des Verkäufers) festlegt, die dann im Rahmen des Rechtsbehelfs der Vertragsverletzung nach § 107 durchgesetzt wird.

Der Schadenersatzanspruch steht gemäß § 112 Vertragsgesetz neben dem Erfüllungsanspruch und richtet sich gemäß § 113 Vertragsgesetz auf das positive Interesse. Er darf aber den Schaden nicht überschreiten, den die den Vertrag verletzende Seite bei Errichtung des Vertrags als mögliche Folge einer Vertragsverletzung vorhergesehen hat oder vorhersehen musste. Auch hier ist eine Übereinstimmung mit dem Einheitsrecht festzustellen. Regelung wie im Einheitsrecht (Art. 74 UN-Kaufrecht, Art. 9:501 bis 9:503 PECL)

Als Ausnahme von der Haftung für Vertragsverletzung enthält § 117 Vertragsgesetz eine Vorschrift über *force majeure*, wobei diese definiert wird als „nicht vorhersehbare, nicht zu vermeidende und nicht zu bewältigende objektive Umstände.“ Die drei Elemente dieser Definition finden sich auch im Einheitsrecht (Art. 79 UN-Kaufrecht, Art. 8:108 PECL). Ein Unterschied ergibt sich hingegen im Hinblick auf die Rechtsfolgen: Die Befreiung von der Haftung nach § 117 Vertragsgesetz bezieht sich auf alle Rechtsbehelfe (also anders als nach UN-Kaufrecht nur auf die Befreiung von der Schadenersatzhaftung); außerdem erfolgt die Befreiung im chinesischen Vertragsrecht „entsprechend dem Einfluss der höheren Gewalt ganz oder teilweise“.

Die chinesische Rechtswissenschaft der jüngeren Generation hat diese Beeinflussung des chinesischen Gesetzgebers durch ausländische Kodifikationen entdeckt und zieht insbe-

sondere auch das Einheitsrecht zur Auslegung des chinesischen Rechts heran. HAN Shiyuan, Professor an der Tsinghua Universität in Beijing, verweist etwa in seinem Lehrbuch zum Vertragsrecht im Hinblick auf die Definition des Angebots in § 14 Vertragsgesetz (wie das Werk von YAO Hong) auf die Ähnlichkeit zu Art. 14 Abs. 1 des UN-Kaufrechts²⁹, wonach der an eine oder mehrere bestimmte Personen gerichtete Vorschlag zum Abschluss eines Vertrages ein Angebot darstellt, wenn er (1) bestimmt genug ist und (2) den Willen des Anbietenden zum Ausdruck bringt, im Falle der Annahme gebunden zu sein.³⁰ An anderer Stelle hat Herr HAN auch auf eine Reihe weiterer Übereinstimmungen zwischen dem chinesischen Vertragsgesetz und dem UN-Kaufrecht hingewiesen.³¹

2. Besonderer Teil des chinesischen Vertragsrechts

Im besonderen Teil des Vertragsgesetzes wurden hingegen – so lässt sich dem Werk von YAO Hong entnehmen – vor allem nationale Rechtsordnungen berücksichtigt. Häufig herangezogen wurden das deutsche BGB, der italienische Codice Civile und das japanische Zivilgesetz, vor allem aber das taiwanische Zivilgesetz, welches – von einigen Änderungen abgesehen – dem Zivilgesetz der Republik China entspricht. Allerdings wird das Zivilgesetz der Republik China immer an letzter Stelle und mit dem politisch unvermeidlichen Vermerk angeführt dass es sich dabei um das – in Anführungszeichen – „Zivilgesetz‘ des taiwanischen Gebiets unseres Landes“ handle. Vergleichsweise wenig Bezug genommen wird auf den französischen Code Civil. Keinen Hinweis gibt es auf das niederländische Zivilgesetzbuch (*Burgerlijk wetboek*). Dies ist verwunderlich, da es eine relativ moderne Zivilrechtskodifikation bildet, so dass eigentlich ein großes Interesse des chinesischen Gesetzgebers hätte bestehen müssen, diese als mögliches Modell heranzuziehen. Zu den Regelungsmaterien, die eine chinesische Besonderheit bilden, nämlich die verschiedenen Technologieverträge im 18. Kapitel des Vertragsgesetzes verweist die Darstellung von YAO Hong nur auf entsprechende chinesische Vorgängergesetze.³²

Neben dem Kaufrecht (§§ 130 bis 175 Vertragsgesetz), wo sich selbstverständlich der eine oder andere Hinweis auf betreffende Normen des UN-Kaufrechts finden, wird nur im 14. Kapitel zum Finanzierungsleasing-Vertrag (§§ 237 bis 250 Vertragsgesetz) und im 21. Kapitel zum Geschäftsbesorgungsvertrag (dort bei den Vorschriften zur indirekten

²⁹ HAN Shiyuan [韩世远], Vertragsrecht [合同法总论] (2. Aufl., 2008), S. 64 f.

³⁰ § 14 Vertragsgesetz lautet: „Ein Vertragsangebot ist eine Willenserklärung der Hoffnung, mit einem anderen einen Vertrag zu errichten; sie muss den folgenden Bestimmungen entsprechen: 1. der Inhalt ist konkret festgelegt; 2. sie drückt aus, dass mit der Annahme durch den Empfänger des Angebots der Anbietende durch diese [seine] Willenserklärung gebunden wird.“

³¹ HAN Shiyuan, China, in: Franco Ferrari (Hrsg.), *The CISG and its Impact on National Legal Systems* (2008), S. 71 ff. (84 ff.).

³² Vor allem also das „Technikvertragsgesetz der Volksrepublik China“, welches gemäß § 428 Vertragsgesetz mit Inkrafttreten des Gesetzes außer Kraft gesetzt wurde.

Stellvertretung, §§ 402 bis 404 Vertragsgesetz) auf Einheitsrecht verwiesen, nämlich einerseits auf die UNIDROIT Convention on International Financial Leasing aus dem Jahr 1988 und andererseits auf die UNIDROIT Convention on Agency in the International Sale of Goods aus dem Jahr 1983.³³

III. Fazit

Die Zivilrechtskodifikation in der Volksrepublik China knüpft an die bereits am Ende der Qing-Dynastie begründete Tradition an, ausländisches Recht zu rezipieren. Heute profitiert der chinesische Gesetzgeber allerdings von der Entwicklung des internationalen Einheitsrechts, so dass ihm in vielen Rechtsbereichen Vorbilder zur Verfügung stehen, die nicht der Rechtsordnung eines Nationalstaates entwachsen ist, sondern sich aus Regelungen zusammensetzt, die international Anerkennung gefunden haben. Zugleich überwindet der chinesische Gesetzgeber potentielle Grabenkämpfe zwischen verschiedenen, am Entwurfsverfahren beteiligten Personen, die zum Teil in Frankreich, zum Teil in Italien, in den USA oder auch in Deutschland studiert haben, sich der jeweiligen Rechtsordnung daher zugeneigt fühlen, und dementsprechend für die Rezeption des entsprechenden Rechts eintreten. Am Beispiel des Vertragsrechts wird deutlich, dass der chinesische Gesetzgeber eine Reihe nationalstaatlicher Kodifikationen als mögliche Vorbilder herangezogen hat. Diese Vorbilder – vor allem das deutsche, italienische, japanische und taiwanische Recht – dominieren im besonderen Teil des Vertragsgesetzes. Unklar ist, warum das moderne niederländische Zivilgesetzbuch keine Berücksichtigung fand.

Im allgemeinen Teil finden sich ganz überwiegend auch Hinweise auf das internationale Einheitsrecht (UN-Kaufrecht, UNIDROIT Grundregeln) sowie auf den US-amerikanischen Uniform Commercial Code. Der Berücksichtigung förderlich war zweifellos, dass das UN-Kaufrecht bereits in seiner Urschrift auch in chinesischer Sprache verfasst wurde³⁴, und eine chinesische Übersetzung der UNIDROIT Grundregeln spätestens seit 1996 vorlag³⁵, so dass der chinesische Gesetzgeber keine Sprachbarrieren zu überwinden hatte. Die PECL konnten hingegen nicht berücksichtigt werden. Zwar wurden die ersten zwei Teile bereits in den Jahren 1995 und 1996 fertig gestellt, eine chinesische Übersetzung erschien jedoch erst im Jahr 1999³⁶ und damit zu spät, um noch in die Gesetzgebungsarbeiten einzufließen.

³³ Beide Texte abrufbar unter www.unidroit.org.

³⁴ Siehe die Unterzeichnungsklausel des UN-Kaufrechts.

³⁵ UNIDROIT Grundregeln der Internationalen Handelsverträge (chinesisch-englische Synopse) [国际商事合同通则(中英文对照)], übersetzt von ZHOU Xiaoyan [周晓燕] und anderen (1996).

³⁶ Chinesische Übersetzungen von HAN Shiyuan erschienen zuerst als dreiteilige Serie in Übersetzungen und Analysen ausländischer Gesetze [外国法译评] 1999, Nr. 1, S. 107 ff., Nr. 2, S. 104 ff. und Nr. 3, S. 106 ff.;

Im besonderen Teil konnten nur vereinzelt einheitsrechtliche Kodifikationen berücksichtigt werden.

Soweit eine Rezeption erfolgte, ist davon auszugehen, dass diese nicht als eine einfache Übernahme nationalen Rechts oder des Einheitsrechts stattfand. Denn auch bei der Beratung durch ausländische Berater ist festzustellen, dass ausländische Gesetzestexte nicht einfach vom chinesischen Gesetzgeber übernommen werden. Prof. Hinrich Julius, Leiter des Büros der Gesellschaft für technische Zusammenarbeit (GTZ) in Beijing, das seit 1994 den Umgestaltungsprozess der Rechtsordnung in China durch Beratung des Gesetzgebers unterstützt, stellt hierzu fest: „Sowohl seitens des nationalen Selbstverständnisses als auch vom intellektuellen Selbstbild der handelnden Personen wird viel Wert auf eine autonome, chinesische Form der Gesetzgebung gelegt“.³⁷

Eine abschließende Einschätzung dazu, wie stark der Einfluss des Einheitsrechts auf die jüngsten Kodifikationen in China ist, wird schließlich dadurch erschwert, dass bislang umfassende Untersuchungen fehlen, wie möglicherweise rezipiertes Recht in der Praxis von den chinesischen Gerichten ausgelegt und angewendet wird. Allein das lebendige Recht kann aber der Maßstab für eine solche Aussage sein. Indem inzwischen Entscheidungssammlungen und Datenbanken mit Gerichtsurteilen vorhanden sind, ist die Grundlage für solche Untersuchungen geschaffen.³⁸

Art. 1:101 bis Art. 9:510 zusammen dann auch mit einem Vorwort von Ole Lando in *Civil and Commercial Law Review* [民商法论丛] Nr. 12 (1999), S. 826 ff.

³⁷ Hinrich Julius, *Institutionalisierte rechtliche Zusammenarbeit: Die Erfahrung der GTZ in China*, ZChinR 2009, S. 140 ff. (144).

³⁸ Siehe zu einem solchen Ansatz in Bezug auf die im Vertragsgesetz (§§ 74, 75) normierte *actio Pauliana* Knut Benjamin Pißler, a.a.O. (Fn. 3), passim, die durch eine Übernahme dieser Gläubigeranfechtung nach französischem Vorbild im Recht Japans über das Zivilgesetz der Republik China in der Volksrepublik China rezipiert wurde, hierbei aber durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre mit chinesischen Besonderheiten versehen und damit in gewisser Weise sinisiert worden ist.

Neue Aspekte der US-amerikanischen *discovery*

von

Prof. Dr. jur. Dagmar Coester-Waltjen, Göttingen

I. Die Schrecken einer drohenden *discovery*

Zu einem der wichtigsten „Folterinstrumente“, die deutsche Unternehmen bei einem drohenden Rechtsstreit in den USA fürchten, gehört die *discovery* des US-amerikanischen Zivilprozesses. Für die Federal Courts, in den Federal Rules of Civil Procedure (F.R.C.P.) geregelt,¹ ermöglicht die *discovery* im Vorfeld des „Hauptverfahrens“² den Zugang zu Beweismaterial in der Hand der anderen Partei oder auch eines Dritten. Dazu gehören außergerichtliche Vernehmungen (*depositions*) von Zeugen und Parteien (Parteien haben ebenfalls die Stellung von Zeugen), Herausgabe und Auswertung von Dokumenten (gleichgültig, ob in Besitz der Parteien oder Dritter), die Aufforderung zur Beantwortung schriftlicher Fragen (*interrogatories*). Da in der Hauptverhandlung neue Informationen nicht mehr eingeholt und vorgetragen werden dürfen, kann die *discovery* extrem weit reichen. Dies gilt insbesondere, weil in dieser Phase des Verfahrens wegen der sehr allgemein gehaltenen Schriftsätze (*pleadings*) noch nicht feststeht, welche Tatsachen entscheidungserheblich, welche bestritten sein werden. In der Regel werden sämtliche in irgendeiner, wenngleich sehr unbestimmter Weise, möglicherweise relevanten Informationen begehrt (Rule 26 (a) FRCP). Die geforderte Information ist schon dann in diesem Sinne „relevant“, wenn sie erst ihrerseits zur Entdeckung von Beweismitteln führt.³ Daraus entstehen die (im deutschen Beweisrecht nicht zulässigen) „*fishing expeditions*“.

Funktion der (*Pretrial*)-*discovery* ist es, Überraschungseffekte in der Hauptverhandlung zu vermeiden und die Konzentrierung auf die dann noch streitigen Punkte (häufig in Anwesenheit einer Jury) zu ermöglichen. Nachteilig sind jedoch Kosten- und Zeitaufwand, die häufig eingesetzt werden müssen, weil bspw. eine große Menge von Dokumenten vorgelegt, umfangreiche Fragenkataloge beantwortet und nunmehr zunehmend auch

¹ Zu diesen: *Frost*, *The Sound and the Fury or the Sound of Silence*, 37 Ga.L.Rev. 1039 (2003); zur Bedeutung der (allerdings früheren Fassung) der 1993 reformierten Regeln auch: *Junker*, *Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr*, 1987, S. 39 ff.

² Dieses *Pretrial* kann schon vor Klärung der internationalen Zuständigkeit der US-amerikanischen Gerichte erfolgen, dazu: *Reufels*, *RIW* 1999, 676.

³ *Hay*, *Amerikanisches Recht*, 4. Aufl., 2008, Rn. 189; zur Reform aus dem Jahre 2000 sh. (Rule 26 (b) (1) FRCP): *Cloud*, 74 *Temple L.R.* (2001) 27, 48 ff.; zu den Befürchtungen amerikanischer Juristen vor zu großer Richtermacht und unzulänglicher Erforschung der Wahrheit auf Grund der durch die Reform vorgenommenen Beschränkungen: *Wilke*, *IDR* 2004, 92; zu den unterschiedlichen Vorstellungen auch: *Murray/Stürner*, *German Civil Procedure*, 2004, S. 603; zur Lockerung der restriktiven deutschen Haltung zur *document discovery*: *Trittmann/Leitzen*, *IPRax* 2003, 7.

elektronische Daten zugänglich gemacht werden müssen.⁴ Dabei ist zu beachten, dass das US-amerikanische Recht umfangreiche Aussagepflichten (auch der Parteien) und nur wenige Zeugnisverweigerungsrechte (*privileges*) kennt. Die Nichtbeantwortung von Fragen oder die Nichtvorlage von physischen oder elektronischen Dokumenten kann weitreichende Folgen haben, insbes. in der Beweiswürdigung und bei der Verurteilung zu *punitive damages*.⁵ Aus diesen Gründen scheuen deutsche Unternehmen die US-amerikanische *discovery*. Diese wird daher häufig von den Klägern als Druckmittel eingesetzt, um einen Vergleich zu erzielen.⁶ Für den Beklagten kann es – insbes. auch im Hinblick auf die *American Rule of Costs*⁷ – sehr viel günstiger sein, sich vergleichsweise zu einer Schadensersatzzahlung zu verpflichten, als eine *discovery* durchzustehen und den Prozess dann möglicherweise zu gewinnen.

II. *Discovery* für ausländische Rechtsstreitigkeiten

1. Title 28 U.S.C. § 1782

Eine *discovery* kann aber nicht nur im *Pretrial* zu einem Verfahren in den USA⁸ erfolgen, vielmehr gibt Title 28 U.S.C. § 1782⁹ auch die Möglichkeit, ein *discovery*-Verfahren

⁴ *Coleman (Parent) Holdings Inc. et al.*, No CA 03-5045 AI, 2005 WL 674885 (Fla. Cir. Ct., March 23rd, 2005).

⁵ *Clare v. Coleman*, No 4 D 05-1575 (Fla. Dist. Ct. App., May 24th, 2006).

⁶ Hay, *Amerikanisches Recht*, 4. Aufl., 2008, Rn. 186; von Hülsen, RIW 1982, 225, 226; sh. auch: Justice Breyer in seiner *dissenting opinion*, in: *Intel v. AMD*, 124 S.Ct. 2466, 2486 (2004).

⁷ Grundsätzlich trägt jede Partei – also auch die siegreiche – ihre eigenen Prozesskosten.

⁸ Neben den F.R.C.P. sehen auch die einzelstaatlichen Rechte verschiedene Formen der *discovery* vor, vgl. z.B. Sec. 3.02 *Uniform Interstate and International Procedure Act 1962*, 13 U.L.A. 459, 492 (1980). Die Unterschiede in den einzelnen Regelungen geben Anlass zum *forum shopping*: Hay, *Amerikanisches Recht*, 4. Aufl., 2008, Rn. 187.

⁹ Title 28 U.S.C. § 1782 lautet:

„Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals.

(a) The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court. By virtue of this appointment, the person appointed has power to administer any necessary oath and take the testimony or statement. The order may prescribe the practice and procedure, which may be in whole or part the practice and procedure of the foreign country or the international tribunal, for taking the testimony or statement or producing the document or other thing. To the extent that the order does not prescribe otherwise, the testimony or statement shall be taken, and the document or other thing produced, in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure.

A person may not be compelled to give his testimony or statement or to produce a document or other thing in violation of any legally applicable privilege.

(b) This chapter does not preclude a person within the United States from voluntarily giving his testimony or statement or producing a document or other thing, for use in a proceeding in a foreign or international tribunal before any person and any manner acceptable to him.

in den USA für ausländische Rechtsstreitigkeiten durchzuführen.¹⁰ Nach dieser Vorschrift kann ein Antrag auf eine Beweiserhebung in Form eines US-amerikanischen *discovery*-Verfahrens für ausländische und internationale Verfahren außerhalb des HBÜ durchgeführt werden. Das Verfahren muss in dem Gerichtsbezirk der USA stattfinden, in dem die Person, die eine Aussage machen oder eine Urkunde bzw. andere Objekte vorlegen soll, ihren Wohnsitz hat oder angetroffen wird. Das anordnende Gericht ist auf eine Beweiserhebung in seinem eigenen Gerichtsbezirk beschränkt. Die Anordnung einer *discovery* in einem anderen Bezirk, erst Recht im Ausland, ist auf diesem Weg nicht möglich.¹¹ Antragsberechtigt sind nicht nur die ausländischen oder internationalen Entscheidungskörper („*letter rogatory issued, all requests made, by a foreign or international tribunal*“), sondern auch interessierte Privatpersonen („*application of any interested person*“). Das Verfahren im Ursprungsstaat muss keineswegs bereits anhängig sein.¹² *Pretrial Discovery* wird also auch für ausländische Verfahren – und zwar sogar für noch nicht anhängige – eröffnet.¹³

Diese in der jetzigen Fassung im Wesentlichen bereits 1964 geschaffene Vorschrift¹⁴ hat zunächst – jedenfalls für Rechtsstreitigkeiten in Deutschland – nur eine sehr geringe Bedeutung gehabt.¹⁵ Eine Entscheidung des *US Supreme Court* aus dem Jahre 2004¹⁶ hat diese Regelung jedoch wieder stärker in den Mittelpunkt gerückt, weil der *US Supreme Court* grundsätzliche Ausführungen zur Auslegung und zum Anwendungsbereich gemacht

¹⁰ Das Haager Beweisübereinkommen (im Folgenden: HBÜ) v. 18.03.1970 – BGBl. 1977 II, 1472 – dem sowohl die Bundesrepublik als auch die Vereinigten Staaten beigetreten sind, gibt ebenfalls Möglichkeiten der Rechtshilfe bei der Beweiserhebung, ist allerdings insbes. im Hinblick auf das *pretrial discovery* sehr zurückhaltend, vgl. Art. 23 HBÜ. Zum Problem der Behandlung der Parteien und zum versuchten indirekten Zugriff auf Zeugen und Urkunden vgl. Paulus, ZZZ 104 (1991) 397; Coester-Waltjen, FS Schlosser, 2005, S. 146, 158 f.; nach den Verbalnoten v. 11.02.1955, 12.01. und 08.10.1956 und ihrer Ergänzung v. 17.10.1979 können darüberhinaus amerikanische Konsuln oder *Commissonnars* auch deutsche Staatsangehörige und nichtamerikanische Bürger in Deutschland vernehmen, soweit keinerlei Zwang ausgeübt wird.

¹¹ Die Anwendung von Title 28 U.S.C. § 1782 auf im Ausland befindliche Dokumente wurde bisher abgelehnt: *In re Sarriso, S.A.*, 119 F. 3d 143 (2nd Circ. 1997); *Norex Petroleum Ltd. v. Chubb Ins. Co. of Canada*, 384 F.Supp. 2d 45 (D.D.C. 2005).

¹² *U.S. v. Sealed 1*, Letter of Request for Legal Assistance from the Deputy Prosecutor General of Russian Federation, 235 F. 3d 1200, 1204 (9th Dist. 2000); zwar sah die ursprüngliche Fassung vor: “*in any judicial proceeding pending in any court in a foreign country*”, dieser Satz wurde aber bei der Reform 1964 gestrichen.

¹³ Dabei ist die zeitliche Grenze sogar noch weiter nach vorne verschoben, s. unten; Schlosser, EU-Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2003, Art. 3 HBÜ Rn. 2.

¹⁴ Empfehlung der *Commission on International Rules of Judicial Procedure (Rules Commission)*, dazu Smit, 65 Colum. L.Rev. 1015, 1016 (1965); *ders.*, 25 Syracuse J. Int'l L. & Com. 1 ff. (1998); Warner Lien, 15 Catholic U.L.Rev. 591, 623 (2001).

¹⁵ Vgl. aber *McDonald/Wetzler*, RIW 2000, 212; Roggenbruck, IPRax 1997, 76.

¹⁶ *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices Inc.*, 124 S.Ct. 2466, 159 L. Ed. 2d 355 (2004); dazu Rieckers, RIW 2005, 19; *Gibbons/Dolzer*, RIW 2004, 899; *Zerr*, Börsenzeitung v. 29.9.2004, S. 2; Coester-Waltjen, FS Kerameus, 2009, S. 257; *Steinbrück*, IPRax 2008, 448; *Gottridge* (N.Y.L.J. Feb. 21st, 2006) weist darauf hin, dass z.B. auch Änderungen im deutschen Verfahrensrecht (wie z.B. das KapMuG) Anreiz bieten, die durch Title 28 U.S.C. § 1782 gebotenen Möglichkeiten wahrzunehmen, so z.B. in dem von ihm zitierten Fall *In re Winkler*, No. M 19-88 (RCC), (S.D.N.Y. Nov. 21, 2001) app. diss. No. 05-7037 (2nd Civ. Feb. 6th, 2006).

hat. Dies hat die Diskussion belebt und es zeichnet sich deutlich ab, dass die US-amerikanischen Gerichte nunmehr geneigt sind, der Vorschrift einen weiten Anwendungsbereich zu geben und ihre Relevanz auch für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit zu steigern. Insofern können deutsche Verfahren und deutsche Parteien von dieser Regelung im positiven wie im negativen Sinne betroffen sein. Bevor hierauf näher eingegangen wird, ist zunächst die Entscheidung des *US Supreme Court* i.S. *Intel* vorzustellen.

2. Die *Intel*-Entscheidung¹⁷

a) Der Sachverhalt

Intel hatte in einem privaten Wettbewerbsstreit vor einem *US District Court* in Alabama Dokumente über ihr Marktverhalten vorgelegt. Das Alabama-Gericht hatte für dieselben eine sog. „*protective order*“, d.h. eine Geheimhaltungsverpflichtung erlassen. Nach Abschluss dieses Verfahrens verblieben die Dokumente bei dem Anwalt von *Intel* in Kalifornien. Nunmehr regte *Advanced Micro Devices Inc. (ADM)* bei der Generaldirektion Wettbewerb der EU ein Kartellverfahren gegen *Intel* an. Für dieses Verfahren stellte *ADM* beim zuständigen *District Court* in Kalifornien einen Antrag auf Herausgabe dieser Dokumente nach Title 28 U.S.C. § 1782. Der *District Court* hielt dieses Verfahren für unzulässig, der *Court of Appeal* für den 9. *District* hob diese Entscheidung auf. Der *US Supreme Court* bestätigte die grundsätzliche Zulässigkeit des Gesuchs und verwies bzgl. möglicher Einwände auf den Ermessensspielraum des Gerichts, das sich erneut mit dieser Angelegenheit zu beschäftigen hatte (und am Ende letztlich das Begehren ablehnte).¹⁸

Dabei entschied der *US Supreme Court* unter Bezugnahme auf Wortlaut, Gesetzesgeschichte und Gesetzesanliegen für einen weiten Anwendungsbereich und nahm im Einzelnen – wenngleich nicht immer abschließend – zu den einzelnen Voraussetzungen Stellung, was im Folgenden kurz dargestellt wird.

b) Tribunal

Heftig umstritten war im Verfahren, ob es sich bei der Generaldirektion Wettbewerb, vor der die Dokumente vorgelegt werden sollten, um ein „Tribunal“ i.S.d. Vorschrift handelt. Die Mehrheit der Richter bejahte dies. Sie ging davon aus, dass als Tribunal jeder „*first instance decision-maker*“ zu verstehen ist. Entscheidend sei, ob in dem Verfahren Beweise erhoben werden können (*proof taking*). Dabei beriefen sich die Richter auf das Anliegen, mit Title 28 U.S.C. § 1782 die internationale Rechtshilfe zu erleichtern, auf Äußerungen

¹⁷ *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices Inc.*, 124 S.Ct. 2466, 159 L. Ed. 2d 355 (2004).

¹⁸ *In re Microsoft Corp.*, 428 F.Supp. 2 d 188, 194 (S.D.N.Y. 2006).

im Gesetzgebungsverfahren¹⁹ sowie auf die „*plain meaning rule*“, die wortlautgetreue Auslegung.²⁰ Allerdings war innerhalb des Gerichts diese Auslegung keineswegs unbestritten. Justice *Breyer* wies in seiner *dissenting opinion* darauf hin, dass bei einer so weiten Auslegung möglicherweise alle Gremien, die in irgendeiner Weise gerichtlich „überprüfbar“ Entscheidungen treffen, als „*tribunals*“ eingeordnet werden könnten. So nannte er als Beispiel die *British Housing Corporation*, die im Falle einer Entscheidung über die Finanzierung eines *Low-Income Housing Development* ebenfalls ein *decision-maker* sei.²¹ In der Generaldirektion Wettbewerb sah er eher eine Verfolgungsbehörde²² – vergleichbar der *Anti Trust Division* des US Justizministeriums – als eine Entscheidungsbehörde (wie etwa der *Federal Trade Commission*). Er ging davon aus, dass in derartigen Zweifelsfällen die Selbsteinschätzung der entsprechenden Stelle ausschlaggebend sein solle. Die Kommission hatte sich im Fall *Intel* dahin geäußert, dass eine Charakterisierung der Generaldirektion Wettbewerb als Tribunal unpassend sei, eine solche Einordnung sogar im Hinblick auf die Anreizprogramme Schwierigkeiten bereiten könne.

Ob diese weite Auslegung des Begriffs „Tribunal“ auch Schiedsgerichte umfasst, hat der *US Supreme Court* nicht ausdrücklich gesagt.²³ Die generellen Ausführungen und die Zitierung von *Smit*, der wesentlich an der Vorbereitung des Gesetzgebungsverfahrens beteiligt war und seinerseits Schiedsgerichte beispielhaft erwähnte,²⁴ deuten darauf hin, dass nach Title 28 U.S.C. § 1782 auch Rechtshilfe für Verfahren vor Schiedsgerichten geleistet werden kann.²⁵ Dies war in der Vergangenheit überwiegend abgelehnt worden.²⁶

Nunmehr haben die meisten US-amerikanischen Gerichte in der Folgezeit von *Intel* diese Regelung auch angewendet, wenn die *discovery* für eine Schiedsverfahren begehrt wurde. Dabei legte man zunächst besonderes Gewicht darauf, dass es sich nicht um ein rein privates Schiedsgericht handelte, sondern vielmehr die schiedsgerichtliche Streitbeile-

¹⁹ *Smit*, 65 Colum. L. Rev. 1015, 1026 (1965): “The term „tribunal“... includes investigating magistrates, administrative and arbitral tribunals, and quasi-judicial agencies, as well as conventional civil, commercial, criminal and administrative courts.”

²⁰ Dazu auch: *Steinbrück*, IPRax 2008, 488, 451.

²¹ 124 S.Ct. 2466, 2483 (2004).

²² Es sei darauf hingewiesen, dass nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Title 28 U.S.C. § 1782 entsprechende Rechtshilfe auch für „*criminal investigations*“ in Anspruch genommen werden kann.

²³ Ein Schiedsgericht ist jedenfalls nicht als „gerichtliche Behörde“ im Sinne von Art. 1 (1) HBÜ einzuordnen: *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht, Art. 1 HBÜ Rn. 2.

²⁴ *Smit*, 65 Colum. L. Rev. 1015, 1026 (1965): “The term „tribunal“ ... includes investigating magistrates, administrative and arbitral tribunals, and quasi-judicial agencies, as well as conventional civil, commercial, criminal and administrative courts.”

²⁵ Zur Üblichkeit der *discovery* vor Schiedsgerichten: *Kaufmann-Kohler/Bärtsch*, SchiedsVZ 2004, 13; *Kreindler/Schäfer/Wolf*, Schiedsgerichtsbarkeit. Ein Kompendium für die Praxis, 2006, S. 827 ff., 846.

²⁶ *In re Appl. Wielander*, 1996 WL 421938 E.D.Pa. 1996 – sport federation not a tribunal.

²⁶ *NBC v Bear Stearns & Co.*, 165 F. 3d 124 (2nd Circuit 1999) – Schiedsgericht der ICC kein *tribunal* im Sinne von Title 28 U.S.C. § 1782; ebenso *Republic of Kasachstan v. Biedermann Int.* 168 F. 3d 880 (5th Circ. 1999). Auch Vereinsgerichte wurden bis dahin nicht als Tribunal eingestuft: *In re Appl. Wielander*, 1996 WL 421938 E.D.Pa. 1996 – sport federation not a tribunal.

gungsklausel in einem Investitionsschutzabkommen (der USA) enthalten war.²⁷ Andere Gerichte schlossen aus den Formulierungen des *US Supreme Court* in *Intel*, dass auch private Schiedsgerichte Tribunals seien.²⁸ Allerdings gibt es immer noch einige wenige gegenteilige Entscheidungen, insbes. aus dem 5. *District*.²⁹ Insofern ist zwar eine gewisse Tendenz erkennbar, eine sichere Aussage kann jedoch bisher nicht getroffen werden.

c) „Interested Person“ und „Contemplated Proceeding“

Als möglicher Antragsteller kommen die ausländischen „*tribunals*“, ebenso aber jede „*interested person*“ in Betracht. Als „*interested person*“ ist jede Person zu bezeichnen, die in einem laufenden oder noch zu erwartendem Verfahren „*significant participation rights*“ hat. Dies bedeutet, dass es sich nicht um die Partei eines gegenwärtigen oder künftigen Verfahrens handeln muss; als ausreichend wurde in *Intel* ein Interesse an einem künftigen Verfahren angesehen. *ADM* war *interested person*, weil sie eine Untersuchung der Generaldirektion Wettbewerb anregen, derselben Informationen übermitteln und gegen die Einstellung des Verfahrens vorgehen konnte. Bei einer derartig weiten Auslegung müssen wohl auch gegenwärtige und künftige Privat- und Nebenkläger, Nebeninterventienten und vielleicht sogar Beizuladende nach deutschem Verfahrensrecht als *interested person* angesehen werden. Wichtig ist allein, dass ein Verfahren, an dem die *interested person* beteiligt sein wird, vernünftigerweise zu erwarten ist („*be within reasonable contemplation*“). Wann dies im Einzelnen anzunehmen ist, lässt der *US Supreme Court* in *Intel* offen, denn im konkreten Fall war bereits die Untersuchung angeregt worden (wenngleich diese von der Generaldirektion Wettbewerb nicht weiter verfolgt wurde). Es wird also wohl darauf ankommen, dass die *interested person* nach der Informationsbeschaffung Irgendetwas unternehmen kann. Damit wird für ein ausländisches Verfahren die Möglichkeit der Beweisverschaffung in den USA zu einem Zeitpunkt eröffnet, in dem sie für ein Verfahren vor einem Federal Court nach den F.R.C.P. noch nicht möglich wäre (vgl. Rule 26 (d) F.R.C.P.).

²⁷ *In re Oxus Gold PLC*, No 06-82, 2006 WL 2927615 (D.N.J. October 11th, 2006), appeal denied, 2007 WL 1037387 (D.N.J. April 2nd, 2007).

²⁸ *In re Roz Trading Ltd.*, 469 F.Supp. 2 d 1221 (N.D.Ga. 2006, motion for stay pending appeal denied, 2007, WL 120844 (N.D.Ga. Januar 11th, 2007); *In re Hallmark Capital Corp.*, 534 F.Supp. 2 d 951 (D.Minn. 2007); *Comisión Ejecutiva, Hidroeléctrica del Río Lempa v. Nejapa Power Company*, 2008 WL 4809035 (D.Del. October 14th, 2008), appeal dismissed, 341 Fed. Appx. 821 (3 d Cir. August 3rd, 2009); *In re Babcock Borsig AG*, 583 F.Supp. 2 d 233 (D.Mass. 2008); *OJSC Ukrnafta v. Carpathy Petroleum Corp.*, 2009 WL 2877156 (D.Conn. August 27th, 2009).

²⁹ *El Paso Corp. v. La Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa*, 2009 WL 2407189 (5th Cir. August 6th, 2009); *In re Operadora DB Mexico, S.A.De C.V.*, 2009 WL 2423138 (M.D.Fla. August 4th, 2009), *In re arbitration in London, England between North Hook Southern Corp. et. al.*, 626 F.Supp. 2 d 882 (M.D.Ill. 2009).

d) “Foreign Discoverability” und “Possibility of discovery in Domestic Litigation”

Wesentlicher Streitpunkt im *Intel*-Verfahren war die Frage, ob die begehrte Information nach der *lex fori* des angerufenen (oder später anzurufenden) ausländischen Tribunals verlangt werden kann (sog. „*foreign-discoverability requirement*“). Dies war bis zur *Intel*-Entscheidung sehr umstritten,³⁰ wengleich sich allmählich die Meinung verbreitet hatte, dass es nicht darauf ankomme, ob die begehrte Information nach der *lex fori* des ausländischen Gerichts verlangt werden könne. Diese Meinung hatte sich auch in Deutschland bereits für das HBÜ durchgesetzt.³¹ Der *US Supreme Court* bestätigte diese Entwicklung. Damit ist nunmehr höchstrichterlich entschieden, dass auch für die kontinental-europäischen Verfahren die Rechtshilfe nach Title 28 U.S.C. § 1782 jedenfalls grundsätzlich zur Verfügung steht, selbst wenn nach dem Recht des Tribunals diese Beweiserhebung nicht zulässig sein sollte. Die durch die Vorbehalte nach Art. 23 HBÜ gesetzten Schranken einer „*document discovery US style*“ wirken sich auf die Möglichkeit der Eröffnung einer *discovery* in den USA für ein deutsches Verfahren damit nicht unmittelbar aus.

Nach der *Intel*-Entscheidung haben viele Gerichte ausdrücklich betont, dass es auf die Verwendungsmöglichkeit im ausländischen Verfahren nicht ankomme.³² Das Tribunal könne den Beweis ja unbeachtet lassen.³³

Der *US Supreme Court* ist jedoch noch weiter gegangen und sieht selbst in der Tatsache, dass die Antragstellerin in einem entsprechenden US-amerikanischen Verfahren die begehrten Informationen nicht bekommen könnte, kein Hindernis, es sei denn, ein „*legally applicable privilege*“ würde eingreifen. Auch insoweit kann diese *discovery* über diejenige nach den F.R.C.P. für ein dortiges Verfahren hinausgehen. In dem zu entscheidenden Sachverhalt stand die „*protective order*“, die in dem früheren Streit zwischen der Antragsgegnerin und einer dritten Partei ergangen war, der Herausgabeanordnung jedenfalls nicht entgegen.

³⁰ *In re Appl. Bayer AG*, 146 F.2d 188, 193 f (3rd Cir. 1998); *In re Appl. of Gianoli Aldunate*, 3 F. 3d 54, 59 (2nd Cir. 1993); *In re Appl. Euromepa, S.A. v. R. Esmerian Inc.*, 51 F 3d 1095, 1103 (2nd Cir. 1995); anders aber *In re Appl. of Asia Medica, S.A.*, 981 F. 2d 1, 7(1st Dist. 1992); *In re Request for Assistance from Ministry of Legal Affairs of Trinidad and Tobago*, 848 F. 2d 1151, 1156 (11th Dist. 1988); nur bei Anträgen eines staatlichen Gerichts wurde kein „*foreign-discoverability requirement*“ gefordert: *In re Request from Amtsgericht Ingolstadt, F.R.G.*, 82 F. 3d 590, 592 (4th Circ. 1996); *In re Letter Rogatory from First Court of First Instance in Civil Matters, Caracas, Venezuela*, 42 F. 3d 308, 310 (5th Circ. 1995).

³¹ Vgl. Schlosser, EU-Zivilprozessrecht, Art. 3 HBÜ Rn. 2.

³² *Kang v. Noro-Moseley Partners*, 246 Fed. Appx. 662, 663 (Ga. 11th Cir.); *In re Gemeinschaftspraxis Dr. med. Schottdorf*, No. Civ. M 19-88 (BSJ), 2006 U.S.Dist. Lexis 94161, 24 (S.D.M.Y. December 29th, 2006).

³³ *In re Gemeinschaftspraxis Dr. med. Schottdorf*, No. Civ. M 19-88 (BSJ), 2006 U.S.Dist. Lexis 94161, 24 (S.D.M.Y. December 29th, 2006).

e) „Legally Applicable Privilege“ und „Protective Orders“

Die Problematik des *legally applicable privilege* wird vom *US Supreme Court* nicht näher beleuchtet.³⁴ Unter „*legally applicable*“ wird man wohl nur die (wenigen) *privileges*³⁵ zählen dürfen, die nach dem Recht des dortigen Gerichtsstaates anwendbar sind.³⁶ Dies entspricht der traditionellen Behandlung von *privileges* durch die Gerichte der USA,³⁷ ist aber enger als die Behandlung der Zeugnisverweigerungsrechte im Rahmen des HBÜ, das sowohl die Zeugnisverweigerungsrechte der Rechtsordnung des ersuchten als auch die der *lex fori* des ersuchenden Gerichts zur Anwendung kommen lässt.³⁸

Das Bestehen eines Aussageverweigerungsrechts nach einem ausländischen Recht – auch wenn damit strafrechtliche Sanktionen im Heimatstaat verbunden sind – ist also unbeachtlich und kann daher nicht die grundsätzliche Befugnis zur Anordnung einer Beweiserhebung beeinträchtigen.³⁹

Eine Geheimhaltungsanordnung, die im Rahmen einer sog. „*protective order*“⁴⁰ eines vorangegangenen *discovery*-Verfahrens in den USA ergangen ist, führt – wie eben bereits im Hinblick auf die *Intel*-Entscheidung erwähnt – nicht zu einem *privilege*, fällt also auch nicht unter den von Title 28 U.S.C. § 1782 (a) gewährten Schutz.⁴¹

³⁴ Auch scheint es hierzu immer noch keine Gerichtsentscheidungen zu geben, für die ältere Zeit: *Bishop*, 19 Houston L.Rev. 361, 416 F (1982).

³⁵ Rechtsquellen sind das *common law* (z.B. für das (begrenzte) *attorney-client privilege*, insbesondere in der Form des *work product* – *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 459, 501 (1947), siehe auch F.R.Civ.Proc. 26 (b) (3)), das Recht der Einzelstaaten (so z.B. für das *doctor-patient privilege*) und das 5. Amendment der US-amerikanischen Verfassung (das auf mögliche strafrechtliche Verfolgung abstellende *privilege against self-incrimination*); zu dem gegenüber kontinental-europäischen Zeugnisverweigerungsrechten unterschiedlichen Charakter der *privileges* vgl.: *Coester-Waltjen*, Internationales Beweisrecht, 1983, Rn. 541 ff.; *Junker*, *Discovery* im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr, 1987, S. 124; *Eschenfelder*, Beweiserhebung im Ausland und ihre Verwertung im inländischen Zivilprozess, 2002, S. 45; speziell zu Wirtschaftsgeheimnissen: *Kersting*, Der Schutz des Wirtschaftsgeheimnisses im Zivilprozess, eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand der F.R.Civ.Proc. und der ZPO, 1995, S. 18 ff.

³⁶ *Stahr*, 30 Va. J. Int. L. 597, 632 (1990); *Wotmann*, 7 Brooklyn J. Int. L. 365, 394, 1981; so auch die Einschätzung von *Eschenfelder*, S. 252.

³⁷ *Wexler v. Metropolitan Life Insurance Company*, 38 N.Y.S. 2d 889, 890 (N.Y. City Ct. 1942); *Doll v. Equitable Life Insurance Society*, 138 F. 705, 710 (3rd Circ. 1905); dagegen aber *Weinstein*, 56 Colum. L. Rev. 535, 537 (1956).

³⁸ Art. 11 Abs. 1 HBÜ; von der Möglichkeit der Vertragsstaaten, auch die Berufung auf Aussageverbote oder Aussageverweigerungsrechte anderer Rechtsordnungen (z.B. Heimatstaat der Aussageperson) zu berücksichtigen, haben bisher nur wenige Staaten Gebrauch gemacht, nämlich Estland (Heimatstaat); Bulgarien (Drittstaatenverweigerungsrechte nur soweit vom ersuchenden Gericht anerkannt); Niederlande (andere Rechtsordnungen als Heimatstaat nur bei entsprechender Entscheidung des ersuchenden Gerichts).

³⁹ Zum Einfluss des Aussageverweigerungsrechts auf die Ermessensausübung des anordnenden Gerichts unten.

⁴⁰ Dazu *Kersting*, S. 184 ff., 201 ff.

⁴¹ Auf die *protective order* kann aber im Bereich der Ermessensausübung oder bei Sanktionen im Falle der Nichtbefolgung der Anordnung Rücksicht genommen werden.

f) Im Gerichtsbezirk wohnende Person

Nicht weiter beschäftigt hat sich der *US Supreme Court* mit der Person, die Auskünfte geben oder Dokumente herausgeben soll. Dass es im *Intel*-Fall keine an dem ausländischen Verfahren beteiligte Person war, störte den *US Supreme Court* aber jedenfalls nicht. Auch andere Gerichte beziehen die Beweisspflichtigkeit – wie nach US-amerikanischem Recht üblich – auf „*non-parties*“.⁴² Selbst die Frage, ob das Beweisstück in dem ausländischen Verfahren wirklich gebraucht werden wird, ist für die Zulässigkeit des Gesuchs irrelevant.⁴³

g) Ermessensspielraum

Die Rücksichtnahme auf ausländische Rechtsvorstellungen (*comity*)⁴⁴ oder Überlegungen zum Grundsatz der Waffengleichheit der Parteien (*parity*) schränken zwar die grundsätzliche Möglichkeit eines entsprechenden Beweiserhebungsantrags nach Title 28 U.S.C. § 1782 nicht ein, sie können aber, wie auch andere Überlegungen, in der konkreten Ermessensentscheidung des Einzelfalles Berücksichtigung finden. Das angerufene Gericht kann, muss aber nicht notwendig, einen Rechtshilfeantrag im Hinblick auf derartige Gesichtspunkte verwerfen.

In diesem für die anglo-amerikanische Richterstellung typischen Ermessensspielraum kann dann auch berücksichtigt werden, ob in dem ausländischen Verfahren Beweisverbote bestehen, ob andere Wege der Beweiserhebung möglich sind, ob sich das ausländische Tribunal seinerseits gegen die beantragte Beweiserhebung ausgesprochen hat.⁴⁵ So wurde letztlich auch im *Intel*-Fall nach Rückverweisung der Antrag abgelehnt, weil sich die Generaldirektion Wettbewerb gegen die Beweiserhebung ausgesprochen hatte.⁴⁶ Auch in einem anderen Fall⁴⁷ wurde betont, dass das Schiedsgericht keine Einwände gegen die Rechtshilfe durch ein US-amerikanisches Gericht hatte. Eine wichtige Rolle kann auch die Tatsache spielen, dass der Antragsteller das Beweismaterial dringend benötigt.⁴⁸ Das

⁴² *Kulzer v. Esschem, Inc.*, 2010 WL 2977495 (Pa, 3rd Cir.).

⁴³ *Weber v. Finker*, 554 F. 3 d 1379, 1383 (Fla. 11th Cir.).

⁴⁴ Vgl. zur Rolle der *comity* im US-amerikanischen Recht: *Späth*, IPRax 2006, 184; *Nordlander*, ECLR 2004, 646, 655.

⁴⁵ Vgl. z.B. *In re Schmitz*, 259 F. Supp. 2d 294, 295 (S.D.N.Y. 2003 bestätigt durch *Schmitz et al. v. Bernstein, Liebhard & Lifshitz, LLP et al.*, 376 F. 3d 79, 84 (2nd Circ. 2004) – hier unter besonderer Betonung, dass die begehrten Dokumente unter einer *protective order* in die USA gekommen waren und dass sowohl die deutsche Staatsanwaltschaft als auch die deutsche Regierung eine Offenlegung für bedenklich hielten; auch im *Intel*-Fall wurde das Begehren im Endeffekt vom District Court abgewiesen; *AMD Inc. v. Intel Corp.*, No. C01-7033, 2044, WL 2282320 (N.D.Cal. Oct. 4, 2004) zitiert nach *Gottridge*, N.Y.L.J. 21. Feb. 2006; anders aber *In re Appl. of The Procter & Gamble Co.* 2004 US Dist. Lexis 18290 (E.D. Wisc. September 2004).

⁴⁶ *In re Microsoft Corp.*, 428 F.Supp. 2 d 188, 194 (S.D.N.Y. 2006).

⁴⁷ *In re Roz Trading Ltd.*, No 1, 06-cv-02305-wsd, 2007 WL 120844, 2 (N.D.Ga. Januar 11th, 2007).

⁴⁸ *Kulzer v. Esschem, Inc.*, 2010 WL 2977495 (Pa, 3rd Cir.).

Bestehen von Zeugnisverweigerungsrechten nach einem ausländischen Verfahrensrecht kann ebenfalls im Rahmen des Ermessens berücksichtigt werden. Das Gleiche gilt für *protective orders*, die die gewünschten Informationen erfassen. Schließlich kann eine Verweigerung der Beweiserhebung erfolgen, wenn dieselbe für die beweispflichtige Person übermäßig belastend sein würde („*unduly intrusive or burdensome*“).

Dem entscheidenden Gericht steht damit eine breite Skala an Erwägungsgründen zur Verfügung, unter denen Schweigepflichten, Geheimhaltungsverbote und sonstige Konfliktlagen für die Auskunftsperson oder den Herausgabepflichtigen Eingang in die Entscheidung finden können. Die Erfahrungen der letzten Zeit zeigen, dass die Gerichte durchaus bereit sind, von diesem Ermessensspielraum Gebrauch zu machen und ein grundsätzlich zulässiges Begehren abzuweisen. Problematisch bleibt aber, dass die Flexibilität der Gerichte in der Beurteilung des Einzelfalls den Erfolg eines Antrags oder seiner Bekämpfung schwer vorhersehbar macht. Es ist daher auch hier zu befürchten, dass der drohende Zeit- und Kostenaufwand für das möglicherweise in Gang zu setzende *discovery*-Verfahren – wie Justice *Breyer* in seiner *dissenting opinion* hervorhebt⁴⁹ – manche Partei eines ausländischen Verfahrens zu einem Vergleich bewegen wird.

3. Zusammenfassung dieser Entwicklung

Das Besondere der *Intel*-Entscheidung liegt also darin, dass nach der weiten Auslegung von Title 28 U.S.C. § 1782 über die übliche Rechtshilfe (insbes. nach dem HBÜ) hinaus eine *discovery* ermöglicht wird,

- auch für Entscheidungsgremien, die nicht Gerichte sind, die nicht staatlich zu sein brauchen, solange es sich nur um eine beweiserhebende erste Entscheidungsinstanz handelt;
- dass das Verfahren noch nicht eingeleitet sein muss, die *discovery* also noch früher als nach den F.R.C.P. beginnen kann;
- dass Antragsteller nicht nur gegenwärtige oder künftige Parteien, sondern auch andere interessierte Personen sein können, die sich auf eine *fishing expedition* begeben;
- dass die Beweiserhebung weder nach ausländischem Verfahrensrecht noch nach dem des angerufenen US-Gerichts zulässig sein muss, man also auch insofern über die F.R.C.P und die Federal Rules of Evidence hinaus gehen kann;

⁴⁹ 124 S.Ct. 2466, 2484 (2004).

- dass nur Zeugnisverweigerungsrechte i.S.d. jeweiligen amerikanischen *privileges*, nicht aber *protective orders* und ausländische Zeugnisverweigerungsrechte die Beweiserhebung einschränken und
- dass die letzteren beiden Gesichtspunkte nur über die Ermessensausübung des Gerichts Bedeutung entfalten.

III. Verteidigungsstrategien gegen eine *discovery* nach Title 28 U.S.C. § 1782

1. Vor dem zuständigen US-amerikanischen Gericht

Aus der vorangegangenen Darstellung ergibt sich bereits, dass es nur wenige Argumente geben kann, die sich gegen die grundsätzliche Zulässigkeit eines nach Title 28 U.S.C. § 1782 eingeleiteten *discovery*-Verfahrens erfolgreich erheben lassen, insbes. wird man kaum eine enge Auslegung des Begriffs „*tribunal*“ erreichen. Dass Schiedsgerichte mit umfasst sind, ist zwar nicht sicher, aber doch mit großer Wahrscheinlichkeit anzunehmen.

Die Verteidigungsstrategie sollte daher von vornherein auf die Ermessensgesichtspunkte ausgerichtet sein. So haben sicherlich auch amerikanische Gerichte kein Interesse daran, Beweisverfahren zuzulassen, die völlig nutzlos sein werden, weil die Beweise nicht verwertet werden dürfen. Sie werden ebenfalls zögern, tätig zu werden, wenn der Antragsteller auf andere Art und Weise die Beweismittel erlangen oder den Beweis erbringen kann. Für pragmatische Gesichtspunkte sind die US-amerikanischen Richter i.d.R. offen.

Selbst wenn eine Herausgabe- oder Aussageanordnung ergangen sein sollte, kann im Falle der Nichtbefolgung die Entscheidung über die möglichen Sanktionen für den Verweigernden günstiger ausfallen, wenn er sich bspw. auf Geheimhaltungspflichten oder Beweisverbote nach seinem Heimatrecht oder nach der *lex fori* des ausländischen Gerichts beruft.⁵⁰

2. Vor deutschen Gerichten

Ob eine deutsche Partei gegen einen Antragsteller nach Title 28 U.S.C. § 1782 in Deutschland mit einer *anti suit injunction*⁵¹ vorgehen sollte, ist zweifelhaft. Zum einen ist bereits die Möglichkeit, eine *anti suit injunction* von einem deutschen Gericht zu bekommen, umstritten. Zum anderen kann es außerordentlich fraglich sein, ob gegen den Antragsteller eine internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte begründet werden

⁵⁰ Vgl. *In re Vitamin Antitrust Litigation* Lexis 11536 (D.D.C. April 23, 2001) – Berücksichtigung der Geheimhaltungspflichten nach deutschem und Schweizer Recht.

⁵¹ Dazu: *Kurth*, Inländischer Rechtsschutz gegen Verfahren vor ausländischen Gerichten, 1989; *Schütze*, WM 1986, 633; *Stiefel/Petzinger*, RIW 1983, 242; *Lenenbach*, 20 Loyola. L.A. Int'l & Comp. L.J. 257 (1998); *J. Schröder*, FS Kegel, 1987, 523 ff.; *Baum*, in Heldrich/Kono, Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrechts, 1994, S. 185 ff.; dazu auch *Coester-Waltjen*, FS Kerameus, S. 257, 266.

kann. Schließlich könnte sich eine *anti suit injunction* sicherlich nicht gegen die Zuständigkeit der US-amerikanischen Gerichte zur *discovery*, sondern nur gegen die *discovery*-Maßnahme selbst richten.⁵² Damit stellt sich die Frage, worauf ein solches Begehren gestützt werden könnte. Anspruchsgrundlage könnte möglicherweise ein Vertragsverhältnis zwischen dem Antragsteller und dem Gegner sein, aus dem sich Geheimhaltungspflichten ergeben.⁵³ Möglicherweise kann sich sogar ein deliktischer Unterlassungsanspruch aus §§ 823 I, 1004 BGB analog ergeben, wenn ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder eine Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu befürchten ist.⁵⁴ Ob auch § 826 BGB Grundlage für einen Anspruch auf Unterlassung des Beweisbegehrens sein kann, erscheint eher problematisch. Das Reichsgericht hat allerdings diesen Weg bei der Verurteilung zur Rücknahme einer in Lettland erhobenen Scheidungsklage eingeschlagen.⁵⁵ Eher kann § 826 BGB als Anspruchsgrundlage in Betracht kommen, wenn die auskunftsbegehrende Partei gegen ein Schweigegebot verstößt bzw. zu einem solchen Vorgehen anstiftet.⁵⁶

Bezüglich der Klageform ist daran zu denken, entweder eine Unterlassungsverfügung, eine Feststellungsklage oder sogar eine Schadensersatzklage in Deutschland zu erheben. Direkte Auswirkungen auf das Verfahren in den USA kann allerdings eine solche Klage ohnehin nicht haben. Möglicherweise würde aber der Ausspruch eines deutschen Gerichts, dass aus deutscher Sicht ein Aussage- oder Herausgabeverbot (möglicherweise strafbewehrt) besteht, die Ermessensentscheidung des US-amerikanischen Gerichts beeinflussen.

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, sich gegen die Verwertung des in dem Verfahren nach Title 28 U.S.C. § 1782 erhobenen Beweises zu wehren. Bei einem Rechtshilfeersuchen des deutschen Prozessgerichts nach Title 28 U.S.C. § 1782 oder bei einer vorherigen Anordnung durch das Prozessgericht an eine Partei nach § 364 ZPO wird das erhobene Beweismaterial zwar automatisch Gegenstand des Verfahrens in Deutschland (über §§ 363, 369 ZPO). Hat aber eine Partei auf eigene Initiative die *discovery* betrieben, so muss sie diese Ergebnisse nach dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme

⁵² Vgl. LG Kiel, IPRax 1984, 146, 147; *Schütze*, WM 1986, 633.

⁵³ Vgl. LG Kiel, IPRax 1984, 146; ein Gerichtsstand wird sich dann allerdings kaum aus § 29 ZPO/Art. 5 Nr. 1 EuGVVO ergeben, vielmehr wird es auf den allgemeinen Gerichtsstand nach §§ 11, 12, ZPO/Art. 2 EuGVVO hinauslaufen.

⁵³ Vgl. LG Kiel, IPRax 1984, 146.

⁵⁴ Ein Gerichtsstand ergibt sich für derartige Klagen auch für Beklagte mit gewöhnlichem Aufenthalt/Wohnsitz im Ausland aus § 32 ZPO/Art. 5 Nr. 3 EuGVVO.

⁵⁵ RGZ 157, 136, 140.

⁵⁶ Zwar ist § 353 d Nr. 2 StGB in erster Linie im Hinblick auf das Schweigegebot des § 174 GVG geschaffen (vgl. *Schönke-Schröder/Perron*, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, § 353 d Rn. 22), der Wortlaut der Vorschrift und die *ratio legis* sind jedoch – so könnte man jedenfalls argumentieren – nicht auf inländische Verfahren beschränkt.

(§ 355 ZPO) in das deutsche Verfahren einführen. Sie muss bspw. die erlangten Urkunden vorlegen. § 493 ZPO findet auf die ausländische *discovery* keine Anwendung.⁵⁷ Gegen die Einführung des in den USA gewonnenen Beweismaterials hat der Gegner nur die begrenzten Möglichkeiten, die ihm auch sonst gegen die Beweisführung der anderen Partei zustehen. Ein genereller Ausschluss des durch *discovery* erlangten Beweismaterials kommt also nicht in Betracht.⁵⁸ Wenn im Ausland unter Missachtung von Aussage- oder Herausgabeverboten Beweismittel erlangt sind, ist fraglich, inwieweit die Verwertung mit dem Hinweis auf den *ordre public* abgewehrt werden kann. Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel ist im Zivilprozess jedenfalls nicht generell ausgeschlossen.⁵⁹ Die hM geht davon aus, dass es auf den Schutzzweck der verletzten Norm ankomme.⁶⁰ Auch die Tatsache, dass es sich um einen Ausforschungsbeweis handelt, wird der Verwertung des Beweismaterials kaum erfolgreich entgegengehalten werden können. Es zeigt sich daher, dass das einmal erlangte Beweismaterial relativ leicht in Verfahren vor deutschen Gerichten und anderen Entscheidungsgremien, erst Recht also in Schiedsverfahren eingeführt werden kann. Der Gegner hat relativ wenig Möglichkeiten, die Einführung zu verhindern. Insofern ist es wichtig, möglichst schon vor den amerikanischen Gerichten die Beweiserhebung zu verhindern.

IV. Weitere Folgerungen

1. Title 28 U.S.C. § 1782 als Chance

Wenngleich in den vorangegangenen Ausführungen im Wesentlichen die Gefahren der *discovery* nach Title 28 U.S.C. § 1782 aufgezeigt wurden, so sollte dennoch nicht übersehen werden, dass diese Möglichkeit der *discovery* durchaus auch für deutsche Parteien positive Effekte hat. So kann ein deutsches Unternehmen – soweit die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte gegeben ist – den amerikanischen Gegner auch in Deutschland verklagen, ohne auf die Möglichkeiten der *discovery*, die ansonsten nur bei der Anrufung eines amerikanischen Gerichts gegeben wären, zu verzichten. Für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit bietet die sich abzeichnende Möglichkeit, auf Beweismaterial in den USA auf diese Art und Weise zugreifen zu können, einen wichtigen Aspekt. Schließlich kann die Möglichkeit der *discovery* nach Title 28 U.S.C. § 1782 für Verfahren vor deutschen (oder anderen ausländischen) Entscheidungsgremien als Argument von deutschen Unternehmen eingesetzt werden, wenn diese in den USA verklagt worden sind und im dortigen Forum den Einwand des *forum non conveniens* erheben. Bisher scheiterte dieser Einwand verschiedentlich daran, dass der amerikanische Kläger auf die fehlenden *discovery*-Möglichkeiten im deutschen Verfahrensrecht hinwies. Wenn

⁵⁷ Eschenfelder, S. 256 f.

⁵⁸ Eschenfelder, S. 151 ff.

⁵⁹ Dazu Zeiss, ZJP 89 (1976) 377, 393; Werner, NJW 1988, 993, 999.

⁶⁰ Vgl. MünchKomm – ZPO/Pritting, 3. Aufl., § 284, Rn. 65 ff. mit weiteren Nachweisen.

aber nunmehr auch für das Verfahren vor deutschen Gerichten die *discovery* in den USA möglich ist, kann dieser Einwand jedenfalls nicht mehr überzeugen.

2. Rückholung von Beweismaterial und Anwaltpflichten

Gerade das *Intel*-Verfahren zeigt, wie wichtig es ist, Beweismaterial möglichst nicht in den USA zurückzulassen. Dies sollte auch der beratende Anwalt beachten. Darüber hinaus muss der Anwalt, dessen Partei in Beweisnot ist, auf die eventuellen Möglichkeiten nach Title 28 U.S.C. § 1782 hinweisen bzw. bei der Diskussion der Prozesschancen die Möglichkeiten des Prozessgegners, an das Beweismaterial in den USA heranzukommen, mit ins Kalkül ziehen. Die *discovery* wird also weiter eine Herausforderung für die deutsche Wissenschaft und die Praxis bleiben.

Slowenisches Schuldrecht zwischen Jugoslawien und Europa am Beispiel des Leistungsstörungenrechts

von

Dr. Damjan Možina, Ljubljana

1. Die Einführung

Die Republik Slowenien ist ein kleines europäisches Land, das sich im Jahre 1991 von der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien abgespalten hat. Slowenien hat im Jahre 2002 das Schuldrechtsgesetzbuch erlassen. Inhaltlich handelt es sich dabei jedoch größtenteils um das jugoslawische Bundesgesetz über Schuldverhältnisse aus dem Jahre 1978 (im folgenden SchRG).¹ Es ist eine der jüngeren schuldrechtlichen Kodifikationen Europas, die zudem relativ unbekannt ist.²

Das Ziel dieses Beitrages ist es, das slowenische Leistungsstörungenrecht als wesentlichen Teil des Schuldrechts kurz darzustellen. Dazu bedarf es zunächst einer kurzen Einführung in das jugoslawische Schuldrecht. Da Slowenien im Jahre 2004 der EU beigetreten ist, gilt es auch, die europarechtlichen Bezüge des Leistungsstörungenrechts zu erwähnen. Anschließend werden auch einige Fragen der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ins slowenische Recht diskutiert.

2. Das jugoslawische Schuldrechtsgesetz von 1978

2.1 Historische Einführung

In politischen und wirtschaftlichen Umständen eines sozialistischen Staates hatte natürlich das Privatrecht und das Vertragsrecht eine andere Bedeutung als im damaligen Westen. Denn wenn Privateigentum stark eingegrenzt und teilweise entzogen (nationalisiert) und wirtschaftliche Eigeninitiative größtenteils ausgeschlossen ist und alle „Produktionsmitteln“ zum sog. Gesellschaftseigentum (*de facto* Staatseigentum) gehören, bleibt von der proklamierten Vertragsautonomie des Einzelnen wenig übrig. Wenn man sich aber auf den Text des Schuldrechtsgesetzes konzentriert, stellt man fest, dass dieses Gesetz im Vergleich zu anderen jugoslawischen Gesetzen politisch recht unbelastet ist. Es ist durchaus mit den „westlichen“ Schuld-/ oder Zivilrechtskodifikationen vergleichbar und in manchen Punkten sogar sehr modern. Auch in der Praxis hat sich das Gesetz bewährt.

¹ Zakon o obligacijskih razmerjih (slowenisch) bzw. Zakon o obligacionim odnosima (serbisch), Jug. Bundesgesetzblatt 29/1978, Änderungen: Bgbl. 39/1986, 2/1989, 56/1989, 57/1989).

² Siehe: Trstenjak, Das neue slowenische Obligationenrecht, WGO – Monatshefte für osteuropäisches Recht 2/2002, S. 90-110.

Es wundert also nicht, dass das Gesetz sein Land um viele Jahre überlebt hat. In manchen aus dem ehemaligen Jugoslawien entstandenen Staaten ist das SchRG immer noch in Kraft: das gilt für Serbien, Montenegro und Bosnien. In Slowenien (2002), Mazedonien (2005)³ und Kroatien (2006) ist es zwar zu Neuregelungen des Schuldrechts gekommen, doch ist das Regelungskonzept im Wesentlichen erhalten geblieben. Das gilt insbesondere für das Leistungsstörungenrecht.

Um die Bedeutung des SchRG für Jugoslawien besser verstehen zu können, ist ein kurzer Blick in die Rechtsgeschichte erforderlich. Das sogenannte erste Jugoslawien wurde im Jahre 1918 nach dem Zerfall des Habsburgerreiches unter dem Namen *Königreich der Serben, Kroaten und Slowenen* (später Königreich Jugoslawien) gegründet und bestand bis zum Ende des zweiten Weltkriegs. Sowohl dem ersten als auch dem zweiten Jugoslawien, welches vom Ende des zweiten Weltkriegs bis 1991 bestand, ist es nie gelungen, das Privatrecht umfassend zu kodifizieren. Auch heute hat keine der ehemaligen Republiken ein Zivilgesetzbuch, sondern lediglich einzelne Gesetze. Das erste Jugoslawien war im privatrechtlichen Sinne kein einheitliches Rechtsgebiet: es gab keine jugoslawische Privatrechtsordnung. Auf dem (heutigen) slowenischen Gebiet galt weiterhin das österreichische ABGB in slowenischer Sprache. Das ABGB galt auch in Kroatien, jedoch nicht in novellierter Fassung. In Serbien galt das serbische Bürgerliche Gesetzbuch (1844), das aber ebenfalls in großem Maße vom ABGB beeinflusst war.

Das zweite Jugoslawien setzte in 1945 zunächst alle „bürgerlichen“ Vorschriften außer Kraft, wandte sie aber dann – weil der Erlass neuer Gesetze nicht absehbar war – doch weiter an, sofern sie nicht gegen die neue Rechts- und Gesellschaftsordnung verstießen. Das hieß, dass für Slowenien weiterhin das ABGB galt. Allmählich wurden dann die jugoslawischen zivilrechtlichen Gesetze erlassen, allerdings kein Zivilgesetzbuch. Zum Teil beruhte dies auf der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen den Republiken und dem Bund (im Prinzip ähnlich dem, was wir heute in Europa haben: so waren z.B. die Republiken für das Familien- und Erbrecht zuständig und die Föderation für das Sachenrecht und einen großen Teil des Schuldrechts).⁴

2.2 Entstehung und Bedeutung des jugoslawischen Schuldrechtsgesetzes von 1978

Ehe wir uns dem Schuldrechtsgesetz von 1978 widmen, mit dem das Schuldrecht in Jugoslawien vereinheitlicht wurde, möchte ich auf zwei wichtige und viel frühere schuldrechtliche Entwicklungstendenzen aufmerksam machen:

³ Gbl. (»Narodne novine«) 35/05.

⁴ Nicht aber für das gesamte Schuldrecht. So wurden z.B. die unentgeltliche Verträge nie mit einem Bundesgesetz oder einem Republikgesetz geregelt, was dazu führte, dass z.B. die slowenischen Gerichte für den Schenkungsvertrag und für den Leihvertrag das österreichische ABGB bis 2002 anwandten.

2.2.1 Usanzen

Im Jahre 1954 verabschiedete der damalige sog. staatliche Schiedsgerichtsausschuss – im Prinzip kein Gesetzgeber – die sog. *Allgemeine Usanzen für den Warenverkehr*⁵. Dabei handelte es sich jedoch nicht nur – wie der Name andeutet – um Usanzen im Sinne einer Sammlung von Handelsbräuchen. Diese Sammlung war systematisch ausgearbeitet und vom Schweizer Obligationenrecht und der Rechtsprechung einiger anderer zentraleuropäischer Staaten inspiriert.⁶ Die Usanzen erwiesen sich als außerordentlich wichtig für die Vereinheitlichung der Rechtsprechung zum Vertragsrecht, insbesondere beim Handelskaufvertrag (B2B). Sie ebneten den Weg für das spätere Gesetz. Hierin könnte durchaus auch eine Parallele mit der Bedeutung der heutigen Principles (z.B. PECL), die auch als *lex mercatoria* gemeint sind, für die Zukunft des europäischen Schuldrechts zu sehen sein.

2.2.2 Verbraucherschutz durch zwingende Garantie für Funktionsfähigkeit

Bereits im Jahre 1959, also fast 20 Jahre vor Erlass des Schuldrechtsgesetzes, wurde durch eine Bundesvorschrift – die sog. Anordnung über die Voraussetzungen für das Inverkehrbringen von Industrieerzeugnissen⁷ – eine obligatorische Garantie des Produzenten für die Funktionsfähigkeit der Ware eingeführt. Die Garantiehaftung des Produzenten und (subsidiär) des Verkäufers entwickelte sich später insbesondere durch das Schuldrechtsgesetz zu einem wichtigen Institut für den Schutz des Equivalenzinteresses des Käufers. Es bestand weitgehend parallel mit der Sachmängelhaftung.

In Jugoslawien und auch in einigen anderen sozialistischen Ländern wollte man schon Ende der 50er Jahre etwas Ähnliches erreichen wie die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie heute: eine zwingende Haftung für die Vertragsmäßigkeit zugunsten der Verbraucher. Natürlich bestand dabei auch die Sachmängelhaftung, jedoch als dispositives Recht, das auf der Bundesebene nicht einheitlich war. Zwar wurde in Jugoslawien nicht der Begriff des Verbrauchers verwendet, sondern vom Käuferschutz gesprochen, doch das Konzept des Schutzes war im Kern sehr ähnlich. Ein Unterschied lag (und liegt in Slowenien noch immer) darin, dass sich jeder Käufer, auch der gewerbliche Käufer, auf die Garantie berufen kann.

⁵ BGbl. FLRJ Nr. 15-179/1954, S. 305.

⁶ Siehe: Goldštajn, *Obvezno pravo – prva knjiga*, 2. A. (1978), S. 10.

⁷ Odredba o posebnih pogojih, ob katerim se smejo dajati v promet posamezni industrijski izdelki, BGbl. FLRJ Nr. 25/1959 vom 24.6.1959. Siehe auch Ur.l. SFRJ št. 1-8/1967 z dne 6.1.1967, Ur.l. SFRJ št. 38/1977 z dne 29.7.1977, Ur.l. SFRJ 37-459/1988 z dne 10.6.1988.

Die Garantiehaftung entwickelte sich weiter und wurde 1978 in das SchRG aufgenommen.⁸ In den achtziger Jahren gab es eine zwingende einjährige Garantie für eine Reihe von technischen Verbrauchsgütern. Das System der Rechtsbehelfe des Käufers war dem der EU-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sehr ähnlich. Vorrangig war der Nacherfüllungsanspruch, während Rücktritt und Preisminderung sekundäre Rechtsbehelfe waren. In allen Garantiefällen (Funktionsunfähigkeit während der Garantiezeit) wurde auch Schadensersatz geschuldet. Interessanterweise war der Ersatz des Schadens wegen Nichtbenutzung der Sache während der Reparatur ausdrücklich vorgesehen. Trotz des streng klingelnden Wortes „Garantie“ unterschied sich der Maßstab der Garantiehaftung nach dem SchRG nicht vom Maßstab der Sachmängelhaftung oder Haftung für jede andere Vertragsverletzung: Art. 264 SchRG (s.u.). Neben zivilrechtlichen Rechtsbehelfen gegen den Garanten wurden Verstöße gegen Garantievorschriften auch mit Geldstrafen sanktioniert.

2.3 Konstantinović-Skizze

Die Ausarbeitung des ersten Entwurfs des Schuldrechtsgesetzes ist größtenteils die individuelle Arbeit eines Mannes: Prof. Mihajlo Konstantinović war ein angesehener und in Frankreich ausgebildeter Juraprofessor aus Belgrad. Sein Entwurf - „Obligationen und Kontrakte: eine Skizze des Gesetzbuches“ wurde 1969 als Buch veröffentlicht. Dabei handelt es sich um einen ganz konkreten Gesetzesentwurf, allerdings ohne Kommentar oder Begründung der einzelnen Bestimmungen – also ausschließlich um „Back letter Rules“. Dazu schrieb Konstantinović lediglich eine sehr kurze Einleitung (4,5 Seiten). Der Entwurf – wie das daraus resultierende Gesetz – regelt monistisch Schuldverhältnisse des Bürgerlichen und des Handelsrechts. Es ist relativ umfassend und hat 1066 Artikel, ähnlich wie das spätere Gesetz. In der Einleitung äußert sich Konstantinović nur sehr allgemein zu den Quellen für den Entwurf. Er nennt drei verschiedene Kategorien von Quellen: (1) Rechtsprechung der jugoslawischen Gerichte, (2) verschiedene ausländische Gesetze (ohne konkreten Angaben), und (3) das Haager Einheitliche Kaufrecht aus dem Jahr 1964. Prof. Konstantinović beschreibt das Phänomen der Unifikation im Privatrecht etwas ausführlicher und erklärt sich zwischen den Zeilen zum Anhänger der Idee der Selbstanpassung der Rechtsordnungen. Einige Lösungen des Haager Rechts in seinem Entwurf verallgemeinert er sogar. Von den ausländischen Rechtsordnungen, von denen sich Konstantinović inspirieren ließ, ist an erster Stelle das schweizerische Obligationenrecht zu nennen. Einflussreich waren aber auch das ABGB, der Code civil, das BGB und das HGB.

⁸ Das SchRG enthält nur Bestimmungen über die Rechtsbehelfe des Käufers (Art. 501-507), während andere Gesetze die Liste der Produkte, die nur mit der Garantie verkauft werden dürfen, die minimale Dauer der Garantiehaftung und andere Bestimmungen enthielten.

Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens übernahm die dafür gegründete Kommission den Entwurf und überarbeitete ihn an vielen Stellen, was Prof. Konstantinović dazu veranlasste, vom Projekt Abschied zu nehmen. In überarbeiteter Fassung wurde das Gesetz verabschiedet. Spätere Untersuchungen zeigen, dass durch die nachträglichen Veränderungen die relativ klare und moderne Konzeption des Entwurfes verdorben wurde.

3. Leistungsstörungenrecht des SchRG

3.1 Einige allgemeine Charakteristika

Gute Systematik und Übersichtlichkeit sind leider keine Stärke des Leistungsstörungenrechts im SchRG. Es gibt kein Kapitel über die Verletzung des Vertrages. Tatbestände und Rechtsbehelfe werden nicht klar unterschieden. Die einzelnen Bestimmungen finden sich in verschiedenen Kapiteln.⁹

Das System der Leistungsstörungen beruht nicht auf einem einheitlichen Begriff der Vertragsverletzung. Es werden nach der kontinentaleuropäischen Tradition drei verschiedene Tatbestände unterschieden: Verzug (Nichterfüllung bei Fälligkeit), nachträgliche Unmöglichkeit¹⁰ und Schlechterfüllung (bzw. Mängelgewährleistung).

Das Regime der Mängelgewährleistung des Verkäufers wurde verallgemeinert: für die Schlechterfüllung aller Leistungen (einschließlich Dienstleistungen, sofern es keine besondere Regelung gibt, wie z.B. beim Werkvertrag) in entgeltlichen Verträgen, wird das Regime der Mängelgewährleistung beim Kauf angewandt.¹¹

Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Nichterfüllung bzw. des Verzugs und der Schlechterfüllung sind sehr unterschiedlich. Dabei treten die klassischen Probleme mit der Unterscheidung vom sog. *Aliud* und *Peius* bei generischen Sachen auf.

Das System der Leistungsstörungen kann hier nicht umfassend dargestellt werden. Entsprechend werde ich im Rahmen dieses Vortrags drei ausgewählte Themenkomplexe darstellen.

⁹ Einige Bestimmungen sind im Kapitel „zweiseitige Verträge“ enthalten (Zurückhaltung der Leistung, Aufhebung wegen Nichterfüllung, Anspruch auf Aufhebung wegen veränderter Umstände, Folgen der Unmöglichkeit auf das Vertragsverhältnis), andere im Kapitel „Wirkung der Obligation“ (Schadensersatz) und im Kapitel „Das Ende der Obligation“ (Verzug, Unmöglichwerden der Leistung) enthalten.

¹⁰ Die Regelung der Unmöglichkeit der Leistung ist rechtsvergleichend nicht besonders interessant. Sie entspricht den Regelungen einiger anderer europäischer Staaten. In der Rechtsprechung hatte sie eine eher marginale Bedeutung und wird hier nicht näher behandelt.

¹¹ Einen ähnlichen Ansatz kennt das österreichische Recht (§ 922 ABGB), doch nur für Verträge über die entgeltliche Überlassung einer Sache.

3.2 Schadensersatz aus Vertrag

Beim Schadensersatz aus Vertrag ist der Einfluss des Haager Einheitskaufrechts am deutlichsten zu erkennen. Denn der Haftungsmaßstab ist nicht – wie üblich auf dem Europäischen Kontinent – das Verschuldensprinzip, sondern das Prinzip der Haftung für den eigenen Einflussbereich, welches wir aus dem Haager Kaufrecht und seiner sehr erfolgreichen Nachfolgerin – der Wiener Konvention (CISG) – kennen. Laut dem SchRGesetz ist der Schuldner von der Haftung frei, wenn er beweist, dass seine Vertragsverletzung Folge von unvorhersehbaren, unüberwindbaren und unvermeidbaren „Umständen“ ist (Art. 263 SchRG). Vom Verschulden ist also nicht die Rede.

Trotzdem waren sehr viele Autoren in der jugoslawischen Literatur der Meinung, es handele sich um eine Art Verschuldenshaftung. Begründet wurde dies damit, dass die Skizze von Konstantinović an dieser Stelle – anders als die Endfassung – ausdrücklich auch von „äußeren“ Umständen spricht. Also – so die Vertreter dieser Meinung – könnten auch „innere“ Umstände des Schuldners (sprich Verschulden) eine befreiende Wirkung haben.

Der Gesetzestext ist jedoch recht eindeutig. Auch ohne „äußere“ Umstände kommt man zum gleichen Ergebnis. In der Hauptsache geht es um Umstände außerhalb der eigenen Einflussosphäre. Ich vermute, dass die Vertreter der überwiegenden Auffassung zu sehr unter dem Einfluss der früheren Gesetzgebung standen. Manche Autoren sprachen von einem gemischten objektiv-subjektiven Konzept der Haftung oder auch von verschärfter subjektiver Haftung. Jedenfalls bestand Einigkeit darüber, dass der Verkäufer für Sach- und Rechtsmängel verschuldensunabhängig haftet. Man wollte also bei der alten, noch aus dem Römischen Rechts stammenden Dichotomie zwischen dem Verschulden im allgemeinen Vertragsrecht und der verschuldensunabhängigen Haftung im Kaufrecht bleiben. Dafür bestand meiner Meinung nach im jugoslawischen Recht kein Anlass. In der neueren slowenischen Literatur und Rechtsprechung wird diese Bestimmung eindeutig als eine objektive Haftung des Schuldners für seinen Einflussbereich im Sinne von Art. 79 CISG verstanden. Diese Haftung bezieht sich sowohl auf das allgemeine als auch auf das besondere Vertragsrecht. Der Schuldner kann sich befreien, indem er beweist, dass die Verletzung auf unvorhersehbaren Umständen außerhalb seiner Einflussosphäre beruht. Um das klarzumachen, hat der kroatische Gesetzgeber im Schuldrechtsgesetz von 2006 wieder ausdrücklich das Wort „äußere“ Umstände eingefügt.

Der Maßstab für den Umfang der Haftung für Schäden ist das *positive Interesse* (das jedoch nicht so genannt wird); nach Art. 190 SchRG bemisst das Gericht den Schaden in dem Umfang, der erforderlich ist, um das Vermögen des Geschädigten so zu stellen, als ob

es nicht zu einer Vertragsverletzung gekommen wäre. Wie auch im Einheitlichen Kaufrecht haftet aber der Schuldner nicht für den gesamten, sondern nur für den vorhersehbaren Schaden (Art. 266 SchRG) – die sog. *contemplation doctrine*. Jedoch spielt beim Schadensersatz auch das Verschulden eine Rolle: wird die Vertragsverletzung mit Absicht oder infolge grober Fahrlässigkeit begangen, so haftet der Schuldner für den gesamten daraus resultierenden Schaden. In jedem Fall ist der Gläubiger verpflichtet, angemessene Maßnahmen zur Schadensminderung zu ergreifen.

Ebenfalls von Interesse ist, dass das Gesetz ausdrücklich ein Recht des Gläubigers zur Vornahme eines Deckungsgeschäfts vorsieht, wobei der Schaden nicht nur konkret, sondern auch abstrakt berechnet werden kann.¹²

Es gibt eine Reihe weiterer interessanter Fragen, vor allem bezüglich des Schadensersatzes im Rahmen der Mängelgewährleistung. Hier gibt es, ähnlich wie im deutschen Recht vor der Schuldrechtsreform, Mangelschäden, die sich auf das *Äquivalenzinteresse* beziehen, und Mangelfolgeschäden, die sich auf das *Integritätsinteresse* beziehen (Art. 488 Abs. 2 und 3 SchRG). Es handelt sich um eine importierte und unnötige Unterscheidung, die im Rahmen nachträglicher Veränderungen des Gesetzesentwurfs eingefügt wurde; der erste Entwurf hingegen sah eine einheitliche Schadenshaftung vor.

3.3 Aufhebung wegen Nichterfüllung

Prof. Konstantinović machte das Recht auf Aufhebung eines Vertrages vom Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung abhängig. In der Endversion des Gesetzes ist die Idee der wesentlichen Vertragsverletzung jedoch entfallen. Nach den Artt. 124-132 kann der Gläubiger den Vertrag aufheben, wenn eine „Nichterfüllung“ des Schuldners vorliegt. Dabei ist dieser Begriff selbst nicht näher bestimmt. Die Regelung der Fixgeschäfte entspricht §376 HGB: wenn ein Fixgeschäft vorliegt und die Erfüllung ausbleibt, ist der Vertrag automatisch aufgehoben. Der Gläubiger kann ihn nur aufrechterhalten, wenn er sofort seine Bereitschaft erklärt, weiterhin die Leistung zu akzeptieren. Liegt kein Fixgeschäft vor, so muss der Gläubiger, um den Vertrag aufheben zu können, eine Nachfrist setzen, es sei denn, es ist offensichtlich, dass dies keinen Sinn hat. Die automatische Aufhebung kann sich auf die Parteien sehr hart auswirken und entspricht häufig nicht dem Parteiwillen. Entsprechend sollte die Aufhebung den Parteien überlassen werden. Darüber hinaus sollte die Aufhebung nach dem Grundsatz *favor contractus* eine *ultima ratio* sein. Der Antizipierte Vertragsbruch ist genauso wie in der CISG geregelt: der Gläubiger kann also schon vor der Fälligkeit den Vertrag aufheben und Schadensersatz verlangen, wenn offensichtlich ist, dass der Schuldner bei Fälligkeit nicht leisten wird. Ist der Schuldner in

¹² Siehe Art. 290, 291 und 524, 525 SchRG.

Verzug, so kann der Gläubiger seine Leistung aussetzen. Im Gegensatz zur CISG ist auch das Institut der veränderten Umstände (*clausula rebus sic stantibus*) in Art. 133 SchRG kodifiziert.

3.4 Strenge Behandlung des Gläubigers bei Schlechterfüllung

Wahrscheinlich das problematischste Element des Leistungsstörungenrechts liegt in der Regelung der Voraussetzungen und des zeitlichen Rahmens der Sachmängelhaftung.

Um sich auf eine Schlechterfüllung des Schuldners berufen zu können, muss der Gläubiger (Käufer) die Ware untersuchen, den Mangel rechtzeitig rügen (notifizieren) und die Gewährleistungsfrist berücksichtigen. Es gibt eine sehr komplizierte Regelung für die Mangelrüge, welche offensichtliche und versteckte Mängel sowie Handels- und Nichthandelsverträge unterscheidet. Der Käufer muss binnen acht Tagen bzw. unverzüglich (Handelsverträge) nach Entdeckung den Mangel rügen. Die Rüge muss nicht nur rechtzeitig, sondern auch substantiiert sein. Dieser Problembereich wäre viel einfacher zu regeln.

Die Gewährleistungsfrist im SchRG beträgt nur 6 Monate und bezieht sich auf alle Vertragsgegenstände. Diese Frist ist viel zu kurz. Im deutschen Recht vor der Schuldrechtsreform, das auch eine 6-monatige Frist kannte (eine einjährige Frist für Immobilien), wurde die Kürze dieser Frist heftig kritisiert. Einige Autoren sahen darin sogar eine *de facto* Enteignung. Konstantinovičs Entwurf sah eine 2-jährige Frist vor, welche jedoch ohne Erklärung auf 6 Monaten gekürzt wurde.

Problematisch ist nicht nur die Kürze dieser Frist, sondern auch ihr Beginn: die Frist läuft objektiv von dem Zeitpunkt der Lieferung. Es besteht also kein *tempus utile* wie im Römischen Recht, aus dem die 6-monatige (bzw 1-jährige) Frist für *actio redhibitoria* eigentlich stammt und in dem sie als Gegengewicht zur verschuldensunabhängigen Haftung des Verkäufers diente.

Neben der kurzen Gewährleistungsfrist besteht eine weitere Frist: der Käufer kann seine Rechte (Rechtsbehelfe) nur innerhalb einer Ausschlussfrist von einem Jahr nach der Mangelrüge geltend machen. Obwohl im ganzen Schuldrecht Verjährungsfristen gelten, hat sich hier der Gesetzgeber ohne Erklärung für eine Ausschlussfrist entschieden, deren Ablauf nicht unterbrochen oder gehemmt werden kann.

Wenn man die Kombination von Mangelrüge und Fristen rechtsvergleichend betrachtet, so gibt es – soweit mir bekannt – in Europa keine andere Rechtsordnung, die den Käufer so streng behandelt. Auch im SchRG selbst sind für andere Verträge andere Fristen

vorgesehen; so beträgt z.B. die Gewährleistungsfrist im Werkvertrag 2 Jahre und die Notifikationsfrist 1 Monat. Meiner Meinung nach gibt es keinen vernünftigen Grund, die Schlechterfüllung im Kaufvertrag völlig anders zu behandeln als andere Arten von Vertragsverletzungen.

Während also der Verzug und seine Folgen mehr oder weniger automatisch eintreten (eine Mahnung ist nur erforderlich wenn die Fälligkeit nicht kalendermäßig bestimmbar ist), muss der Gläubiger bei Sachmängeln die Leistung untersucht und die Mängel rechtzeitig gerügt haben, um nicht seine Rechte zu verlieren. Darüber hinaus beträgt die Gewährleistungsfrist nur 6 Monate ab Lieferung und es gilt anstelle der allgemeinen (5-jährigen) Verjährungsfrist eine 1-jährige Ausschlussfrist.

4. Die „Schuldrechtsreform“ in Slowenien 2002

Im Jahr 2001 erlies Slowenien ein neues Obligationengesetzbuch, das mit dem 1. Januar 2002 das jugoslawische SchRG ersetzte. Das neue Gesetzbuch ist dem alten jedoch fast wortgleich. Die meisten Änderungen sind kosmetischer Natur. Die wenigen Bestimmungen, die das Wort „Sozialismus“ enthielten, wurden gestrichen. Einige Lösungen aus der Rechtsprechung wurden kodifiziert. Konzeptuelle Änderungen gab es aber nicht. Insbesondere blieb das Leistungsstörungenrecht unverändert.

Man könnte sagen, dass es dem Gesetzgeber eher um seine formelle „Slowenisierung“ als um eine inhaltliche Modernisierung des Schuldrechts ging. Ironischerweise war Ausgangspunkt der Arbeit der Kommission, welche die Reform vorbereitete, die ausdrückliche Feststellung, dass eigentlich kein Reformbedarf besteht.¹³ Man meinte, ohne dies näher zu begründen, dass das Gesetz ohnehin in Einklang mit internationalen Entwicklungen stehe. Darüber hinaus habe das Gesetz in der Praxis ohne größere Probleme funktioniert. Zum neuen Gesetz werden immer noch die alten Kommentare und Lehrbücher benutzt. Es gibt jedoch einen neuen Großkommentar.¹⁴

Es stimmt, dass das jugoslawische Gesetz unter Umständen eine moderne Regelung darstellt. Es enthält aber auch viele veraltete und in sich unstimmmige Lösungen. Bei der Entscheidung für die Reform ging es auch um eine Generationssache. Als die Reformkommission die slowenischen Juristen befragte, ob sie mit dem alten Gesetz zufrieden seien, wandte sie sich vor allem an ältere Richter. Natürlich waren diese konservativ. Aber auch die aus angesehenen Juraprofessoren und Richtern zusammengesetzte Reformkommission selbst machte sich wenige Gedanken über Entwicklungen im Europäischen und

¹³ Siehe Ilešič, v: *Obligacijski zakonik z uvodnimi pojasnili*, Uradni list, Ljubljana, 2003, S. 28 und 29.

¹⁴ Juhart/Plavšak (Hrsg.), *OZ s komentarjem, GV Založba*, Ljubljana 2003-2004.

Internationalen Raum. Weiterhin gab es kaum eine öffentliche Diskussion zur Reform. Meiner Meinung nach wurde mit der sog. Reform, die eigentlich keine war, eine gute Gelegenheit für eine Modernisierung und Europäisierung verpasst. Man kann das Schuldrecht nämlich nicht alle fünf Jahre ändern.

5. Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Was die beschriebene Situation noch schlimmer macht, ist die Tatsache, dass zur gleichen Zeit wie die Schuldrechtsreform durch die Änderungen des Verbraucherschutzgesetzes auch der *Acquis communautaire* umgesetzt wurde. Slowenien war im Jahre 2001 auf dem Weg in die EU und musste den *Acquis Communautaire* auf dem Gebiet des Schuldrechts umsetzen. Diese Arbeit wurde erleichtert durch die Tatsache, dass das Verbraucherschutzgesetz schon in seiner ersten Fassung von 1998 die Umsetzung wesentlicher Teile der EU-Richtlinien enthielt.

Bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gab man sich nicht viel Mühe. Die Richtlinie wurde im Verhältnis 1:1 umgesetzt, also nur in ihrem Geltungsbereich, ohne Anpassungen des allgemeinen Vertragsrechts. Die für die Praxis wichtigste Abweichung vom Nichtverbraucher-Kaufrecht ist die zwingende Gewährleistungsfrist von zwei Jahren (bzw. einem Jahr für gebrauchte Ware). Einige Regelungen der Richtlinie, die aus der Sicht der slowenischen Gesetzgeber nicht unmittelbar den Standard des Verbraucherschutzes betrafen, wie z.B. der Regressanspruch aus Art. 4 oder die Hierarchie der Rechtsbehelfe aus Art. 3 wurden nicht umgesetzt. Trotz Fehlens der Rangliste der Rechtsbehelfe kann nach Slowenischem Recht der Verbraucher im Falle eines Mangels den Vertrag nicht sofort, sondern erst nach Ablauf einer Nachfrist aufheben, was im Ergebnis wie eine Art *Right to Cure* des Verkäufers wirkt. Auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Nacherfüllungsanspruchs gilt nicht in der von der Richtlinie vorgesehenen Form. Jedoch verlangt die Rechtsprechung, dass der Anspruch auf Nacherfüllung „ökonomisch“ sein muss. Andernfalls wäre die Geltendmachung missbräuchlich.

Die Folgen der relativ raschen und diskussionslosen Umsetzung der Richtlinie sind einerseits ihre Mangelhaftigkeit, andererseits Spannungen mit nationalem Recht und die Fragmentierung des Kaufrechts. So wurde z.B. die sog. IKEA-Klausel einfach vergessen. Die zwingende Garantie des Verkäufers und Produzenten für die Funktionsfähigkeit der Kaufsache ist geblieben. Damit gibt es in Slowenien heute zwei zwingende Systeme des Käuferschutzes. Neben der zwingenden 1-jährigen Garantie für die Funktionsfähigkeit besteht zudem die 2-jährige Verkäuferhaftung nach der Richtlinie. Diese sind nicht identisch, decken sich aber teilweise und sind auf eine besondere Weise verbunden, weil sie dasselbe Ziel anstreben. Ob eine solche „doppelte“ Regelung sinnvoll ist, ist zu

bezweifeln. Jedenfalls in B2B-Verträgen ist diese zusätzliche Einschränkung der Privatautonomie nicht zu rechtfertigen und verstößt möglicherweise gegen die Warenverkehrsfreiheit. Viel besser als zwei sich teilweise deckenden Regelungen wäre meiner Ansicht nach eine klare Regelung des zwingenden Käuferschutzes.

Der Verbraucher steht nach dem slowenischen Recht in den meisten Punkten nicht schlechter (rein formell sogar noch besser) als nach der Richtlinie. Eine weitere Folge der raschen und unüberlegten Umsetzung ist jedoch eine Fragmentierung des Kaufrechts. Als Beispiel sei nur die Länge der Gewährleistungsfrist genannt: 2 Jahre für Verbraucherverträge (B2C), 6 Monate für Nichtverbraucherverträge (B2B, C2C) und für internationale B2B-Verträge (CISG) wiederum 2 Jahre. Ob diese Unterschiede zu rechtfertigen sind, mag man bezweifeln.

Wie die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ins slowenische Recht zeigt, hat man in Slowenien die Bedeutung der Richtlinie sowohl für nationales als auch für Europäisches Vertragsrecht kaum wahrgenommen.

6. Europäisches Vertragsrecht aus slowenischer Sicht

Die Verselbständigung Sloweniens in 1991 hat eine ganze Reihe von positiven Entwicklungen in vielen Lebensbereichen in Gang gesetzt. Jedoch gibt es, was das Privatrecht angeht, auch eine andere Seite. Das jugoslawische Schuldrechtsgesetz war ein Bundesgesetz. Hunderte von Gerichten haben es angewandt. Es gab eine Reihe von Kommentaren und juristischen Zeitschriften, die überall gelesen wurden. Akademiker aus den (ca. 20) Universitäten haben sich regelmäßig getroffen und Meinungen ausgetauscht. Trotz der besonderen Umständen eines sozialistischen Staates gab es einen intensiven Meinungsaustausch.

Dieser Meinungsaustausch ist nach 1991 geschwächt bzw. verschwunden. In einer Zeit, in der Europa an einer „Denationalisierung“ des Privatrechts arbeitet oder darüber diskutiert, ist es in den ehemaligen Republiken Jugoslawiens zu einer Art „Nationalisierung“ des Privatrechts gekommen. Die Privatrechtswissenschaft ist verschlossen geworden, obwohl es so vieles gibt, das diesen Staaten gemeinsam ist. Erst in letzter Zeit mehren sich wieder Kontakte zwischen im Zivilrecht arbeitenden Juristen dieser Länder. Angesichts der Größe Sloweniens (ca. 2 Millionen Einwohner) könnte man sich sogar fragen, ob Slowenien groß genug ist, um ein eigenes Privatrecht und eine Privatrechtswissenschaft zu entwickeln.

Aus dieser Perspektive kann Europäisches Vertrags- oder Privatrecht für einen kleinen Mitgliedsstaat mit sozialistischer Vergangenheit von besonderer Bedeutung sein. Es geht nicht nur um die Vereinheitlichung zum Zwecke der Kostensenkung im Binnenmarkt. Die Entwicklung des Europäischen Privatrechts – sowohl im Sinne des bestehenden Rechts als auch im Sinne von akademischen Projekten wie PECL und DCFR – könnte ein wichtiger Anreiz und Quelle für die Entwicklung des nationalen Privatrechts sein. So kann z.B. der DCFR für den nationalen Gesetzgeber ein Modell für die Integration des Verbraucherschutzrechts ins allgemeine Vertragsrecht sein.

Dafür müssen jedoch ein Interesse und eine gewisse Offenheit in den Mitgliedstaaten bestehen. In vielen neuen Mitgliedstaaten – einschließlich Slowenien – sieht ein Teil der Juristen das Privatrecht und das Vertragsrecht noch immer als eine ausschließlich nationale Gelegenheit. Das ist es aber nicht.

Der Einfluss der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken auf das deutsche Lauterkeitsrecht

von

Prof. Dr. jur. Helmut Köhler, München

I. Vom UWG 2004 über die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken zum UWG 2008

Die Entwicklung des heutigen Lauterkeitsrechts hat sich in drei Etappen vollzogen: Das altehrwürdige UWG 1909 wurde durch das UWG 2004 abgelöst. Ein knappes Jahr später wurde die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (im Folgenden: UGP-Richtlinie) erlassen. Diese Richtlinie musste spätestens ab dem 12.12.2007 auf Grund des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung bei der Anwendung des UWG 2004 berücksichtigt werden, wie sich aus Art. 19 Abs. 2 UGP-Richtlinie ergibt. Umgesetzt wurde die Richtlinie in Deutschland aber erst mit Gesetz vom 22.12.2008. Im Einzelnen:

1. Das Regelungskonzept des UWG 2004

Das UWG 2004 sah in § 3 UWG eine Generalklausel vor. Danach waren unlautere Wettbewerbshandlungen unzulässig, wenn sie geeignet waren, den Wettbewerb nicht nur unerheblich zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher und der sonstigen Marktteilnehmer zu beeinträchtigen. Das Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit wurde dabei zwar nicht definiert, wohl aber in einer Reihe von Beispielstatbeständen in den §§ 4 bis 7 UWG konkretisiert. Kennzeichnend für das UWG 2004 war, dass es – moderner Gesetzgebungstechnik folgend - eine Schutzzweckbestimmung in § 1 UWG und einen Definitionenkatalog in § 2 UWG enthielt. Der Schutz des UWG erstreckte sich auf alle Marktteilnehmer, nämlich auf Mitbewerber, Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer (§ 1 S. 1 UWG) und zugleich auf das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb (§ 1 S. 2 UWG).

2. Das Regelungskonzept der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken

a) Regelung nur des Verhältnisses von Unternehmern zu Verbrauchern

Das Regelungskonzept der UGP-Richtlinie unterscheidet sich ganz wesentlich vom UWG 2004: Ziel der UGP-Richtlinie ist es, die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern zu schützen. Die Richtlinie beschränkt sich dementsprechend darauf, unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmern gegenüber Verbrauchern zu verbieten. Sie verzichtet – anders als das UWG 2004 - bewusst darauf, auch das Verhältnis von Unter-

nehmern zu Unternehmern (und sonstigen Marktteilnehmern) im Vertikalverhältnis und von Unternehmern zu Unternehmern im Horizontalverhältnis (Unternehmer als Mitbewerber) zu regeln. Ihr unmittelbares Ziel ist es auch nicht, für einen lautereren Wettbewerb zu sorgen. Aus der Sicht der Richtlinie folgt aus dem Verbraucherschutz lediglich mittelbar ein Schutz der rechtmäßig handelnden Mitbewerbern und damit auch des lautereren Wettbewerbs.¹

b) Regelung des Verhaltens vor, bei und nach Vertragsschluss

Aus dieser Perspektive wird es verständlich, dass die UGP-Richtlinie ihren Anwendungsbereich auf Geschäftspraktiken vor, bei und nach Vertragsschluss erstreckt, ohne Rücksicht darauf, ob sie den Wettbewerb verfälschen können oder nicht. So gesehen steht die UGP-Richtlinie in einer Reihe mit anderen verbraucherschützenden Richtlinien der EU. Das Konzept der UGP-Richtlinie knüpft an Geschäftspraktiken der Unternehmer an und fragt danach, wie sie sich auf geschäftliche Entscheidungen der Verbraucher auswirken können. Geschäftspraktiken und geschäftliche Entscheidungen sind daher Schlüsselbegriffe der Richtlinie.

c) Grundsatz der Vollharmonisierung, aber eingeschränkter Anwendungsbereich

Die UGP-Richtlinie zielt auf eine vollständige Rechtsangleichung („Vollharmonisierung“) ab, allerdings beschränkt auf ihren Anwendungsbereich und auch dieser Anwendungsbereich wird in Art. 3 UGP-Richtlinie in verschiedener Hinsicht eingeschränkt. Darauf ist noch zurückzukommen.

d) Allgemeines Verbot unlauterer Geschäftspraktiken und Dreistufentest

Die UGP-Richtlinie stellt in Art. 5 I ein allgemeines Verbot unlauterer Geschäftspraktiken auf, das in Art. 5 II - V konkretisiert wird. Daraus ergibt sich ein Dreistufentest. Unter allen Umständen unlauter und damit verboten sind die im Anhang I aufgeführten 31 Geschäftspraktiken. Fällt eine Geschäftspraktik (oder Geschäftspraxis) nicht unter diese sog. „Schwarze Liste“, ist weiter zu prüfen, ob sie den Tatbestand einer irreführenden Handlung oder Unterlassung (Art. 6 und 7) oder einer aggressiven Geschäftspraktik (Art. 8 und 9) erfüllt. Ist auch dies nicht der Fall, bleibt immer noch zu prüfen, ob sie von der Generalklausel (Art. 5 II) erfasst wird. Ist auch dies nicht der Fall, so ist sie zulässig. Zu beachten ist, dass alle Tatbestände mit Ausnahme der Schwarzen Liste einen zweigliedrigen Aufbau aufweisen: Sie setzen sich aus einem Bewertungskriterium und einem Relevanzkriterium zusammen.

¹ Vgl. Erwägungsgrund 8 S. 2 UGP-Richtlinie.

3. Die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im UWG 2008

Die UGP-Richtlinie wäre an sich bis zum 12.7.2007 umzusetzen gewesen und die Umsetzungsvorschriften hätten spätestens ab dem 12.12.2007 angewendet werden müssen. Der deutsche Gesetzgeber kam seiner Umsetzungspflicht aber erst am Jahresende 2008 nach. Er hat dabei – anders als es die Kommission gewünscht hatte – kein neues Gesetz geschaffen, sondern lediglich das UWG 2004 novelliert. Er wollte das bestehende UWG 2004 in seiner Struktur und seinem Wortlaut weitgehend beibehalten und es nur, soweit es unvermeidlich erschien, ändern. Bildlich gesprochen: Es wurde kein neues Gebäude errichtet, sondern das (nicht sehr) alte Gebäude wurde mit An- und Umbauten umgestaltet. Das macht es schwer, sich darin zurechtzufinden oder – jetzt wieder juristisch gesprochen – das erschwert das dogmatische Verständnis des neuen deutschen Lauterkeitsrechts und damit zugleich seine Anwendbarkeit. Um es auf den Punkt zu bringen: Ein ausländischer Jurist, der die Bestimmungen der UGP-Richtlinie im deutschen Recht wiederzufinden sucht, hätte damit seine liebe Not.

II. Probleme aus der Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in das UWG

Aus heutiger Sicht muss man sogar sagen: Der deutsche Gesetzgeber hätte besser daran getan, sich stärker am System und am Wortlaut der Richtlinie zu orientieren, als dies unter der Maxime „schlanke Umsetzung“ geschehen ist. Denn letztlich ist der Rechtsanwender gezwungen, mit zwei Gesetzestexten zu arbeiten. Umso größere Bedeutung kommt daher dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung zu. Bildlich gesprochen muss der Rechtsanwender in der einen Hand das UWG, in der anderen die UGP-Richtlinie halten. Mehr noch: Vielfach ist es ratsam, nicht nur die deutsche Fassung dieser Richtlinie, sondern auch die englische und französische Fassung heranzuziehen, um das Gemeinte zu verstehen. Dabei können sich Überraschungen ergeben. Das soll – entlang dem Regelungskonzept der UGP-Richtlinie - an einigen Beispielen belegt werden.

1. Umsetzung der „Schwarzen Liste“ des Anhangs I der UGP-Richtlinie

Die UWG-Novelle 2008 hat das Konzept einer Auflistung der „unter allen Umständen unlauteren Geschäftspraktiken“ im Anhang zu § 3 III UWG übernommen. Im Großen und Ganzen hat sie sich im Wesentlichen auf eine verbesserte sprachliche Fassung der oft recht sperrigen Formulierungen aus der deutschen Fassung der UGP-Richtlinie beschränkt. Das ist im Großen und Ganzen auch gelungen, sieht man von einigen Unzulänglichkeiten ab, wie etwa der Aufnahme des Begriffs „Mitbewerber“ in die Nr. 13 des Anhangs, der in der entsprechenden Regelung in Nr. 13 des Anhangs I der UGP-Richtlinie nicht vorkommt.

Ein – allerdings verzeihliches - Missverständnis ist dem Gesetzgeber hinsichtlich der Nr. 26 des Anhangs I der UGP-Richtlinie unterlaufen. Die Vorschrift lautet:

„Kunden werden durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon, Fax, E-Mail oder sonstige für den Fernabsatz geeignete Medien geworben, außer in Fällen und in den Grenzen, in denen ein solches Verhalten nach den nationalen Rechtsvorschriftengerechtfertigt ist, um eine vertragliche Verpflichtung durchzusetzen. Dies gilt unbeschadet des Artikels 10 der Richtlinie 97/7/EG sowie der Richtlinie 95/46/EG und 2002/58/EG.“

Im Hinblick auf den Satz 2 die im UWG 2004 enthaltene Regelung für die Werbung mittels Telefon, Fax und E-Mail glaubte der deutsche Gesetzgeber, von einer Umsetzung der Nr. 26 absehen zu können. Denn die genannten Richtlinien erlauben es dem nationalen Gesetzgeber, für diese Formen der Werbung das opt-in-Prinzip vorzusehen.

Das ist im Prinzip richtig. Doch ist der Gesetzgeber insoweit einer nicht korrekten deutschen Fassung der Nr. 26 zum Opfer gefallen. Nach ihr sind nur die Fälle erfasst, dass Kunden „*geworben*“ werden. Das passt aber nicht zu der Einschränkung in Nr. 26 „außer in den Fällen und in den Grenzen, in denen ein solches Verhalten nach den nationalen Vorschriften gerechtfertigt ist, um eine vertragliche Verpflichtung durchzusetzen“. Denn diese Einschränkung ergibt nur einen Sinn für eine Einwirkung auf Kunden im Falle eines bereits bestehenden Vertragsverhältnisses. Den Schlüssel zur Lösung findet man in der englischen und französischen Fassung der Bestimmung. Darin ist nämlich die Rede von „persistent and unwanted solicitations“ bzw. von „solicitations répétées et non souhaitées“. Diese Begriffe beschränken sich nicht auf die Werbung, sondern sind im weiteren Sinne eines Bedrängens zu verstehen.

So verstanden bezieht sich die Nr. 26 auch auf hartnäckiges und wiederholtes Bedrängen eines Verbrauchers, das sich nicht auf eine Werbung beschränken muss, sondern auch nachvertragliche Geschäftspraktiken mit dem Ziel einer Beeinflussung einer geschäftlichen Entscheidung eines Verbrauchers erfasst. Um es an einem Beispiel zu verdeutlichen: Unter die Nr. 26 fällt auch das „hartnäckige und unerwünschte Bedrängen“ eines Verbrauchers, um ihn zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, etwa nächtliche Telefonanrufe, um ihn zur Zahlung einer Kaufpreisschuld zu bewegen.

Natürlich lässt sich ein solcher Fall auch mittels der §§ 3 I, 4 Nr. 1 UWG bzw. dem § 7 I UWG erfassen. Aber diese Vorschriften stellen keinen Ersatz für ein per-se-Verbot dar, wie es die Nr. 26 darstellt. Hier sollte daher der Gesetzgeber nachbessern.

2. Umsetzung der Irreführungstatbestände (Art. 6 und 7 UGP-Richtlinie)

Die Irreführungstatbestände der Art. 6 und 7 UGP-Richtlinie wurden in den §§ 5 und 5a UWG umgesetzt. Der Gesetzgeber stand dabei vor dem Problem, sowohl den Anforderungen der Werberichtlinie 2006/114/EG als auch den Anforderungen der UGP-Richtlinie gerecht zu werden. Außerdem wollte er nicht unnötig in den Beispielskatalog des § 4 UWG eingreifen. Herausgekommen ist eine Regelung, die jedenfalls auslegungsbedürftig erscheint.

a) Die Behandlung der „geschäftlichen Relevanz“

Die Tatbestände des Art. 6 I und II sowie des 7 I und II UGP-Richtlinie weisen – ebenso wie die Generalklausel des Art. 5 II UGP-Richtlinie und der Tatbestand der aggressiven Geschäftspraktiken des Art. 8 und 9 UGP-Richtlinie – neben dem Bewertungskriterium (Irreführung) noch ein *Relevanzkriterium* auf. Damit wird die mögliche Auswirkung der Geschäftspraktik auf das Verhalten des Verbrauchers umschrieben.

In § 5 UWG, der den Art. 6 UGP-Richtlinie wiedergeben soll, findet sich allerdings kein entsprechendes Relevanzkriterium. Das hat seinen Grund zum einen darin, dass die bisherige Rspr. zur irreführenden Werbung (§ 5 UWG 2004) dieses Kriterium als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal angesehen hat. Zum anderen aber steht mit § 3 I UWG 2008 eine meist als „Bagatellklausel“ bezeichnete Relevanzklausel zur Verfügung, auf die man zurückgreifen könnte. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dass dies nur eine behelfsmäßige Lösung, aber keine exakte Umsetzung der Anforderungen der UGP-Richtlinie ist.

Dass sich der Gesetzgeber über die unterschiedlichen Relevanzkriterien der UGP-Richtlinie nicht ganz im Klaren war oder sie jedenfalls *en bagatelle* behandelt hat, zeigt die Formulierung in § 5a II UWG. Nach dieser Vorschrift, die den Art. 7 I UGP-Richtlinie umsetzen soll, handelt unlauter, wer die Entscheidungsfähigkeit von Verbrauchern im Sinne des § 3 II UWG dadurch beeinflusst, dass er eine Information vorenthält, die im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände einschließlich der Beschränkungen des Kommunikationsmittels wesentlich ist. Die Verweisung auf § 3 II UWG ist insofern nicht ganz korrekt, als diese Vorschrift nur die Relevanzklausel der Generalklausel des Art. 5 II lit. b i.V. mit Art. 2 lit. e UGP-Richtlinie abbildet, aber nicht völlig der Relevanzklausel des Art. 7 I UGP-Richtlinie entspricht. Der Unterschied liegt darin, dass § 3 II UWG eine „spürbare“ Beeinträchtigung der Entscheidungsfähigkeit verlangt, während dieses Erfordernis in Art. 7 I UGP-Richtlinie nicht verwendet wird. Man mag darin eine Spitzfindigkeit sehen. Aber nicht zu übersehen ist, dass der deutsche Gesetzgeber es sich mit den Anforderungen der UGP-Richtlinie etwas leicht gemacht hat.

Darüber hinaus hat die Verweisung auf § 3 II UWG noch ein Missverständnis hervorgerufen: Der BGH hat in seiner Entscheidung „Kamerakauf im Internet“² aus dieser Verweisung den Schluss gezogen, dass damit auch das in § 3 II 1 UWG aufgestellte Erfordernis der Verletzung der fachlichen Sorgfalt, also das Bewertungskriterium, einbezogen sei. Er hat es als ein Gebot der fachlichen Sorgfalt angesehen, mit Testergebnissen nur zu werben, wenn dem Verbraucher dabei die Fundstelle eindeutig und leicht zugänglich angegeben und ihm so die Möglichkeit eröffnet wird, den Test selbst zur Kenntnis zu nehmen. Der Struktur des Tatbestands des § 5a II UWG hätte es aber besser entsprochen, die Fundstelle des Testergebnisses als „wesentliche Information“ zu begreifen.

b) Die Unterscheidung zwischen bloßem Verbraucherschutz und weitergehendem Marktteilnehmerschutz

Der Gesetzgeber sah sich vor der Aufgabe, sowohl den Anforderungen der UGP-Richtlinie an den Verbraucherschutz als auch den Anforderungen der Werberichtlinie an den Schutz der Mitbewerber und der sonstigen Marktteilnehmer gerecht zu werden. Herausgekommen ist ein Kompromiss, der nicht ganz überzeugend ist.

Die Regelung in § 5 UWG (irreführende geschäftliche Handlungen) ist weitgehend aus Art. 6 UGP-Richtlinie übernommen. Während letztere aber auf das Verhältnis von Unternehmern zu Verbrauchern (und zwar in ihrer Eigenschaft als Abnehmer) beschränkt ist, enthält § 5 UWG diese Beschränkung nicht (mit Ausnahme des § 5 I 2 Nr. 7 UWG). Die Vorschrift gilt also grundsätzlich auch im Verhältnis zu Verbrauchern als Anbietern von Waren oder Dienstleistungen.³ Vor allem aber gilt sie auch im Verhältnis zu sonstigen Marktteilnehmern, insbesondere zu Unternehmern und nicht nur für Werbung, sondern für alle geschäftlichen Handlungen. In diesem Punkt geht die Regelung also über die einschlägige Regelung in Art. 3 Werberichtlinie 2006/114/EG weit hinaus, wengleich dies durch die Mindestangleichungsklausel in Art. 8 Abs. 1 Unterabs. 1 dieser Richtlinie gedeckt ist. Ob das zu einer übermäßigen Belastung des Geschäftsverkehrs zwischen Unternehmern führt, muss die Zukunft erweisen.

Jedenfalls fällt auf, dass der deutsche Gesetzgeber bei der Parallelregelung der Irreführung durch Unterlassen streng zwischen dem Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern (B2C) und dem Verhältnis zwischen Unternehmern und Unternehmern (B2B) unterschieden hat: Während § 5a II bis IV sich auf das Verhältnis B2C beschränken,

² BGH, GRUR 2010, 248 Tz. 31 – Kamerakauf im Internet.

³ Letzteres ergibt sich aus der Definition der geschäftlichen Handlung in § 2 I Nr. 1 UWG („Absatz oder Bezug“).

erfasst die Regelung in § 5a I UWG gewissermaßen als Auffangtatbestand das Verhältnis von Unternehmern zu den sonstigen Marktteilnehmern. Hier hat den Gesetzgeber offenbar der Mut zu einer Gleichbehandlung verlassen.

Auf der anderen Seite hat der Gesetzgeber bei der Übernahme des Art. 6 II lit. a UGP-Richtlinie in § 5 II UWG (Begründung einer Verwechslungsgefahr bei jeglicher Produktvermarktung, einschließlich vergleichender Werbung) nicht bedacht, dass § 6 II Nr. 3 UWG eine ähnliche Regelung für die vergleichende Werbung trifft. Aus dem Blickwinkel des Richtliniengebers ist die Abgrenzung klar: Art. 4 lit. h Werberichtlinie bezieht sich auf das Verhältnis B2B und Art. 6 II lit. a UGP-Richtlinie auf das Verhältnis B2C. Diese Trennlinie sollte im Wege der richtlinienkonformen Auslegung bei der Anwendung des § 6 II Nr. 3 UWG einerseits und des § 5 II UWG andererseits beachtet werden.

c) Die unvollständige Umsetzung des Art. 7 II UGP-Richtlinie

Bei einem Vergleich des Textes des Art. 7 UGP-Richtlinie mit dem des § 5a UWG fällt auf, dass Art. 7 II UGP-Richtlinie sich mit keiner Zeile, ja keinem Wort in § 5a UWG wiederfindet. Das ist natürlich kein Versehen des deutschen Gesetzgebers. Er war indessen der Auffassung, dass sich die darin genannten Erscheinungsformen der Irreführung durch Unterlassen (Verheimlichen einer wesentlichen Information oder Bereitstellung unklare, unverständliche, zweideutige Weise oder nicht rechtzeitige Bereitstellung oder Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks der Geschäftspraxis) bereits aus dem UWG 2004 ergäben, so dass insoweit kein Umsetzungsbedarf bestehe.

Um der Rechtsklarheit willen wäre es freilich besser gewesen, der Gesetzgeber hätte sich hier mehr am Wortlaut des Art. 7 II UGP-Richtlinie orientiert. Denn diese Norm ist nunmehr im Wege der richtlinienkonformen Auslegung der Bestimmungen in § 4 Nr. 3, 4 und 5 UWG heranzuziehen. Für die Bestimmungen in § 4 Nr. 4 und Nr. 5 UWG hat dies der BGH bereits ausgesprochen.⁴

Was den Tatbestand des § 4 Nr. 3 UWG (getarnte Werbung) angeht, deckt er die entsprechende Regelung in Art. 7 II UGP-Richtlinie nicht vollständig ab. Denn § 4 Nr. 3 UWG behandelt nur die Verschleierung des „Werbecharakters“ einer geschäftlichen Handlung, während sich Art. 7 II UGP-Richtlinie weitergehend auf alle Fälle einer Geschäftspraxis und ihren kommerziellen Zweck; also insbesondere auch die Fälle des nachvertraglichen

⁴ Vgl. BGH, GRUR 2009, 1064 Tz. 14 ff. – Geld-zurück-Garantie II; BGH, GRUR 2010, 247 Tz. 10 – *Solange der Vorrat reicht*. - Zu beachten ist, dass im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs auf Art. 6 lit c und d Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr zurückzugreifen ist.

Verhaltens erstreckt. Dieses Manko in § 4 Nr. 3 UWG ist im Wege der richtlinienkonformen Auslegung auszugleichen.

d) Die fehlende Umsetzung des Art. 7 III UGP-Richtlinie

In Art. 7 III UGP-Richtlinie wird das in Art. 7 I UGP-Richtlinie verwendete Tatbestandsmerkmal des „Vorenthaltens einer Information“ präzisiert. Danach sind bei der Entscheidung darüber, ob Informationen vorenthalten wurden, die räumlichen oder zeitlichen Beschränkungen des für eine Geschäftspraxis verwendeten Kommunikationsmediums sowie alle Maßnahmen, die der Unternehmer getroffen hat, um den Verbrauchern die Informationen anderweit zur Verfügung zu stellen, zu berücksichtigen.

Der deutsche Gesetzgeber hat es für überflüssig gehalten, diese Bestimmung umzusetzen. Sie ist daher im Wege der richtlinienkonformen Auslegung des § 5a II UWG zu berücksichtigen – und die Rspr.⁵ tut dies auch.

3. Umsetzung des Tatbestands der aggressiven Geschäftspraktiken (Art. 8 und 9 UGP-Richtlinie)

Der Gesetzgeber war der Auffassung, einer gesonderten Umsetzung der Art. 8 und 9 UGP-Richtlinie bedürfe es nicht, weil ihr Regelungsgehalt bereits durch die §§ 3 I, 4 Nr. 1 und 2 UWG sowie des § 7 UWG abgedeckt sei. Bereits ein Vergleich des Wortlauts der entsprechenden Bestimmungen der UGP-Richtlinie und des UWG zeigt jedoch, dass sie nur im Großen und Ganzen übereinstimmen. Auf drei Probleme sei hingewiesen:

a) Notwendigkeit einer Präzisierung am Maßstab der UGP-Richtlinie

Gegenüber der recht allgemein gehaltenen Bestimmung des § 4 Nr. 1 UWG zeigen die Art. 8 und 9 UGP-Richtlinie viel differenzierte Wertungskriterien auf. In Art. 8 UGP-Richtlinie werden drei Erscheinungsformen aggressiven Verhaltens aufgelistet: Es sind dies die Belästigung, die Nötigung und die unzulässige Beeinflussung, letztere legaldefiniert in Art. 2 lit. j UGP-Richtlinie. Hinzukommt in Art. 9 UGP-Richtlinie eine Auflistung von Faktoren, die bei der Feststellung ob derartige Mittel eingesetzt werden, zu berücksichtigen sind.

Letztlich ist auch insoweit wieder das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung zu bemühen, um einen Gleichlauf mit den Wertungskriterien der Richtlinie und damit auch Rechtssicherheit zu gewährleisten.

⁵ Vgl. BGH, GRUR 2009, 418, 420.

Um es an einem Beispiel aus der neueren Rspr.⁶ zu verdeutlichen: Ein Anbieter pornografischer Filme machte gegenüber einem Kunden Zahlungsansprüche, die trotz mehrfacher Mahnung nicht erfüllt worden waren, geltend. Dazu kündigte er ihm den Besuch eines auf Inkasso spezialisierten Teams zwischen dem 25.02.2008 und dem 25.03.2008 in den Abendstunden an. Dieses Inkasso-Team sollte ihn „persönlich konsultieren, um offene Fragen diskret zu beantworten oder eine Ratenzahlung vereinbaren zu können“. Das Beispiel ist auch deshalb interessant, weil es – soweit ersichtlich – zum ersten Mal das UWG auf eine geschäftliche Handlung bei Durchführung eines Vertrags, nämlich die Beeinflussung der Entscheidung des Verbrauchers, ob er eine Zahlung ganz oder teilweise leistet (vgl. Art. 2 lit. k UGP-Richtlinie) anwendet.

Das OLG München sah in diesem Verhalten den Tatbestand des § 4 Nr. 1 UWG verwirklicht. Denn der Kunde könne diese zumindest mehrdeutige Aufforderung so verstehen, dass dieses Inkasso-Team bereit sei, die Forderungen mit Gewalt durchzusetzen. Darin liege eine unangemessene Beeinträchtigung. Diese Bewertung trifft im Ergebnis sicher zu. Aber um wie viel klarer ist demgegenüber die Bewertung am Maßstab der Art. 8 und 9 UGP-Richtlinie – auf die das OLG München allerdings nicht eingeht.

Nach Art. 8 UGP-Richtlinie gilt eine Geschäftspraxis als aggressiv, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Durchschnittsverbrauchers in Bezug auf das Produkt durch „Belästigung, Nötigung, einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt, oder durch unzulässige Beeinflussung tatsächlich oder voraussichtlich erheblich beeinträchtigt“. Zur Feststellung, ob derartige Mittel eingesetzt werden, ist u.a. nach Art. 9 lit. a UGP-Richtlinie abzustellen auf „Zeitpunkt, Ort, Art oder Dauer des Einsatzes“ der Geschäftspraxis, nach Art. 9 lit. b UGP-Richtlinie auf die „Verwendung drohender oder beleidigender Formulierungen oder Verhaltensweisen“ und nach Art. 9 lit. c UGP-Richtlinie auf die „Drohung mit rechtlich unzulässigen Handlungen“. Anhand dieser Maßstäbe und Kriterien hätte das OLG München viel präziser die Unlauterkeit des Verhaltens des Unternehmers feststellen können.

b) Gleichbehandlung von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern?

Da § 4 Nr. 1 UWG unterschiedslos für Verhaltensweisen gegenüber Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern gilt, stellt sich die Frage, ob die Wertungskriterien der UGP-Richtlinie auch für das Verhältnis zu den sonstigen Marktteilnehmern (B2B) übernommen werden sollen oder ob insoweit zu differenzieren ist. Dies zu klären, überlässt der Gesetzgeber den Gerichten.

⁶ OLG München, WRP 2010, 295 – Besuch vom Inkasso-Team.

c) Anwendung des § 4 Nr. 1 UWG auf Maßnahmen der Verkaufsförderung?

In der Vergangenheit wandte die Rspr. den § 4 Nr. 1 UWG auch auf Maßnahmen der Verkaufsförderung (Rabatte, Zugaben, Geschenke, Preisausschreiben, Gewinnspiele usw.; vgl. § 4 Nr. 4 bis 6 UWG) an. Eine unangemessene unsachliche Beeinflussung wurde allerdings nur für den Fall angenommen, dass die betreffende Maßnahme geeignet war, die Rationalität der Nachfrageentscheidung völlig in den Hintergrund treten zu lassen. Dies wurde in aller Regel verneint.

Vor dem Hintergrund der UGP-Richtlinie und unter Geltung des UWG 2008 dürfte sich diese Auffassung kaum aufrechterhalten lassen. Denn die UGP-Richtlinie sieht aggressive Geschäftspraktiken nur als Beispiele unlauterer Geschäftspraktiken an und kennt als Auffangtatbestand die Generalklausel des Art. 5 II UGP-Richtlinie. In der Systematik des UWG 2008 findet sich die Generalklausel der UGP-Richtlinie wieder in § 3 II 1 UWG. Dann ist es nur folgerichtig, den Tatbestand des § 4 Nr. 1 und 2 UWG auf Fälle aggressiver Geschäftspraktiken zu beschränken.

Da Verkaufsförderungsmaßnahmen typischerweise kein aggressives Verhalten i.S. der Art. 8 und 9 UGP-Richtlinie darstellen, sollten sie jedenfalls nicht nach § 4 Nr. 1 UWG beurteilt werden. Das bedeutet aber nicht, dass sie damit automatisch zulässig wären. Vielmehr greift insoweit subsidiär der Kontrollmaßstab des § 3 II 1 UWG („jedenfalls unzulässig“) ein. Damit ändert sich auch die lauterkeitsrechtliche Fragestellung: Es ist nicht mehr zu fragen, ob Verkaufsförderungsmaßnahmen eine „unangemessene unsachliche Beeinflussung“ des Verbrauchers darstellen. Vielmehr geht die Frage dahin, ob derartige Maßnahmen gegen das Gebot der „fachlichen Sorgfalt“ verstoßen und, wenn dies zu bejahen ist, ob sie „dazu geeignet sind, die Fähigkeit des Verbrauchers, sich auf Grund von Informationen zu entscheiden, spürbar zu beeinträchtigen und ihn damit zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“.

Zuzugeben ist, dass damit die Rechtsanwendung fürs Erste schwieriger wird, weil noch Erfahrungen im Umgang mit dem Tatbestandsmerkmal der „fachlichen Sorgfalt“ und seiner Definition in § 2 I Nr. 7 UWG fehlen. Allerdings führt, wenn man mit den Wertungen und der Systematik der UGP-Richtlinie ernst macht, daran kein Weg vorbei, mag auch die Versuchung in der Rspr. groß sein, alles beim Alten zu belassen.

d) Anwendung des § 4 Nr. 2 UWG

Der neugefasste Unlauterkeitstatbestand des § 4 Nr. 2 UWG stellt eine partielle Umsetzung des Art. 8 UGP-Richtlinie unter Berücksichtigung der Vorgaben des Art. 5 III 1 UGP-Richtlinie dar. Das ist bei der Auslegung dieser Bestimmung zu berücksichtigen.

4. Umsetzung der Generalklausel (Art. 5 II UGP-Richtlinie)

Die Generalklausel des Art. 5 II UGP-Richtlinie wurde, wie bereits erwähnt, in § 3 II 1 UWG umgesetzt. Dies ist sogar in enger Anlehnung an die Terminologie der UGP-Richtlinie geschehen. Gleichwohl wirft die Regelung eine Reihe von Fragen auf.

a) Verhältnis zum Tatbestand des § 3 I UWG

Ungeklärt ist noch, in welchem Verhältnis der Tatbestand des § 3 II 1 UWG zum Tatbestand des § 3 I UWG steht. Zweierlei lässt sich jedenfalls festhalten:

Erstens ist § 3 II 1 UWG auf das Verhältnis von Unternehmern zu *Verbrauchern* beschränkt, während § 3 I auf das Verhältnis zu allen Marktteilnehmern anwendbar ist. Ein Konkurrenzverhältnis kann sich daher von vornherein nur für Sachverhalte ergeben, die das Verhalten von Unternehmern zu Verbrauchern betreffen.

Zweitens lässt die Wendung „jedenfalls dann unzulässig“ in § 3 II 1 UWG den Schluss zu, dass diese Vorschrift im Verhältnis von Unternehmern zu Verbrauchern dann eingreift, wenn das Verhalten nicht schon von anderen Verbotstatbeständen erfasst ist. Daher ist § 3 II 1 UWG als Auffangtatbestand mit subsidiärer Geltung gegenüber anderen Verbotstatbeständen zu begreifen. Das können aber nur die Tatbestände des § 3 III UWG und des § 3 I UWG sein, sieht man einmal vom Sondertatbestand des § 7 UWG ab.

Daraus ergibt sich folgende Prüfungsreihenfolge. Zuerst ist zu prüfen, ob ein Verhalten nach § 3 III UWG i.V. mit dem Anhang unzulässig ist. Ist dies zu verneinen, so ist zu prüfen, ob das Verhalten nach § 3 I i.V. mit den §§ 3 bis 6 UWG unzulässig ist. Ist auch dies zu verneinen, so bleibt noch als letzter Kontrollmaßstab der § 3 II 1 UWG.

Mit dem Dreistufentest der UGP-Richtlinie lässt sich diese Deutung dann zwanglos vereinbaren, wenn man die §§ 3 I, 4, 5, 5a UWG, soweit sie das Verhalten von Unternehmern zu Verbrauchern regeln, als Umsetzungen der Tatbestände der Art. 6 bis 9 UGP-Richtlinie begreift. Der Tatbestand des § 6 UWG basiert auf einer Umsetzung der *Werberichtlinie* und folgt insoweit seinen eigenen Regeln.

Für den Bereich der §§ 5, 5a UWG wurde bereits festgestellt, dass sie eine weitgehende, wenngleich nicht vollständige Umsetzung der Art. 6 und 7 UGP-Richtlinie darstellen. Hinzukommen noch die Bestimmungen des § 4 Nr. 3, 4 und 5 UWG (getarnte Werbung; Intransparenz von Verkaufsfördermaßnahmen). Für den Bereich des § 4 Nr. 1 und 2 UWG wurde herausgearbeitet, dass sie eine Umsetzung des Tatbestands der aggressiven Geschäftspraktiken (Art. 8 und 9 UGP-Richtlinie) darstellen.

Allerdings ist festzuhalten, dass die genannten Unlauterkeitstatbestände der § 4 Nr. 1 bis 5 UWG und des § 5 UWG – anders als die entsprechenden Tatbestände der UGP-Richtlinie - kein Relevanzkriterium enthalten. Eine Ausnahme stellt § 5a II UWG dar, weil diese Vorschrift auf § 3 II UWG verweist. Dabei hat der Gesetzgeber allerdings nicht berücksichtigt, dass § 5a II UWG seinerseits nur ein Unlauterkeitstatbestand ist, der der Ergänzung durch § 3 I UWG bedarf. Diese Unvollkommenheiten der Umsetzung müssen im Wege der richtlinienkonformen Auslegung am Maßstab der Art. 6 bis 9 UGP-Richtlinie und der darin enthaltenen Relevanzkriterien behoben werden. Dafür gibt es zwei unterschiedliche Ansätze: Entweder man berücksichtigt diese Relevanzkriterien bereits bei der Feststellung, ob der jeweilige Unlauterkeitstatbestand erfüllt ist. Oder aber man berücksichtigt sie erst bei der Anwendung der sog. Bagatellklausel (besser: Relevanzklausel) des § 3 I UWG. Die Rspr. zu § 3 UWG 2004 tendierte jedenfalls dazu, das Relevanzerfordernis bereits in den § 4 Nr. 1 und 2 UWG sowie in den § 5 UWG hineinzuinterpretieren mit der Folge, dass § 3 UWG 2004 insoweit praktisch leer lief. Anders entschied sie zu den Tatbeständen des § 4 Nr. 3 bis 5 UWG.

Feststeht jedenfalls, dass unter der Herrschaft der UGP-Richtlinie die Relevanzklausel des § 3 I UWG, soweit es um das Verhältnis von Unternehmern zu Verbrauchern angeht, im Sinne der Relevanzkriterien der Art. 6 bis 9 UWG, aber eben nicht im Sinne des davon abweichenden Relevanzkriteriums des Art. 5 II lit. b UGP-Richtlinie zu interpretieren ist.

b) Die Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals der Verletzung der „fachlichen Sorgfalt“

Das Bewertungskriterium der Verletzung der „fachlichen Sorgfalt“, definiert in § 2 I Nr. 7 UWG, ist allerdings sehr komplex und mit den verschiedensten Begriffen und Wertmaßstäben aufgeladen. Es fällt daher außerordentlich schwer, damit zu arbeiten. In der Sache geht es darum, die Grenze zwischen noch zulässiger und bereits unzulässiger Beeinflussung geschäftlicher Entscheidungen des Verbrauchers zu ziehen. Letztlich kommt es dabei auf eine Abwägung der Interessen von Unternehmer und Verbraucher unter Berücksichtigung der Schutzzwecke der UGP-Richtlinie an.⁷ Die Richtlinie will gewährleisten, dass der Verbraucher seine geschäftlichen Entscheidungen nach Möglichkeit *frei* und *informiert* trifft. Maßgebend ist das Leitbild des Durchschnittsverbrauchers oder des durchschnittlichen Mitglieds der angesprochenen Verbrauchergruppe (Art. 5 III 1 UGP-Richtlinie). Die Abgrenzung auf der Ebene der „fachlichen Sorgfalt“ kann und muss dabei abstrakt-generell erfolgen. Denn die konkreten Auswirkungen auf das Verbraucherverhalten sind erst im Rahmen der Relevanzklausel zu berücksichtigen.

⁷ Vgl. Köhler, GRUR 2010, 177, 182.

Da nach der Systematik der UGP-Richtlinie irreführendes und aggressives Verhalten Konkretisierungen der Verletzung der „beruflichen Sorgfalt“ darstellen, muss der Grundtatbestand des Art. 5 II lit. a UGP-Richtlinie die Fälle erfassen, die in der Gesamtwürdigung ein *minus* oder *aliud* dazu darstellen. Welche Fälle dies sein können, ist derzeit noch nicht geklärt. In Betracht kommen beispielsweise *Verkaufsförderungsmaßnahmen*, von denen eine besondere Sogwirkung ausgeht, die den Verbraucher davon abhalten kann, vergleichbare Angebote zu prüfen und damit eine „informierte“ Entscheidung zu treffen. Hierher gehören die Fälle kurz befristeter Rabattaktionen (z.B. Lautsprecherdurchsagen in einem Warenhaus, dass in der nächsten Stunde alle Waren 10 % billiger zu haben seien) oder die Kopplung des Warenabsatzes mit Gewinnspielen, bei denen unverhältnismäßig hohe Gewinne ausgelobt werden. (Zum Unlauterkeitstatbestand des § 4 Nr. 6 UWG hat der EuGH⁸ entschieden, dass er mit der UGP-Richtlinie unvereinbar ist, weil er ein über die Schwarze Liste in Anhang I hinausgehendes per-se-Verbot darstellt. Welche Schlussfolgerungen der Bundesgerichtshof oder der Gesetzgeber daraus ziehen wird, ist noch offen.⁹ Unabhängig davon muss jedoch die Kontrolle am Maßstab des § 3 II 1 UWG möglich bleiben.)

Strengere Maßstäbe können gelten, wenn sich die Verkaufsförderungsmaßnahme an eine Gruppe besonders schutzbedürftige Personen richtet, wie z.B. Kinder im Hinblick auf ihre mangelnde geschäftliche Erfahrung (vgl. § 3 II 3 UWG sowie als Spezialtatbestand Nr. 28 Anhang zu § 3 III UWG).

5. Die Berücksichtigung besonders schutzwürdiger Verbrauchergruppen (Art. 5 III 1 UGP-Richtlinie)

Nach Art. 5 III 1 UGP-Richtlinie sind Geschäftspraktiken, die voraussichtlich in einer für den Gewerbetreibenden vernünftigerweise vorhersehbaren Art und Weise das wirtschaftliche Verhalten nur einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern wesentlich beeinflussen, die aufgrund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf diese Praktiken oder die ihnen zugrunde liegenden Produkte besonders schutzbedürftig sind, aus der Perspektive eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe beurteilt.

Diese Bestimmung wurde in § 3 II 3 UWG umgesetzt. Aus der Einfügung in den Absatz 2 des § 3 UWG ließe sich der Schluss ziehen, dass sie nur für den Bereich der Generalklausel des § 3 II 1 UWG gelten soll. Das entspräche aber weder der Systematik noch dem Zweck der UGP-Richtlinie. Denn die UGP-Richtlinie hat der Bestimmung einen eigenen

⁸ EuGH, GRUR 2010, 244 – Plus Warenhandelsgesellschaft.

⁹ Dazu Köhler, GRUR 2010, 177.

Absatz gewidmet und von ihrem Zweck her muss sie für die Beurteilung aller Geschäftspraktiken gelten, also auch für die Feststellung, ob sie irreführend oder aggressiv i.S. der Art. 6 bis 9 UGP-Richtlinie oder der Schwarzen Liste des Anhangs I sind. Im Wege der richtlinienkonformen Auslegung ist daher § 3 II 3 UWG auf alle Unlauterkeitstatbestände zu erstrecken. Das gilt insbesondere auch für die Irreführungstatbestände der §§ 5, 5a UWG und des Anhangs zu § 3 III UWG.

Für den Bereich der aggressiven Geschäftspraktiken hat der Gesetzgeber den Art. 5 III 1 UGP-Richtlinie im Zuge der Änderung des § 4 Nr. 2 UWG berücksichtigt, indem er die Begriffe der „geistigen oder körperlichen Gebrechen“, des „Alters“ und der „Leichtgläubigkeit“ einbezogen hat.

6. Die Beurteilung übertriebener oder nicht wörtlich zu nehmender Behauptungen (Art. 5 III 2 UGP-Richtlinie)

Die Bestimmung in Art. 5 III 1 UGP-Richtlinie wird ergänzt durch die Einschränkung in Art. 5 III 2 UGP-Richtlinie. Danach bleibt die „übliche und rechtmäßige Werbepaxis, übertriebene Behauptungen oder nicht wörtlich zu nehmende Behauptungen aufzustellen, davon unberührt“. Die Besonderheit der Regelung besteht also darin, dass dies auch für solche Geschäftspraktiken gelten soll, die sich an besonders schutzbedürftige Verbrauchergruppen wenden. Nach dem Wortlaut des Art. 5 III 2 UGP-Richtlinie kommt es also nicht darauf an, ob auch aus der Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds einer solchen Gruppe eine übertriebene oder nicht wörtlich zu nehmende Behauptung vorliegt. Aus der Sicht eines effektiven Verbraucherschutzes ist dies nicht unbedenklich.

Wie auch immer, eine Umsetzung dieser Bestimmung in das UWG ist nicht erfolgt. Sie ist demnach im Wege der richtlinienkonformen Auslegung zu berücksichtigen.

7. Der Rechtsbruchtatbestand im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken

Der Gesetzgeber hat den in der Praxis äußerst wichtigen Rechtsbruchtatbestand des § 4 Nr. 11 UWG unverändert beibehalten. Nach dieser Vorschrift handelt unlauter, wer „einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Es handelt sich dabei also um eine „Scharniernorm“, die es erlaubt, Verstöße gegen Marktverhaltensregelungen außerhalb des UWG mit den Sanktionen des UWG ahnden zu können. Daran knüpft sich die Frage, ob und inwieweit dieser Tatbestand mit den Regelungen der UGP-Richtlinie vereinbar ist. Ausgangspunkt ist, dass die UGP-Richtlinie keinen dem § 4 Nr. 11 UWG vergleichbaren Tatbestand kennt.

a) Verhältnis zu Art. 7 V UGP-Richtlinie

Lediglich Art. 7 V UGP-Richtlinie hat eine ähnliche Scharnierfunktion im Hinblick auf Informationsanforderungen des sonstigen Gemeinschaftsrechts „in Bezug auf kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing“. Diese Bestimmung wurde in § 5a IV UWG umgesetzt. Die Rspr.¹⁰ sieht § 5a IV UWG aber durchaus nicht als Spezialregelung zu § 4 Nr. 11 UWG, sondern wendet beide Normen nebeneinander an.

b) Eingeschränkter Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie

Im Übrigen ist der eingeschränkte Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie (Art. 3 UGP-Richtlinie) zu beachten.

(1) Rechtsvorschriften, die nur das Verhältnis von Unternehmern zu Mitbewerbern (wie zB das LadenschlussG) oder sonstigen Marktteilnehmern (wie z.B. § 4 I DL-InfoV für Preisangaben von Dienstleistern) betreffen, fallen von vornherein nicht in den Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie, da diese nur das Verhältnis von Unternehmern zu Verbrauchern (B2C) regelt (Art. 3 Abs. 1 UGP-Richtlinie).

(2) Rechtsvorschriften, die zwar (auch) den Schutz der Verbraucher bezwecken, aber nur den Absatz von bestimmten Waren oder Dienstleistungen generell oder durch bestimmte Personen oder an bestimmte Personen oder zu bestimmten Zeiten verbieten oder einschränken (Vermarktungsverbote und –beschränkungen), fallen ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie, da diese nur den Schutz der Verbraucher vor einer unlauteren Beeinflussung ihrer geschäftlichen Entscheidung bezweckt (Erwägungsgrund 7 S 1 UGP-Richtlinie).

(3) Nationale Verbote von Geschäftspraktiken aus Gründen der „guten Sitten und des Anstands“ („taste and decency“; „bon goût et de bienséance“), auch wenn diese die Wahlfreiheit des Verbrauchers nicht beeinträchtigen (Erwägungsgrund 7 S 3 – 5 UGP-Richtlinie). Dazu gehören insbes auch Vorschriften zum Schutz der Menschenwürde (vgl. § 4 Nr. 1 UWG: „in menschenverachtender Weise“), zum Jugendschutz (soweit nicht bereits Gesundheitsschutz), zum Schutz vor Diskriminierung usw (vgl. auch Art. 3e Abs. 1 lit c i, ii, iv, lit g, Art 3h sowie Erwägungsgrund 44 der Richtlinie 2007/65/EG über audiovisuelle Mediendienste).

(4) Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten (Art 3 Abs. 3 sowie Erwägungsgrund 9 UGP-

¹⁰ Vgl. zuletzt BGH, GRUR 2010, 251 Tz. 16, 17 – Versandkosten bei Froogle.

Richtlinie). Hierher gehören ua Art 3e Abs. 1 lit d, e, f Richtlinie 2007/65/EG über audiovisuelle Mediendienste, die Health-Claim-VO Nr. 1924/2006, das HWG und das JugendschutzG. Soweit Marktverhaltensregelungen daher auch dem Schutz der Gesundheit und Sicherheit von Verbrauchern dienen, bleibt die Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG daher zulässig (ebenso BGH GRUR 2009, 881 Tz. 16 – *Überregionaler Krankentransport*; BGH GRUR 2009, 984 Tz. 34 – *Festbetragsfestsetzung*).

(5) Nationale Vorschriften, die sich im Einklang mit dem Unionsrecht auf Glücksspiele beziehen (Erwägungsgrund 9 S 2 UGP-Richtlinie). Dazu gehören insbesondere § 284 StGB und § 5 GlüStV.

(6) Nationale Vorschriften für „reglementierte Berufe“ i.S. von Art. 2 lit 1 UGP-Richtlinie (Art 3 Abs. 8 UGP-Richtlinie). Dementsprechend ist die Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG auf unionsrechtskonforme Marktverhaltensregelungen für (z.B. nach Berufsordnungen; Gewerbeordnung usw) gesetzlich geregelte Berufe mit der Richtlinie vereinbar (ebenso BGH GRUR 2009, 977 Tz. 12 – *Brillenversorgung*; BGH GRUR 2009, 886 Tz. 18 – *Die clevere Alternative*).

(7) Spezialregelungen des Unionsrechts (Art. 3 Abs. 4 UGP-Richtlinie). Nach dieser Vorschrift gehen bei einer Kollision der Bestimmungen der UGP-Richtlinie mit den Bestimmungen anderer Richtlinien, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, letzere vor. Das ist insbesondere der Fall: Bei der Werberichtlinie 2006/114/EG, soweit es die vergleichende Werbung betrifft; bei der Preisangabenrichtlinie 98/6/EG; bei Art. 3a – 3g Richtlinie 2007/65/EG über audiovisuelle Mediendienste (früher: Fernsehrichtlinie; dazu BGH GRUR 2009, 845 Tz. 38 – *Internet-Video-Recorder*); bei Art. 5 - 8 Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr; bei der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG. Für Art. 3e Abs. 1 lit g Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (früher: Art. 16 Fernsehrichtlinie) ist dies sogar noch in Nr. 28 des Anhangs I ausdrücklich erwähnt. – Soweit diese Richtlinien die Bereiche Werbung und kommerzielle Kommunikation betreffen, sind sie über Art. 7 Abs. 5 UGP-Richtlinie i.V. mit Anhang II bereits nach Art. 7 Abs. 1 UGP-Richtlinie zu berücksichtigen, so dass insoweit kein Normenkonflikt entsteht.

(8) Nationale Vorschriften mit Bezug auf Finanzdienstleistungen und Immobilien (Art 3 Abs. 9 UGP-Richtlinie).

(9) Strengere nationale Vorschriften in Umsetzung von Richtlinien, die lediglich eine Mindestangleichung vorsehen (Art. 3 Abs. 5 UGP-Richtlinie). Allerdings dürfen die

Mitgliedstaaten solche Vorschriften nur bis zum 12.12.2013 beibehalten und sie müssen erforderlich und verhältnismäßig sein. Das ist beispielsweise für die §§ 4, 7, 8 PAngV von Bedeutung.

c) Ergebnis

Im Ergebnis dürfte es daher kaum Marktverhaltensregelungen geben, deren Sanktionierung durch das UWG mit der Richtlinie unvereinbar wäre. Im Übrigen ist jeweils sorgfältig zu prüfen, ob sich ein nach nationalem Recht gesetzwidriges Verhalten als aggressive oder irreführende Geschäftspraxis darstellt und damit die Anwendung des § 4 Nr. 1 oder 2 UWG bzw. der §§ 5, 5 a UWG ermöglicht. Ob es im Einzelfall möglich ist, nationale, nicht auf Unionsrecht beruhende Marktverhaltensregelungen als Gebote der „beruflichen Sorgfaltspflicht“ i.S. des Art. 5 Abs. 2 lit a UGP-Richtlinie zu werten, bedarf noch der Klärung. Jedenfalls ist eine Kontrolle durch den EuGH möglich.

III. Zusammenfassung und Ausblick

Der Überblick über die UWG-Novelle 2008 hat gezeigt, dass die damit beabsichtigte Umsetzung der UGP-Richtlinie aus heutiger Sicht nicht durchgehend geglückt ist. Die beabsichtigte „schlanke“ Umsetzung zwingt den Rechtsanwender und Rechtsberater dazu, neben dem UWG stets auch die UGP-Richtlinie selbst heranzuziehen, um die Rechtslage zuverlässig beurteilen zu können. Diese Aufgabe wird zusätzlich dadurch erschwert, dass die deutsche Fassung der UGP-Richtlinie nicht immer das Gemeinte klar zum Ausdruck bringt ist, so dass im Zweifel noch ein Blick zumindest auf die englische und französische Fassung geboten ist. Da die UGP-Richtlinie ihrerseits mit zum Teil neuartigen Begriffen arbeitet, die noch der Klärung und Konkretisierung durch den EuGH bedürfen, ist es noch ein langer Weg zu einer Vereinheitlichung des Lauterkeitsrechts in der Europäischen Union.

The compensation of pure economic loss in tort law in Portuguese legal scholarship

von

Marta Livia dos Santos Silva, Porto¹

Introduction

For the past few decades, the compensation of “pure economic loss” has been one of the most discussed topics in Civil Law². Although it is still not recognised nor distinguished as

¹ I would like to thank to Susan Singleton for her very helpful linguistic assistance and José Carlos de Medeiros Nóbrega for the generous comments.

² There are numerous publications on the topic. Cf., in Europe: F. FAUST, “Der Schutz vor reinen Vermögensschäden - illustriert am Beispiel der Expertenhaftung”. *Archiv für die civilistische Praxis*, 210, 3-4, August 2010, pp. 555-579; M. BUSSANI & V. V. PALMER, “Pure Economic Loss: The Ways to Recovery”. *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*. Utrecht, 2007; H. KOZIOL, “Recovery for Economic Loss in the European Union”. *Arizona Law Review*, Vol. 48, 4, 2006, pp. 871-895; J. J. GANUZA & F. GÓMEZ, “Should We Trust the Gatekeepers? Auditors and Lawyer’s Liability for Clients’ Misconduct”. *InDret, Revista para la Análisis del Derecho*, 310, Barcelona, 2005 (http://www.indret.com/pdf/310_en.pdf, last visited: 01.04.2011); A. MENEZES LEITÃO, “Os danos puramente económicos nos sistemas da *Common Law* – II (Jurisprudência Norte-americana). *Estudos em homenagem ao Prof. Joaquim Moreira da Silva Cunha*. Coimbra, 2005, pp. 19-38; F. BLOBEL, “Der europäische Deliktsgerichtsstand und reine Vermögensschäden”. *The European Legal Forum*, 3-2004, München, pp. 187-191; A. MENEZES LEITÃO, “Os danos puramente económicos nos sistemas da *Common Law* – I”. *Estudos em homenagem ao Prof. Joaquim Moreira da Silva Cunha*. Coimbra, 2002, pp. 197-218; H. HONSELL, “Der Ersatz reiner Vermögensschäden in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung”. *Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag*. München, 2001, pp. 483-508; G. O’SULLIVAN, “Negligence: Is Pure Economic Loss a Lost Cause? Recent Changes in English Law & their Possible Influence on Irish Law”. *The Irish Student Law Review*, Vol. I, 2001, pp. 109-125; C. L. DESCHAMPS, “La réparation du préjudice économique pur en droit français”. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 50, 2, 1998, pp. 367-381; G. W. DECKU, *Zwischen Vertrag und Delikt: Grenzfälle vertraglicher und deliktischer Haftung, dargestellt am Beispiel der Berufs- und Expertenhaftung zum Schutze des Vermögens Dritter im deutschen und englischen Recht*. Frankfurt am Main, 1997; C. v. BAR, “Negligence, Eigentumsverletzung und reiner Vermögensschaden. Zu den Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung für reine Vermögensschäden in der neuen Entwicklung des Common Law”. *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 56, 1992, pp. 410-443; H.-S. CHOI, *Die vorvertragliche Haftung (Culpa in contrahendo) und der deliktische Schutz primärer Vermögensinteressen: rechtsvergleichende Untersuchungen zum deutschen, englischen und französischen Recht*. Frankfurt am Main, 1990; J. KLEINEMAN, *Ren förmögenhetsskada: särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*. Stockholm, 1987; A. B. WILKINSON & A. D. FORTE, “Pure Economic Loss”. *The Juridical Review*, June 1985, pp. 1-28 and K. OPOKU, “Delictual Liability in German Law”. *The International and Comparative Law Quarterly*, 21, 2, 1972, pp. 1230-1269. Legal scholars have also been approaching pure economic losses from an economic point of view. See, amongst others, G. DARI-MATTIACCI & H.-B. SCHÄFFER, “The Core of Pure Economic Loss”. *International Review of Law and Economics*, vol. 27, 1, 03/2007 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=784984, last visited: 01.04.2011); M. BUSSANI & F. PARISI, “The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss”. *International Review of Law and Economics*, 2005 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=742104, last visited: 01.04.2011); G. DARI-MATTIACCI, “The Economics of Pure Economic Loss and the Internalisation of Multiple Externalities”. *Pure Economic Loss: Tort and Insurance Law 9*. Wien, 2004, pp. 167-190; M. BUSSANI, V. V. PALMER & F. PARISI, “Liability for Pure Economic Loss in Europe: An Economic Restatement”.

an autonomous form of damage in several European jurisdictions³, it is considered one of the most complex issues of the Law of Obligations.

The approach to pure economic loss raises questions of legal, economic and political nature which are, not only of academic, but also of undeniable practical relevance.

This contribution does not purport to cover the several issues raised by this matter. It is only intended to provide a number of insights into the compensation of pure economic losses in tort law according to the Portuguese legal scholarship⁴ and the Portuguese Civil Code⁵. I leave the extensive treatment of the subject to future works.

1. The definition and classification of pure economic loss in Portugal under European influence

Different designations have been used by Portuguese legal scholars to refer to pure economic losses.

American Journal of Comparative Law, 51, 2003, pp. 113-162; F. PARISI, “Liability for Pure Financial Loss: Revisiting the Economic Foundations of a Legal Doctrine”, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge, 2003, pp. 75-93 and GOMÉZ POMAR & J. A. RUIZ GARCIA, “La noción de daño puramente económico: una visión crítica desde el análisis económico del derecho”. *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo. Vol. 2*, Madrid, 2002, pp. 1993-2024 (English version: GOMÉZ POMAR & J. A. RUIZ GARCIA, The Plural – and Misleading – Notion of Economic Loss in Tort: a Law and Economics Perspective. *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 2002, http://www.indret.com/pdf/102_en.pdf, last visited: 01.04.2011). A few compedia have been published on the topic as well. That was the case of the comparative study on compensation for pure economic loss in several European countries and Japan, performed under the supervision of the European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL) (Cf. W. H. VAN BOOM, H. KOZIOL & C. WITTING eds., *Pure Economic Loss: Tort and Insurance Law 9*. Wien, 2004) and also the case study publication concerning thirteen European jurisdictions, performed by the Common Core of European Private Law (“Trento Project”) (Cf. M. BUSSANI & V. V. PALMER eds., *Pure Economic Loss in Europe*. Cambridge, 2003). The pioneer initiative of gathering in a single volume the contributions of experts from Canada, Europe and the United States on civil liability for pure economic loss was performed by Efstathios Banakas (E. K. BANAKAS, *Civil Liability for Pure Economic Loss*. London, 1996).

³ So C. v. BAR & U. DROBNIG, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*. München, 2004, p. 119 and C. v. BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*. München, 1999, p. 31.

⁴ Two doctoral theses have been written so far about the subject of pure economic losses in Portugal: A. MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*. Coimbra, 2009 and, on liability for advice, recommendation or information, J. F. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra, 1989. There are other legal materials about the topic. See M. J. PESTANA DE VASCONCELOS, “Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual de danos patrimoniais puros no ordenamento jurídico português”, *Novas tendências da responsabilidade civil*. Coimbra, 2007, pp. 147-206; A. M. MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?* Coimbra, 2006; M. A. CARNEIRO DA FRADA & M. J. PESTANA DE VASCONCELOS, “Danos económicos puros: ilustração de uma problemática”. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano. Vol. II*. Coimbra, 2006, pp. 151-176 and M. FRANÇA GOUVEIA, “Cable cases e intervenção de terceiros - Ac. do STJ de 22.5.2003, proc. 892/03”. *Cadernos de Direito Privado*, 10, 2005, pp. 30-45.

⁵ Hereafter Port. CC.

Some authors, in the light of German legal terminology (“*reine Vermögensschäden*” or “*primäre Vermögensschäden*”), refer to “*danos patrimoniais puros/danos patrimoniais primários*”⁶, or “*danos puramente patrimoniais/danos meramente patrimoniais*”⁷. Others refer to “*danos económicos puros*”⁸ or, simply, “*danos económicos*”⁹. Some authors apparently use these different labels interchangeably¹⁰.

The legal scholarship which advocates the deviation from the German nomenclature is based on two different grounds. First, these scholars consider that this deviation reduces the likelihood of confusing “pure economic loss” with the possibility of assessing damages in monetary terms, usually identified with the adjective “*patrimonial*”¹¹. Second, they consider the expression “*danos económicos puros*” more descriptive, as well as closer to the designations which have been used in other legal systems¹². Finally, some of these authors argue that some pure economic losses arise from the infringement of credit rights (“*direitos de crédito*”); therefore, it would be senseless to speak of a “*património puro*”¹³.

Regardless of the diversity of labels that have been attributed to this legal matrix from the different sectors of the scholarship, these losses have been understood in most of the Civil Law systems to comprise of those of a patrimonial nature which are caused without antecedent harm to the claimant’s absolute rights¹⁴, the correlative of which is the so-called

⁶ Cf. M. J. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 147 et seq.; M. FRANÇA GOUVEIA, *ob. cit.*, p. 40; N. M. PINTO OLIVEIRA, *Direito das Obrigações. Vol. I*. Coimbra, 2005, p. 267 and J. D. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral. Vol. I*. Coimbra, 2000, p. 621.

⁷ See J. F. SINDE MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 187.

⁸ See M. A. CARNEIRO DA FRADA & M. J. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 155.

⁹ Vd. R. AMARAL CABRAL, “A tutela delitual do direito de crédito”. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*. Lisboa, 2001, p. 1028 and *passim*.

¹⁰ Cf. L. M. T. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações. Vol. I*. Coimbra, 2005, p. 276; A. MENEZES LEITÃO, “Os danos puramente económicos nos sistemas da *Common Law* – II...”, *ob. cit.*, p. 19 and IDEM, “Os danos puramente económicos nos sistemas da *Common Law* – I”, *ob. cit.*, p. 197.

¹¹ For a definition of “*património*” see A. PRATA, *Dicionário Jurídico*. Coimbra, 1992, p. 440.

¹² See M. A. CARNEIRO DA FRADA & M. J. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 155, n. 5.

¹³ See R. AMARAL CABRAL, *ob. cit.*, pp. 1028-1029, n. 7; M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*. Coimbra, 1994, p. 174 and J. F. SINDE MONTEIRO, *ob. cit.*, pp. 188-189.

¹⁴ So M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*. Coimbra, 2008, p. 562; M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra, 2007, p. 238 et seq.; M. J. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 149; M. A. CARNEIRO DA FRADA & M. J. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 155; M. FRANÇA GOUVEIA, *ob. cit.*, p. 40; J. D. ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 533; M. A. CARNEIRO DA FRADA, “Vinho novo em odres velhos? A responsabilidade civil das “operadoras de Internet” e a doutrina comum da imputação de danos”. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, 1999, p. 671; M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via” no Direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*. Coimbra, 1997, p. 37; M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Ibidem*, p. 174; J. F. SINDE MONTEIRO, *Ibidem*, p. 182 and pp. 187 et seq.; PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*. Coimbra, 1987, Comment 5 to Art. 483 (“*Princípio geral*”), p. 472; J. L. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações, Vol. I*, Coimbra, 1987, p. 416 and R. ALARCÃO, *Direito das Obrigações*. Coimbra, 1983, p. 242 and M. v. LILLIENSKIOLD, *Aktuelle Probleme des portugiesischen Delikts- und Schadensersatzrechts*, Bonn, 1975, p. 33. Menezes Cordeiro, however, considers that the expression “*direito de outrem*” in art. 483 Port. CC comprises exclusively of the subjective right *strictu sensu* (cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito*

“*obrigação passiva universal*” or “*dever geral de abstenção*”. This means that everyone must refrain from disturbing the exercise of such rights, or otherwise will be liable for the losses caused¹⁵.

This definition has been justified, first of all, with an historical argument, for that would have been the intention of the drafters of the Portuguese Civil Code in force at that time¹⁶.

Moreover, it is said that the systematic arrangement of art. 483 Port. CC¹⁷ in the chapter on tort law might easily lead to the conclusion that the legislator, in this article, would have wanted to refer exclusively to absolute rights. Finally, the scholars who set forth this definition consider that it corresponds to the theory, supported in several legal systems, which classifies wrongfulness (“*ilicitude*”) in two main groups, namely, the infringement of subjective rights (“*direitos subjectivos*”) and the violation of legal provisions intended to protect interests of others (“*disposições legais de protecção*”¹⁸).

This definition, also widely accepted in the German and Austrian legal systems, is not shared, however, by Scandinavian or Common Law scholars. Indeed, in Sweden, Finland, England and Ireland these losses are usually referred to as those which do not stem from damage to a thing or the physical integrity of a person (“consequential” loss¹⁹).

Civil Português, II: Direito das Obrigações, Tomo III: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil. Coimbra, 2010, pp. 445 et seq. and, particularly, p. 447).

¹⁵ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *Ibidem*, p. 91; C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra, 2005, p. 182.

¹⁶ Cf. A. P. S. VAZ SERRA, “Requisitos da responsabilidade civil”. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. ° 92. Lisboa, 1960, p. 112.

¹⁷ Article 483 Port. CC (“Liability in damages”) states: “1. Whoever, whether by wilful misconduct or by negligence, unlawfully infringes the rights of another person or any legal provision intended to safeguard the interests of others must compensate the injured party for damage arising from such violation (...)” (Art. 483 “Princípio geral”: “1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”).

¹⁸ Cf. J. F. SINDE MONTEIRO, *ob. cit.*, pp. 182-183. In these cases of pure economic loss, Sinde Monteiro argues that one is in presence of a *damnum sine injuria*. This means that, although one suffers damage (“*Schaden*”), no wrong (“*Unrecht*”) takes place, for the loss does not arise from an act qualified as contrary to the law. Cf. J. F. SINDE MONTEIRO, *ob. cit.*, pp. 189-190 and also R. AMARAL CABRAL, *ob. cit.*, p. 1029 and n. 9.

¹⁹ See L. TICHÝ, “Pure Economic Loss Compensation from the Czech Perspective”. *European Tort Law: Eastern and Western Perspectives*. Berne, 2007, p. 314; I. GLIHA, M. BARETIĆ & S. NIKSIC, “Pure Economic Loss in Croatian Law”. *European Tort Law: Eastern and Western Perspectives*. Berne, 2006, p. 249; A. M. MIRANDA BARBOSA, *Liberdade...*, *ob. cit.*, pp. 215-216; C. v. BAR & U. DROBNIG, *ob. cit.*, pp. 20-30; F. GÓMEZ POMAR, “Las fronteras del daño indemnizable: Recensión a «Pure Economic Loss» de Willem van Boom, Helmut Koziol y Christian Witting (eds.), Springer, Wien-New York, 2004”, Barcelona, 2004 (http://www.indret.com/pdf/236_es.pdf, last visited: 01.04.2011), p. 3; C. WITTING, “Compensation for Pure Economic Loss from a Common Lawyer’s Perspective”. *Pure Economic Loss: Tort and Insurance Law* 9. Wien, 2004, p. 103; F. GÓMEZ POMAR & J. A. RUIZ GARCIA, “The Plural...”, *ob. cit.*, p. 3; B. FELDTHUSEN, *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss*. Ontario, 2000, p. 1; C. v. BAR, *Gemeineuropäisches...*, *ob. cit.*, p. 31 and G. DARI-MATTIACCI, *ob. cit.*, p. 167.

I may thus conclude that, within the legal systems which recognise the legal category of pure economic losses, there is no unanimity in definition²⁰. However, and due to the diversity of losses which this category comprises, legal scholars have been classifying it into different categories.

One of the classifications which has been receiving the greatest acceptance is the one set forth by Mauro Bussani and Vernon Valentine Palmer²¹. It classifies pure economic loss into four subtypes, namely: “ricochet loss”; “transferred loss”; “closure of public markets, transportation corridors and public infrastructures” and, finally, “reliance upon flawed data, advice or professional services”.

The ricochet loss occurs when physical damage is inflicted to a person’s person or property and this causes the impairment of someone else’s right. If B is a key player in A’s soccer team and C’s negligent driving leads to B’s death, A’s team lost revenue is a pure economic loss²².

A transferred loss takes place when physical damage is inflicted to a person’s person or property but a contract (or the law itself) between the one who suffers that loss and a third party *transfers* the loss to the latter²³. This is what happens in the so-called “cable cases” (“*Kabelbruchfälle*”), where a cable or pipeline is damaged. C is the employee of a company who, while carrying out works on a public road, recklessly cuts a cable belonging to the company B. The unexpected power failure causes the loss of two days of production and forces the company B to lay off workers hired on a daily basis. These workers suffer a transferred loss.

Contrary to the first two categories mentioned, in the case of closure of public markets, transportation corridors and public infrastructure, an economic loss arises without a prior injury to someone’s person or property. C, owner of a dairy farm, negligently allows a cow infected with a highly contagious disease to escape from her premises, which compels the government to close cattle and meat markets. As a result of this event, the remaining cattle breeders who have been unable to sell meet and the butchers, who have been unable to obtain it, suffer pure economic loss. This is the category of pure economic loss which

²⁰ So M. BUSSANI & V. V. PALMER, “Pure Economic Loss: The Ways...”, *ob. cit.*, p. 194; W. H. VAN BOOM, H. KOZIOL & C. WITTING, *ob. cit.*, p. 2; C. v. BAR & U. DROBNIG, *Ibidem*, pp. 29-30 and p. 119; M. BUSSANI & V. V. PALMER, “The Notion of Pure Economic Loss and its Setting”. *Pure Economic Loss in Europe*. Cambridge, 2003, p. 4 and, finally, L. TICHÝ, *Ibidem*, p. 314, who prefers to use the expression “pure economic interests”.

²¹ See M. BUSSANI & V. V. PALMER, “Pure Economic Loss: The Ways...”, *Ibidem*, pp. 200-204.

²² IDEM, *Ibidem*, pp. 200-201.

²³ IDEM, *Ibidem*, pp. 201-202.

entails the greatest risk of “liability in an indeterminate amount, for an indeterminate time, to an indeterminate class²⁴”, as Justice Cardozo very expressively put it²⁵.

Finally, one of the most important groups of pure economic loss is caused by those who provide erroneous information, advice or recommendation or recklessly render a professional service²⁶. B, an elderly man, asks C, his lawyer, to prepare a will in which he will leave 10.000 € to his niece A. C takes no action for six months, B dies intestate and thus A receives nothing. She suffers a pure economic loss.

2. The compensation of pure economic losses under Portuguese tort law

The issue of pure economic damage is directly related to the characteristics of each system of civil liability.

In Portugal, the compensation of losses under tort law is done through the imputation of the loss to a legal sphere other than that of the injured person. This imputation technically operates through the duty to compensate²⁷, which is an exception to the general principle *casum sentit dominus* (“the loss lies where it falls²⁸”), whereby the loss needs to be sustained by the legal sphere where it occurs²⁹. The imputation of a loss to a person other than the one who sustained it, exists only if certain conditions are met³⁰.

²⁴ This phrase of Justice Cardozo’s speech in the *Ultramares Corp v Touche NY Court of Appeals*, 1931, 174 N.E. 441 at 441 turned into the most famous illustration of the “floodgates argument”. See chapter 3 *infra*.

²⁵ Vd. M. BUSSANI & V. V. PALMER, “Pure Economic Loss: The Ways...”, *ob. cit.*, p. 203 and C. v. BAR & U. DROBNIG, *ob. cit.*, p. 122.

²⁶ For developments on the topic see, B. BÜTTNER, *Umfang und Grenzen der Dritthaftung von Experten: eine Rechtsvergleichende Untersuchung*. Tübingen, 2006; M. PLÖTNER, *Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung*. Berlin, 2003; J. SPIER, “The Tilburg Hypotheticals”. *The Limits of Expanding Liability. Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective*. The Hague: 1998, pp. 19-21; G. W. DECKU, *Zwischen Vertrag und Delikt: Grenzfälle vertraglicher und deliktischer Haftung, dargestellt am Beispiel der Berufs- und Expertenhaftung zum Schutze des Vermögens Dritter im deutschen und englischen Recht*. Frankfurt am Main, 1997; C. v. BAR, “Liability for Information and Opinions Causing Pure Economic Loss to Third Parties: a Comparison of English and German Case Law”. *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century*. Oxford, 1994, pp. 98-127; J. MERTZ, *Der Schutz primärer Vermögensinteressen im niederländischen und im deutschen Haftungsrecht: Expertenhaftung, Prospekthaftung, Beeinträchtigungen der Gebrauchsmöglichkeiten einer Sache, Unternehmensschutz*. Köln, 1994 and J. F. SINDE MONTEIRO, *ob. cit.*

²⁷ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, pp. 517-518; M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via”...*, *ob. cit.*, p. 15 and L. M. T. MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 50.

²⁸ Cf. *Chandler v Webster* [1904] 1 KB 493.

²⁹ Cf. M. A. CARNEIRO DA FRADA & M. J. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 152; L. M. T. MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 50 and H. E. HÖRSTER, *A parte geral do Direito Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra, 2004, p. 325.

³⁰ See M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 557 et seq.; M. A. CARNEIRO DA FRADA & M. J. PESTANA DE VASCONCELOS, *Ibidem*, p. 152; J. D. ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 525 et seq. and PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, Com. 3 to Art. 483, p. 471.

As provided in arts. 483 et seq., which refer to non-contractual civil liability, the imputation of a loss to an agent arises from the infringement of subjective rights³¹ or legal provisions intended to protect interests of others³².

Most Portuguese legal scholars argue that when the legislator refers to “right of others” (“*direito de outrem*”) in art. 483 Port. CC, he or she must have wanted to refer exclusively to absolute rights³³. To that extent, and assuming that pure economic losses, by definition, are those which do not stem from the infringement of an absolute right, their compensation lacks a legal ground under art. 483 Port. CC and can only be admitted restrictively³⁴. In fact, there is no legal right to the integrity of the property as such within the Portuguese Civil Code and, to that extent, it failed to provide a general answer to the problem of compensation for pure economic loss³⁵.

According to a sector of Portuguese scholarship, the confirmation that pure economic losses can only be compensated under exceptional circumstances is contained within art. 485, para. 1 Port. CC³⁶, which states that the losses resulting from giving of advice, recommendations or information are not compensated, even if the one who provided these acted recklessly.

3. The “floodgates argument” and other reasons for the non-recovery rule

Several reasons have been cited to justify why pure economic losses should not be compensated under tort law³⁷.

Some scholars set forth an axiological argument. They consider that one should assign a lower value or importance to the legal interests involved in situations where purely

³¹ Cf. J. F. SINDE MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 181 and M. v. LILLIENSKIOLD, *ob. cit.*, pp. 31-32.

³² See M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 562 et seq.; M. A. CARNEIRO DA FRADA & M. J. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 152; J. D. ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 533 et seq. and PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, Com. 5 to Art. 483, pp. 472-474.

³³ Cf. fn. 14 *supra*.

³⁴ See M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*, *ob. cit.*, p. 238 et seq.; M. J. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 150-151; M. A. CARNEIRO DA FRADA & M. J. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 156; A. M. MIRANDA BARBOSA, *ob. cit.*, p. 221 et seq. and *passim*; M. L. DOS SANTOS SILVA, “Cour de cassation...”, *ob. cit.*, pp. 832-833; R. AMARAL CABRAL, *ob. cit.*, p. 1029; M. A. CARNEIRO DA FRADA, “Vinho novo...”, *ob. cit.*, p. 671; IDEM, *Uma “terceira via”...*, *ob. cit.*, pp. 37-38 and J. F. SINDE MONTEIRO, *Ibidem*, p. 193 et seq.

³⁵ See M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*, *Ibidem*, p. 240; A. M. MIRANDA BARBOSA, *Ibidem*, p. 229; J. D. ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 621 and J. F. SINDE MONTEIRO, *Ibidem*, p. 190.

³⁶ Cf. M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*, *Ibidem*, p. 241, n. 204.

³⁷ The scholarship argues that non-recovery of this type of losses has not been an “historical accident” but on the contrary, a prudent legislative choice (IDEM, *Ibidem*, p. 240 and n. 201. Cf. also, A. S. ABRANTES GERALDES, *Temas da responsabilidade civil. Vol. II*. Coimbra, 2005, p. 21, M. FRANÇA GOUVEIA, *ob. cit.*, p. 40 and M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato...*, *ob. cit.*, p. 176).

economic interests are affected, as opposed to the legal interests at stake whenever absolute rights, such as personal rights, are infringed³⁸.

Particularly relevant are pragmatic arguments, according to which the non-recovery rule is aimed at safeguarding the position of the defendant and the administration of justice. As far as the first of these arguments is concerned, one fears that an unlimited liability for pure economic losses paralyses the economic investment initiative of the defendant³⁹. As far as the administration of justice is concerned, it is said that allowing the compensation for economic losses as a general rule would lead to an exponential increase in legal actions which, in turn, would lead to a chaos in the judicial system⁴⁰.

4. The admissible derogations to the non-recovery rule

However, most legal scholars support the liability for pure economic losses in specific circumstances⁴¹, namely, in case of the violation of a legal provision intended to protect purely economic interests (art. 483, para. 1, 1.st part Port. CC) and in case a specific rule which provides such liability (e.g., arts. 484, 485, para 2. and 495 Port. CC) is infringed.

It is also widely accepted that pure economic interests shall be compensated for ethical-legal reasons⁴². The lack of protection of these interests by art. 483, para. 1 Port. CC is, according to some scholars⁴³ adequately remedied by art. 334 Port. CC⁴⁴, which establishes the general prohibition of exploitation (“*abuso do direito*”)⁴⁵. Sinde Monteiro argues that the notion of “rights” in art. 334 Port. CC should be interpreted extensively, for this

³⁸ Cf. CARVALHO, 1981, p. 31. *Apud* A. M. MIRANDA BARBOSA, *Ibidem*, p. 223, n. 384.

³⁹ So M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*, *ob. cit.*, p. 242; M. J. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 174-175; A. M. MIRANDA BARBOSA, *ob. cit.*, pp. 231-232 and M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via”...*, *ob. cit.*, p. 39.

⁴⁰ Vd. M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*, *Ibidem*, p. 245 and A. M. MIRANDA BARBOSA, *Ibidem*, p. 232.

⁴¹ Vd. M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Ibidem*, p. 248 et seq.; M. A. CARNEIRO DA FRADA & M. J. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 156; M. L. DOS SANTOS SILVA, “Cour de cassation...”, *ob. cit.*, p. 833 et seq. and M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via”...*, *ob. cit.*, p. 40 et seq.

⁴² See M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*, *Ibidem*, pp. 249-250.

⁴³ See M. J. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 193; J. D. ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 544; M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via”...*, *Ibidem*, p. 50 and J. F. SINDE MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 535 et seq. and p. 545 et seq.

⁴⁴ Art. 334 Port. CC (“Exploitation”) states: “The holder of a right will act wrongfully if he or she clearly exceeds the limits set by good faith, *bonos mores* or the social or economic aim of that right” (Art. 334, “*Abuso do direito*”: “1. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”).

⁴⁵ See further M. L. DOS SANTOS SILVA, “Cour de cassation, Comm., pourvoi No. 03-19370 du 5 avril 2005: Schadenersatzanspruch des einfachen Lizenznehmers für entgangenen Gewinn gegenüber einem nicht vertraglich verbundenen Konkurrenten. *European Review of Private Law*, 14, 5/6, 2006, pp. 834 et seq.

article would be the only available norm to "cast with the stain of wrongfulness conducts (...) which are not integrated in the exercise of a subjective right *strictu sensu*"⁴⁶."

However, the use of this rule for the purpose of allowing pure economic loss claims is controversial, as it does not consist, in itself, a rule of civil liability⁴⁷. Hörster maintains that art. 334 Port. CC should be used only to prevent the abusive exercise of subjective rights, and not as legal basis of a duty to compensate pure economic losses⁴⁸. Other authors highlight the practical difficulties one faces when applying this provision; it requires an intentional conduct ("*dolo*") and the abusive exercise of a right or other comparable legal position and that does not happen when the conduct simply breaches the boundaries of the general freedom of action⁴⁹.

To this extent, Carneiro Frada believes that there is a clear normative gap in law of civil liability, and that one should recognise an unwritten rule, intended to safeguard the required ethical minimum in law. This norm should generally proscribe the harmful conduct contrary to good morals, regardless of whether exploitation was present⁵⁰.

The gaps in the protection of pure economic loss in tort law and the growing importance that has been accorded to these new legal matrixes leads a minority to speak of a "middle way" of civil liability. This *tertium genus* of liability - which tends to be associated with liability for reliance ("*responsabilidade pela confiança*")⁵¹ - is associated with specific duties arising from the general duty of good faith in contracts⁵². In this type of liability legal matrixes such as *culpa in contrahendo* (art. 227 Port. CC), the breach of lateral obligations of the contract, the breach of credit rights ("*direitos de crédito*") by a third

⁴⁶ Cf. F. J. SINDE MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 547, n. 325: "(...) *cunhar com a mácula da ilicitude comportamentos (...) que não se integrem no exercício de um direito subjectivo strictu sensu*".

⁴⁷ Cf. M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*, *ob. cit.*, p. 164, n. 121; M. J. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 192 and A. M. MIRANDA BARBOSA, *ob. cit.*, p. 298.

⁴⁸ Cf. H. E. HÖRSTER, *ob. cit.*, p. 288.

⁴⁹ See M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*, *ob. cit.*, pp. 164-165, n. 121 and M. J. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 198.

⁵⁰ See M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Ibidem*, p. 168, n. 121 and IDEM, *Uma "terceira via"...*, *ob. cit.*, p. 63.

⁵¹ So P. MOTA PINTO & A. PINTO MONTEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2005, p. 138. For liability for reliance see further M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*, *Ibidem*, and IDEM, "A responsabilidade pela confiança nos 35 Anos do Código Civil: balanço e perspectivas". *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Vol. III*. Coimbra, 2007.

⁵² See, instead of many, M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma "terceira via"...*, *Ibidem*. See also IDEM, *Teoria da confiança...*, *Ibidem*, *passim* and M. A. CARNEIRO DA FRADA & M. J. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 158.

person and the contract with protective effect for a third party (“*contrato com eficácia de protecção para terceiro*”) can be found⁵³.

Final Thoughts

As Carneiro da Frada argues⁵⁴, the insubstantial protection provided by Portuguese tort law to pure economic interests is due to the urgency of finding a balance between the need to protect the victims from harm and the need to safeguard the freedom of action of subjects.

The liability requirements in art. 483 Port. CC⁵⁵ exclude pure economic loss from compensation, for these are characterised as not requiring an infringement of a subjective right with *erga omnes* protection. The Portuguese law of obligations, in the light of the position which has been advocated in many other jurisdictions, does not allow compensation for pure economic loss as a rule, but only allows it in exceptional circumstances.

However, and given the fundamental importance of pure economic interests in modern times, I consider the acceptance that these interests might lead to a duty to compensate in particular, pre-defined situations to be of paramount importance in order to safeguard the principles of certainty and legal security of individuals while still assuring the fluidity of financial dynamics.

To this end, it is essential to adopt a taxonomy of pure economic loss, which will allow the interpreters of the law to be sure about which are the losses that can be compensated. This way, and making use of a "legal filter", as suggested by Christian v. Bar⁵⁶, one would be able to safeguard the situations where considerations of material justice demand the admissibility of a claim for such losses.

The vigorous awakening of Portuguese scholars to the importance of this problem and the scholarship that academic groups for the harmonization of European Private Law have

⁵³ So P. MOTA PINTO & A. PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 138. On the subject, see, M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, pp. 540-541; M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade civil: O método do caso*. Coimbra, 2006, pp. 62-63; L. M. T. MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 331 et seq.; M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato...*, *ob. cit.*, pp. 27-28 and *passim* and J. F. SINDE MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 509 et seq. and *passim*.

⁵⁴ So M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*, *ob. cit.*, p. 247 and *passim*.

⁵⁵ Namely: a human action or omission (“*acto*” or “*omissão*”), wrongfulness (“*ilicitude*”), fault (“*culpa*”), damage (“*dano*”) and causation (“*nexo de causalidade*”). For further developments see F. S. L. PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra, 1985. See also A. MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, pp. 429-550 and M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, pp. 557-606.

⁵⁶ Cf. C. v. BAR, *Gemeineuropäisches...*, *ob. cit.*, 1999, pp. 30-31.

been developing⁵⁷ are crucial elements for understanding and assessing the question of pure economic losses, which promises to continue to reveal itself as a complex, interdisciplinary and relevant issue.

⁵⁷ In the Principles of European Tort Law drafted by the European Group on Tort Law (formerly also called “Tilburg Group”), Art. 2:102 (“Protected interests”) states: “(...) 3. Extensive protection is granted to property rights, including those in intangible property. 4. Protection of pure economic interests or contractual relationships may be more limited in scope. In such cases, due regard must be had especially to the proximity between the actor and the endangered person, or to the fact that the actor is aware of the fact that he will cause damage even though his interests are necessarily valued lower than those of the victim.” In the Principles of European Law drafted by the Study Group on a European Civil Code, directed by Christian v. Bar and based in Osnabrueck, Germany (C. v. BAR ed., *Principles of European Law: Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another, PEL Liab. Dam.*). Munich, 2009), no direct reference to “pure economic loss” is to be found in the model rules, which refer instead to the concept of “legally relevant damage”. However, pure economic losses are expressly referred to and implied in numerous comments and notes to the model rules. Cf. Introduction, Chapter 1 (Com. B 13, pp. 233-234, Com. C 17, pp. 235-236 and Com. D 29, pp. 239-240); Art. 2:205 (“Loss upon breach of confidence”), Com. C 9, p. 469; Art. 2:208 (“Loss upon unlawful impairment of business”), Com. A 1, p. 520, A 3, pp. 520-521, Note 6 (Germany), pp. 525-526 and Note 9 (Portugal), p. 527; Art. 2:210 (“Loss upon fraudulent misrepresentation”), Com. A4, p. 539; Art. 2:211 (“Loss upon inducement of non-performance of obligation”), Com. A 4, p. 547; Art. 2:211 (“Loss upon inducement of non performance of obligation”), Com. A 4, p. 547 and Note 12 (Nordic countries), pp. 554-555 and Art 4:101 (“General rule”), Com. A 9, p. 750. Moreover, Art. 2:204 (“Loss upon communication of incorrect information about another”) and Art. 2:207 (“Loss upon reliance on incorrect advice or information”) focus on liability for information which is traditionally approached as one of the types of pure economic loss. For references on the topic see fn. 26 *supra*.

Schiedsvereinbarungen und Verbraucherschutz im Licht der Rechtsprechung von EuGH und OGH

von

Friederike Schäfer, Wien

1. Einleitung

Unter diesem relativ weit gefassten Titel Schiedsvereinbarungen und Verbraucherschutz will sich dieser Beitrag weniger mit spezifischen Regeln für Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern auseinandersetzen, wie sie beispielsweise § 617 öZPO enthält, sondern vielmehr das allgemeine Verhältnis von Schiedsverfahren, welche im Gemeinschaftsrecht ja nicht geregelt sind,¹ und dem Durchsetzungsanspruch des Gemeinschaftsrechts untersuchen, welches bei der Überprüfung von Schiedssprüchen durch staatliche Gerichte immer wieder relevant wird.

Nach zwei EuGH Entscheidungen zur Überprüfung von Schiedssprüchen², die auf Grundlage einer Schiedsvereinbarung mit einem Verbraucher ergangen sind, durch staatliche Gerichte, herrschte teilweise Verunsicherung hinsichtlich Reichweite und Auswirkungen einer solchen Überprüfung. Mancher befürchtete den Verlust der durch die besonderen Schiedsverfahrensvorschriften³ gewährten Rechtssicherheit und eine *revision au fonds* eines jeden Schiedsspruchs, der von staatlichen Gerichten überprüft wird.

Ob solche Befürchtungen tatsächlich begründet sind, möchte dieser Beitrag im Folgenden untersuchen. Dazu werden zunächst die Entscheidungen des EuGH zu *Asturcom* und *Mostaza Claro*⁴ vorgestellt und analysiert. Sodann wird eine Entscheidung des österreichischen OGH zu einer ähnlich gelagerten Problematik vorgestellt und im Licht der EuGH Rechtsprechung untersucht.

¹ *Jordans*, Anmerkung zu EuGH Rs. C-168/05 – *Elisa Maria Mostaza Claro gegen Centro Móvil Milenium SL*, GPR 2007, 48.

² EuGH, Urt. v. 06.10.2009, Rs. C-40/08 – *Asturcom Telecomunicaciones SL gegen Cristina Rodríguez Noguiera* ("Asturcom"); EuGH, Urt. v. 26.10.2006, Rs. C-168/05 – *Elisa María Mostaza Claro gegen Centro Móvil Milenium SL* ("Mostaza Claro").

³ Hier ist beispielsweise die Präklusion bestimmter Einwendungen zur Unzuständigkeit des Schiedsgerichts gemeint, die eintritt, wenn die jeweilige Einwendung nicht rechtzeitig im Schiedsverfahren vorgebracht wird (§ 592 Abs 2 S 1 öZPO; § 1040 Abs 2 S 1 dZPO).

⁴ EuGH a.a.O. (*Asturcom*, s. Fn. 2.).

2. Entscheidung des EuGH zu Asturcom

In diesem Vorabentscheidungsersuchen hatte der EuGH eine Vorlagefrage eines spanischen Vollstreckungsgerichts⁵ zu beantworten. Dem Ausgangsverfahren lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Frau Rodriguez Nogueira und Asturcom schlossen einen Mobiltelefonvertrag, der eine Schiedsklausel enthielt. Diese Schiedsklausel unterwarf Streitigkeiten aus dem Vertrag dem Europäischen Verband für Schieds- und Billigkeitsentscheidungen (Asociacion Europea de Arbitraje - "AEADE"). Laut Urteil war "Sitz dieses Schiedsgerichts, der im Vertrag nicht angegeben war" in Bilbao. Aus dieser Schilderung geht nicht hervor, warum als Schiedsort Bilbao gewählt wurde. Nachdem Frau Rodriguez Rechnungen nicht bezahlt und den Vertrag vor Ablauf der Mindestlaufzeit gekündigt hatte, leitete Asturcom ein Schiedsverfahren beim AEADE ein. Frau Rodriguez beteiligte sich nicht im Schiedsverfahren. Es erging ein Schiedsspruch, der Frau Rodriguez zur Zahlung eines Betrags von ca. EUR 670 verpflichtet. Frau Rodriguez stellte keinen Aufhebungsantrag gegen diesen Schiedsspruch. Ca. 2 Jahre später stellte Asturcom beim vorlegenden Gericht einen Antrag auf Zwangsvollstreckung aus dem Schiedsspruch.

Das vorliegende Gericht hielt die Schiedsklausel für missbräuchlich, weil schon die Reisekosten des Verbrauchers zum Schiedsort höher gewesen seien als die Hauptforderung. Auch habe sich der Sitz des Schiedsgerichts in erheblicher Entfernung vom Wohnsitz des Verbrauchers befunden und sei im Vertrag nicht angegeben gewesen. Als letztes Argument führt das vorliegende Gericht an: "Schließlich arbeite diese Einrichtung die Verträge selbst aus, die sodann von den Telekommunikationsunternehmen verwendet würden." Allerdings ist nicht klar, ob mit Verträge die Mobiltelefonverträge gemeint sind oder die Schiedsvereinbarungen. Dass die AEADE Mobiltelefonverträge ausarbeitet ist unwahrscheinlich, dass sie eine Musterschiedsklausel anbietet wäre für eine Schiedsorganisation selbstverständlich. Insofern ist dieses letzte Argument schwer nachvollziehbar.⁶

Vor diesem Hintergrund stellte das vorliegende Gericht die Frage, ob sich aus dem Verbraucherschutz gemäß der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05. April 1993 über missbräuchliche Klausel in Verbraucherverträgen ("**Klauselrichtlinie**" oder "**Richtlinie 93/13/EWG**") ergeben könne, dass das Gericht, welches über einen Antrag auf Zwangsvollstreckung aus einem in Abwesenheit des Verbrauchers ergangenen rechtskräftigen Schiedsspruch zu entscheiden hat, die Frage der Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung von Amts wegen prüft und in der Folge den Schiedsspruch aufhebt, weil die Schiedsvereinba-

⁵ Juzgado de Primera Instancia Nr. 4 de Bilbao, Entscheidung vom 29.01.2008.

⁶ So auch *Hilbig*, Absoluter Verbraucherschutz bei unzulässigen AGB-Schiedsvereinbarungen? *SchiedsVZ* 2010, 74 (76).

nung seiner Auffassung nach eine missbräuchliche Schiedsklausel zum Nachteil des Verbrauchers enthält.

Die Antwort des EuGH auf diese Frage lautet: ja. Die Richtlinie sei dahin auszulegen, dass ein nationales Gericht, bei dem ein Antrag auf Zwangsvollstreckung aus einem in Abwesenheit des Verbrauchers ergangenen rechtskräftigen Schiedsspruch anhängig ist, verpflichtet ist, die Missbräuchlichkeit der Schiedsklausel von Amts wegen zu prüfen, sobald es über die hierzu erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen verfügt, wenn es nach den Bestimmungen seines nationalen Verfahrensrechts eine solche Beurteilung im Rahmen vergleichbarer Anträge nationaler Art vornehmen kann. Ist dies der Fall, obliegt es dem Gericht, alle Konsequenzen zu ziehen, die sich daraus nach nationalem Recht ergeben, um sich zu vergewissern, dass diese Klausel für den Verbraucher unverbindlich ist.⁷

3. Die Entscheidung des EuGH zu Mostaza Claro

Bereits in einer früheren Entscheidung hat der EuGH klargestellt, dass im Aufhebungsverfahren die Missbräuchlichkeit der Schiedsklausel zu prüfen ist, auch wenn sie im Schiedsverfahren nicht eingewendet wurde.

Auch in dieser Sache ging es um einen spanischen Mobiltelefonvertrag, in dem eine Schiedsklausel enthalten war. Aufgrund dieser Schiedsklausel wurde ein Schiedsverfahren durchgeführt, in dem sich die Verbraucherin, Frau Mostaza Claro, beteiligte, ohne sich aber auf die Ungültigkeit der Schiedsklausel zu berufen. Frau Mostaza Claro strengte dann eine Aufhebungsklage gegen den Schiedsspruch an. Das damit befasste Gericht legte die Frage dem EuGH vor, ob die Nichtigkeit der Schiedsklausel im Aufhebungsverfahren noch zu berücksichtigen sei.

Der EuGH antwortete auf die Vorlagefrage, dass die Klauselrichtlinie dahin auszulegen sei, dass ein nationales Gericht, das über eine Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruchs zu entscheiden hat, die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung prüft und den Schiedsspruch aufhebt, wenn die Schiedsvereinbarung eine missbräuchliche Klausel zu Lasten des Verbrauchers enthält, auch wenn der Verbraucher diese Nichtigkeit nicht im Schiedsverfahren, sondern erst im Verfahren der Aufhebungsklagen eingewandt hat.

⁷ EuGH a.a.O. (Asturcom, s. Fn 2) Rn. 59.

4. Analyse

Auf den ersten Blick kann man festhalten, dass der EuGH in Asturcom also einen Schritt weiter geht als in Mostaza Claro: In Asturcom ist der Schiedsspruch bereits in Rechtskraft erwachsen und die Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung wird im Vollstreckungsverfahren gar nicht vorgebracht. Besonders dieser Umstand ist geeignet, Befürchtungen zu schüren, dass im Schiedsverfahren nach dieser Entscheidung vor dem Stadium der Vollstreckung – zumindest im räumlichen Anwendungsbereich von Gemeinschaftssekundärrecht – keine Rechtssicherheit erlangt werden kann.

Ob solche Befürchtungen allerdings tatsächlich gerechtfertigt sind, kann nur eine eingehende Betrachtung der Entscheidungen zeigen.

1. Zunächst bestätigt der EuGH in Asturcom, dass Art 6 Abs 1 der Richtlinie 93/13 Teil des *ordre public communautaire* ist.⁸ Dies ist nach Mostaza Claro keine große Überraschung, bedeutet aber auch nicht, dass jeder Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht als *ordre public* Verstoß überprüfbar ist. Denn die Herleitung des *ordre public* Charakters der Vorschrift wäre wohl so nicht nötig gewesen, wenn gemeinschaftsrechtliche oder auch nur verbraucherschutzrechtliche Bestimmungen per se unter den *ordre public communautaire* fielen.

2. Weiter ist die Missbräuchlichkeit der Klausel selbst zu betrachten: Wann ist eine Schiedsklausel eine **missbräuchliche Klausel**?

Vorab ist festzuhalten, dass die Frage, ob eine Klausel missbräuchlich ist, jedenfalls vom nationalen Gericht, nicht vom EuGH (Freiburger Kommunalbauten), festzustellen ist.⁹

Im Verfahren Asturcom hat das spanische Gericht die Schiedsvereinbarung für missbräuchlich gehalten, weil der Schiedsort, hier Bilbao, nicht in der Klausel genannt und der Schiedsort zu weit vom Sitz des Verbrauchers entfernt war. Die Reisekosten hätten hier wohl sogar den Gegenstandswert überschritten. Der weiter vom spanischen Gericht angeführte Grund, dass die Klausel missbräuchlich sei, weil die AEADE die Verträge ausarbeite ist, wie oben erwähnt, schwer nachvollziehbar.

In Österreich wäre die Vereinbarung des Schiedsortes an § 14 Konsumentenschutzgesetz ("KSchG") zu messen, der im Schiedsverfahren analog angewendet wird:¹⁰ für den

⁸ EuGH a.a.O. (Asturcom, s. Fn. 2), Rn. 51 f. In der deutschen Fassung ist die Rede von zwingendem Charakter, ein Vergleich mit anderen Sprachfassungen zeigt aber, dass der *ordre public* gemeint ist, s. dazu Hilbig, a.a.O. (s. Fn. 6).

⁹ EuGH Rs. C-237/02 v. 01.04.2004 – Freiburger Kommunalbauten.

Verbraucher kann nur die Zuständigkeit des Gerichts begründet werden, in dessen Sprengel der Wohnsitz, der gewöhnliche Aufenthalt oder der Ort der Beschäftigung liegt. Ein weiterer Grund für die Missbräuchlichkeit könnte in Österreich der Umstand sein, dass die Schiedsklausel nicht ausgehandelt wurde: § 6 Abs 2 Nr. 7 KSchG: Sofern der Unternehmer nicht beweist, dass sie im einzelnen ausgehandelt worden sind, sind Vertragsbestimmungen für den Verbraucher nicht verbindlich, nach denen ein Rechtsstreit zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher durch einen oder mehrere Schiedsrichter entschieden werden soll. Man könnte sich auch vorstellen, dass Festlegungen zum Verfahren in der Schiedsklausel diese unter Umständen missbräuchlich machen. Darüber könnte man beispielsweise nachdenken, wenn in der Schiedsklausel ein fast track Verfahren mit kürzeren Schriftsatz- und Ausschlussfristen vorgesehen wäre.

In *Asturcom* jedenfalls scheint die fehlende Vereinbarung des Schiedsorts in der Schiedsvereinbarung und die Festlegung des weit entfernten Schiedsorts maßgeblich zu sein.

3. Als dritter Punkt ist zu fragen: Wann muss die Missbräuchlichkeit vom Gericht geprüft werden?

Grundsätzlich sind laut EuGH die Verfahrensmodalitäten, die den Schutz der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung eines jeden Mitgliedsstaats.¹¹ Das heißt, es herrscht grundsätzlich Verfahrensautonomie. Nach dem Äquivalenzgrundsatz dürfen die Rechte bzw. Verfahrensvorschriften, die dem Bürger zu seinem Schutz aus dem Gemeinschaftsrecht verhelfen, jedoch nicht ungünstiger sein als diejenigen, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regeln und aufgrund des Effektivitätsprinzips dürfen sie die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.¹²

In concreto geht aus *Mostaza Claro* hervor, dass die Missbräuchlichkeit jedenfalls im Aufhebungsverfahren zu prüfen ist, auch wenn sie im Schiedsverfahren nicht eingewendet wurde. Das UNCITRAL Model Law, Vorbild für die schiedsrechtlichen Regelungen in Deutschland und Österreich, enthält als Aufhebungsgründe in Art 34 unter anderem die Unfähigkeit, eine Schiedsklausel abzuschließen, die Unwirksamkeit der Schiedsklausel, Überschreitung der Schiedsklausel, fehlende Schiedsfähigkeit des Streitgegenstands oder

¹⁰ OGH 22.07.2009, 3 Ob 144/09m; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, Kommentar zur ZPO³, § 617 Rn. 1

¹¹ EuGH a.a.O. (*Asturcom*, s. Fn. 2) Rn. 38.

¹² EuGH a.a.O. (*Mostaza Claro*, s. Fn. 2).

Verstoß gegen den *ordre public*. § 1059d ZPO und § 611 öZPO sind Art 34 UNCITRAL Model Law nachgebildet und enthalten die entsprechenden Aufhebungsgründe.

Der Aufhebungsgrund der Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung kommt wohl meistens nicht in Frage im Zusammenhang mit der Missbräuchlichkeit, weil die Ungültigkeit nach nationalen Regelungen meist vor dem Vortrag zur Sache gerügt werden muss, um berücksichtigt zu werden. § 592 Abs 2 S 1 öZPO bestimmt, dass die Einrede der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts spätestens mit dem ersten Vorbringen zur Sache zu erheben ist; § 1040 Abs 2 S 1 dZPO hält fest, dass die Rüge der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts spätestens mit der Klagebeantwortung vorzubringen ist.

Die Frage, ob diese nationalen Vorschriften die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts unmöglich machen, muss in diesem Zusammenhang hier nicht beantwortet werden. Denn auch der Aufhebungsgrund des Verstoßes gegen den *ordre public* kann hier herangezogen werden.

Denn der EuGH hält in *Asturcom* fest, dass Art 6 der Richtlinie 93/13 als eine Norm zu betrachten ist, die den nationalen Bestimmungen, die im nationalen Recht zwingend sind, gleichwertig ist. Hier ist zwar die Rede von zwingenden Vorschriften, ein Blick in die anderen Sprachfassungen des Urteils zeigt aber, dass der *ordre public* gemeint ist.¹³ Das ergibt sich auch unter Berücksichtigung der *Mostaza Claro* Entscheidung, in welcher der EuGH auch auf den *ordre public* abstellt.

Muss ein nationales Gericht aber auch nach Verstreichen der Ausschlussfrist für die Geltendmachung von Aufhebungsgründen – 3 Monate ab Zustellung des Schiedsspruchs gem. § 611 Abs 4 öZPO und § 1059 Abs 3 dZPO – den Verstoß gegen den *ordre public* prüfen?

Von *Asturcom* ausgehend hängt dies vom Rahmen des nationalen Prozessrechts ab (soweit dieses dem Effektivitätsgrundsatz entspricht). Der EuGH verpflichtet in *Asturcom* die nationalen Gerichte zur Prüfung der Missbräuchlichkeit, sobald sie über die hierzu erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen verfügen, wenn sie nach den Bestimmungen des nationalen Verfahrensrechts eine solche Beurteilung im Rahmen vergleichbarer Anträge nationaler Art vornehmen können. Der Unterschied zwischen der Voraussetzung, dass das Gericht über die erforderlichen rechtlichen Grundlagen verfügen muss und der Bedingung, dass es nach den Bestimmungen des nationalen Verfahrensrechts eine solche Beurteilung im Rahmen vergleichbarer nationaler Anträge vornehmen könnte,

¹³ *Hilbig*, a.a.O. (s. Fn. 6).

ist nicht ganz klar. Jedenfalls muss das nationale Verfahrensrecht dem Gericht die Möglichkeit bieten, einen *ordre public* Verstoß zu prüfen.

Dies ist nach den Ausführungen des EuGH im spanischen Vollstreckungsverfahren wohl möglich. In der deutschen Zwangsvollstreckung wäre es wohl nicht möglich, allerdings im Verfahren über die Vollstreckbarerklärung nach § 1060 dZPO.¹⁴ Danach ist der Antrag auf Vollstreckbarerklärung eines inländischen Schiedsspruchs unter Aufhebung des Schiedsspruchs abzulehnen, wenn einer der in § 1059 Abs 2 dZPO bezeichneten Aufhebungsgründe vorliegt. Die Aufhebungsgründe des § 1059 Abs 2 Nr. 1 dZPO sind dann nicht zu berücksichtigen, wenn die dreimonatige Ausschlussfrist verstrichen ist. Die Aufhebungsgründe des § 1059 Abs 2 Nr. 2 dZPO, also auch der *ordre public* Verstoß, sind aber jedenfalls zu berücksichtigen. Die Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche richtet sich nach § 1061 Abs 1 dZPO und dem New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche ("NYÜ"). Demnach kann gemäß Art V Abs 2 lit b NYÜ auch im Verfahren über die Vollstreckbarerklärung der *ordre public* Verstoß geprüft werden.

In Österreich richtet sich die Vollstreckung inländischer Schiedssprüche nach den allgemeinen Regelungen der Exekutionsordnung. Es bedarf keiner Vollstreckbarerklärung, das Schiedsgericht selbst bestätigt die Vollstreckbarkeit. Dies ist auch vor Ablauf der dreimonatigen Ausschlussfrist für eine Aufhebungsklage möglich. Im Exekutionsverfahren kann der *ordre public* Verstoß nicht vom Exekutionsgericht geprüft werden. Dies muss im Aufhebungsverfahren geschehen.

Die Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche ist in § 614 öZPO geregelt, der auf die Vorschriften der EO verweist, soweit nicht Völkerrecht etwas anderes bestimmt. Das heißt, in der Regel werden die Versagungsgründe des NYÜ oder die des Europäischen Übereinkommens über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21.04.1961 ("EÜ") maßgeblich sein. Nach Art V Abs 2 lit b NYÜ kann dann auch im Verfahren über die Vollstreckbarerklärung der *ordre public* Verstoß von Amts wegen geprüft werden (auch wenn eine Ausschlussfrist für eine Aufhebungsklage am Schiedsort abgelaufen wäre). Die Ungültigkeit der Schiedsklausel könnte nach Art V Abs 1 NYÜ nur auf Antrag einer Partei geprüft werden, die den Beweis erbringen muss, dass die Schiedsvereinbarung ungültig ist. Das EÜ kennt keinen *ordre public* Vorbehalt.¹⁵ Nach Art V EÜ kann die Einrede der Unzuständigkeit aufgrund einer unwirksamen Schiedsvereinbarung

¹⁴ S. dazu *Hilbig*, a.a.O. (s. Fn. 6).

¹⁵ S. Art. IX EÜ.

nicht mehr in einem Verfahren über die Vollstreckung geltend gemacht werden, wenn sie nicht im Schiedsverfahren erhoben wurde.

Allerdings enthält Art V EÜ den Vorbehalt, dass die Einrede der Unzuständigkeit nur dann nicht geltend gemacht werden kann "sofern es sich um Einreden handelt, die zu erheben den Parteien nach dem Recht überlassen ist, welches das mit der Hauptsache oder mit der Vollstreckung des Schiedsspruchs befasste staatliche Gericht nach seinen Kollisionsnormen anzuwenden hat." Dieser letzte Satz könnte wiederum als Einfallstor für eine amtswegige Prüfung der Missbräuchlichkeit der Schiedsklausel dienen, wenn man nämlich davon ausgeht, dass das anwendbare Gemeinschaftsrecht es den Parteien nicht freistellt, die Einrede zu erheben.

Im Ergebnis muss die Missbräuchlichkeit der Schiedsklausel im Sinne der Richtlinie 93/13 also immer geprüft werden, wenn das nationale Recht eine *ordre public* Prüfung zulässt. Im deutschen und österreichischen Recht bietet dafür das Verfahren über die Vollstreckbarerklärung bzw das Aufhebungsverfahren Gelegenheit, so dass dem Effektivitätsgrundsatz Genüge getan ist. Im Anwendungsbereich des EÜ gebietet es wohl der Effektivitätsgrundsatz die Missbräuchlichkeit im Rahmen der Ungültigkeit der Schiedsklausel zu prüfen und dabei davon auszugehen, dass es nach Gemeinschaftsrecht nicht den Parteien überlassen bleibt, diese Einrede zu erheben.

Nach dem Gesagten ist also die Frage, die der EuGH selbst aufgeworfen hat, nämlich ob das Vollstreckungsgericht zu einem absoluten Schutz des Verbrauchers verpflichtet ist, selbst wenn dieser keine Schritte zur Geltendmachung seiner Rechte unternommen hat, zu verneinen. Von einem absoluten Schutz hätte man wohl nur sprechen können, wenn der EuGH dem Antrag der Generalanwältin entsprochen hätte, der nämlich keinen Verweis auf nationales Verfahrensrecht enthält. Sie hat beantragt, auf die Vorlagefrage wie folgt zu antworten:

"Aus dem Verbraucherschutzziel der RL 93/13 ergibt sich, dass das Gericht, das über einen Antrag auf Zwangsvollstreckung aus einem in Abwesenheit des Verbrauchers ergangenen rechtskräftigen Schiedsspruch zu entscheiden hat, die Frage der Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung von Amts wegen zu prüfen und in der Folge den Schiedsspruch aufzuheben hat, wenn die Schiedsvereinbarung seiner Auffassung nach eine missbräuchliche Klausel zum Nachteil des Verbrauchers enthält."

5. OGH 22.07.2009, 3 Ob 144/09m

Vor diesem Hintergrund soll nun kurz auf die Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofs, die kurz vor der Asturcom Entscheidung des EuGH (nach den Anträgen der Generalanwältin) ergangen ist, eingegangen werden. Der OGH hatte sich mit dem Problem des Abschlusses einer Schiedsvereinbarung unter Beteiligung eines Verbrauchers bei der Entscheidung über einen außerordentlichen Revisionsrekurs gegen die Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs und gegen die Exekutionsbewilligung daraus zu befassen.

Ein dänisches Unternehmen hatte mit einer österreichischen GmbH, der "Drittverpflichteten", einen Franchisevertrag abgeschlossen, in dem eine Schiedsklausel enthalten war. Auf dieser Grundlage erging offensichtlich ein Schiedsspruch, den das Bezirksgericht Wels für vollstreckbar erklärte und die Exekution daraus bewilligte. Der Schiedsspruch verpflichtete auch zwei natürliche Personen ("Erst- und Zweitverpflichtete") die als Bürgen eine Beitrittserklärung zum Franchisevertrag abgegeben hatten.

Der Erst- und der Zweitverpflichtete erhoben gegen den Beschluss des BG Wels Rekurs, der vom Landesgericht Wels abgelehnt wurde. In diesem Verfahren machten beide geltend, sie seien Konsumenten und die Voraussetzungen für das Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung mit einem Unternehmer lägen nicht vor, woraus auch die Unvereinbarkeit des Verfahrens vor einem ausländischen Schiedsgericht mit den Grundwerten der österreichischen Rechtsordnung folge. Das Rekursgericht gab dem Rekurs nicht Folge, weil der Beweis nach Art V Abs 1 lit a NYÜ nicht erbracht sei, dass die beiden Verpflichteten nicht zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung fähig gewesen wären. Sie seien keine Konsumenten im Sinn des österreichischen sowie des EU-Rechts. Außerdem habe das Schiedsgericht entschieden, dass die Einwendungen gegen die Zuständigkeit des Schiedsgerichts verspätet, weil erst nach einem Vortrag zur Sache vorgebracht, worden seien.

Der OGH lehnte den außerordentlichen Revisionsrekurs als unzulässig ab und führte zu dem schiedsrechtlichen Problem Folgendes aus: Soweit die Verpflichteten den Versagungsgrund des Art V Abs 1 lit a bzw c NYÜ (ungültige Schiedsvereinbarung, Streitigkeit nicht von Schiedsklausel gedeckt) geltend machten, sei ihnen entgegenzuhalten, dass das Fehlen des Schiedsvertrags vor dem Schiedsgericht eingewendet werden müsse, rügelose Einlassung heile diesen Mangel gem. Art V des ebenfalls anwendbaren EÜ.

In diesem Zusammenhang spricht der OGH aus, dass die Frage, ob im Einzelfall zu Unrecht eine verspätete Einwendung vom Rekursgericht angenommen wurde, keine erhebliche Rechtsfrage sei. Vor dem Hintergrund des oben zu Art V EÜ Gesagten, könnte dies aber doch der Fall sein, nämlich wenn sich die Frage stellt, ob eine verspätete Einwendung deshalb unbeachtlich wäre, weil die Missbräuchlichkeit der Klausel von Amts wegen zu prüfen ist – also die Einrede zu erheben nach nationalem Recht nicht der Partei überlassen ist, wie in Art V EÜ vorausgesetzt.

Im Urteil weist der OGH den Einwand, dass der Schiedsspruch den *ordre public* verletze, weil die Schiedsvereinbarung mit Konsumenten geschlossen sei, zurück. Er stellt allerdings klar, dass ein Verstoß gegen konsumentenrechtliche Vorschriften grundsätzlich einen *ordre public* Verstoß begründen könne. Generell seien Streitigkeiten mit Verbrauchern aber schiedsfähig, eine Schiedsvereinbarung sei auch mit Konsumenten zulässig, wenn auch nur nach konkretem Aushandeln (§ 6 Abs 2 Nr. 7 KSchG). Der Einwand, es liege ein Verstoß gegen § 14 KSchG (der nur die Vereinbarung bestimmter Gerichtsstände zulässt und auf Schiedsverfahren analog angewendet wird), vor, sei durch die Einlassung vor dem Schiedsgericht entkräftet. Die Vereinbarung eines Schiedsgerichts an sich könne aber nicht gegen die Grundwertungen des österreichischen Rechts verstoßen. Dies bestätige der hier nicht anwendbare § 617 Abs 6 Z 1 ZPO, der sonst überflüssig wäre. Dass die Schiedsklausel nicht ausgehandelt worden wäre, brächten die Verpflichteten aber gar nicht vor. Damit hätten sie aber auch einen Verstoß gegen den *ordre public* nach Art V Abs 2 lit b NYÜ nicht hinreichend geltend gemacht.

Das heißt also, nach Ansicht des OGH wäre der Fall unter Umständen anders zu beurteilen gewesen, wenn die Verpflichteten vorgebracht hätten, dass die Schiedsklausel nicht ausgehandelt worden wäre. In diesem Fall, so kann man den OGH verstehen, hätte ein Verstoß gegen den *ordre public* geprüft werden müssen. Bemerkenswert ist außerdem, dass nach Ansicht des OGH ein Verstoß gegen § 14 KSchG offensichtlich durch Einlassung vor dem Schiedsgericht geheilt werden kann.

Wäre diese Entscheidung nach der EuGH Entscheidung *Asturcom* anders ausgefallen? Oder wäre die OGH Entscheidung auch nur unter Beachtung der Rechtsprechung des EuGH in *Mostaza Claro* anders ausgefallen?

Im Ergebnis wäre das deshalb nicht der Fall gewesen, weil, nach den Ausführungen des OGH zu urteilen, die Verpflichteten keine Verbraucher im Sinne der Richtlinie 93/13

waren, deren Anwendungsbereich also nicht eröffnet war.¹⁶ Dennoch ist die Begründung des OGH eine nähere Betrachtung vor dem Hintergrund der EuGH Rechtsprechung wert.

Zunächst hält der OGH fest, dass ein Verstoß gegen verbraucherschutzrechtliche Bestimmungen den *ordre public* verletzen kann. Sodann verweist er auf Art V Abs 2 lit a NYÜ, der allerdings die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstands betrifft. Dass Verbrauchersachen generell nicht schiedsfähig seien, hat nicht einmal der EuGH in Asturcom angeschnitten – auch wenn man vielleicht nicht ausschließen kann, dass der EuGH in bestimmten Konstellationen zu diesem Ergebnis gelangen könnte. Auch im Rahmen von § 617 öZPO wird die Schiedsfähigkeit diskutiert.¹⁷

Den vorgebrachten Einwand, die Schiedsvereinbarung verstoße gegen die eingeschränkte Möglichkeit der Schiedsortsvereinbarung gemäß § 14 KSchG weist der OGH zurück, weil er nicht rechtzeitig vor dem Schiedsgericht geltend gemacht wurde. Wenn es sich in dem zu entscheidenden Fall tatsächlich um Verbraucher im Sinne der Richtlinie 93/13 gehandelt hätte, wäre diese Argumentation schon vor dem Hintergrund der Mostaza Claro Entscheidung bedenklich. Wenn die Schiedsvereinbarung nämlich aufgrund der Vereinbarung des Schiedsorts missbräuchlich gewesen wäre, hätte das Erstgericht auch im Verfahren über die Vollstreckbarerklärung einen *ordre public* Verstoß prüfen müssen. Der OGH hätte gegebenenfalls zurückverweisen müssen, wenn er nicht selbst über die Missbräuchlichkeit hätte entscheiden können.

Auch der Hinweis des OGH, dass die Parteien einen Verstoß gegen den *ordre public* nach Art V Abs 2 lit a – gemeint ist wohl lit b NYÜ – nicht hinreichend geltend gemacht haben, weil sie nicht vorbrächten, dass die Klausel nicht ausgehandelt worden wäre, scheint fragwürdig. Denn gemäß Art V Abs 2 NYÜ ist gerade für die in diesem Absatz genannten Versagungsgründe nicht der Antrag und Beweis durch die Vollstreckungsgegner notwendig. Dies entspricht ja auch der österreichischen Regelung zu den Aufhebungsgründen, die eine amtswegige Prüfung des *ordre public* Verstoßes vorsehen.

Wenn natürlich keinerlei Hinweise auf eine Missbräuchlichkeit (wegen fehlenden Aushandelns) vorliegen, also die tatsächlichen Grundlagen fehlen, kann ein Gericht wohl auch keine entsprechende Prüfung vornehmen. Hier sagt der OGH aber eben nicht, dass es keine Anhaltspunkte gebe oder die Feststellung nicht getroffen werden konnte, sondern explizit, dass der *ordre public* Verstoß nicht hinreichend geltend gemacht wurde. Jedenfalls im

¹⁶ S. zum Verbraucherbegriff in Österreich die nach der hier besprochenen OGH-Entscheidung ergangene Entscheidung OGH, 24.06.2010, 6 Ob 105/10z.

¹⁷ Öhlberger, Zur (Nicht-)Anwendung schiedsrechtlicher Verbraucherschutznormen in ausländischen Schiedssprüchen, ÖJZ 2010/21.

Anwendungsbereich der Richtlinie 93/13 wäre das wohl nicht mit Asturcom vereinbar; der OGH hätte dann gegebenenfalls zurückverweisen müssen.

Nicht nur im Licht der EuGH Entscheidungen ist die Argumentation des OGH nicht ganz schlüssig. Entweder die Voraussetzung, dass Schiedsklauseln mit Verbrauchern ausgehandelt werden müssen, ist Teil des *ordre public*. Dann ist ein Verstoß von Amts wegen zu prüfen. Oder die Voraussetzung ist nicht Teil des *ordre public*, dann ist die Auseinandersetzung mit der Frage der Geltendmachung durch die Parteien entbehrlich. Gleiches gilt für die Frage des Schiedsortes nach § 14 KSchG analog. Man könnte den Eindruck gewinnen, als habe sich der OGH gescheut, die angeführten Verbraucherschutznormen eindeutig dem *ordre public* zuzuordnen oder nicht.

Im Ergebnis kann man festhalten, dass die OGH Entscheidung sich nach Asturcom zumindest anders mit dem Vorliegen eines *ordre public* Verstoßes hätte auseinandersetzen müssen. Dies mE auch, wenn es um den internen österreichischen *ordre public* geht. Eine weitere Auseinandersetzung des OGH mit diesem Thema bleibt abzuwarten.

6. Zusammenfassung

Zu Schiedsvereinbarungen und Verbraucherschutz kann also im Lichte der untersuchten Entscheidungen Folgendes festgehalten werden: (i) Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern sind nicht generell *ordre public* widrig; (ii) ihre Missbräuchlichkeit und damit Unwirksamkeit nach der Richtlinie 93/13 ist als Teil des *ordre public* communautaire zu prüfen; (iii) dies soweit es das nationale Verfahrensrecht zulässt und dieses mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar ist; (iv) die Möglichkeiten, die das deutsche und österreichische Verfahrensrecht zur Überprüfung bieten, entsprechen dem Effektivitätsgrundsatz und (v) im Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie hätte der OGH wohl eine amtswegige *ordre public* Prüfung vornehmen müssen.

Die Reform des Schenkungsrechts in Frankreich

von

Christina Lafontaine, Osnabrück

I. Die Reform des Schenkungsrechts in Frankreich – Novum mit vertrauten Lösungen?

1. Erfordernis der „Réforme des successions et des libéralités“ in Frankreich

Seit Gründung des Code Civil im Jahre 1804 wurden kaum Änderungen im Erb- und Schenkungsrecht vorgenommen¹. Doch so wie sich die heutige Welt stetig ändert, war es auch an der Zeit, diese Bereiche des Rechts zu reformieren, um sie an die modernen Begebenheiten des Lebens anzupassen. Die Motive dafür resultierten zum Beispiel aus der veränderten demografischen und ökonomischen Situation, sowie aus den modernen Familienstrukturen unserer Zeit². Ein erster Versuch zeichnete sich bereits im Jahre 2000 ab, in dem J. Carbonnier, P. Catala, J. Bernard des Saint-Afrique und G. Morin einen Gesetzesvorschlag bezüglich der „libéralités“ vorlegten³. Die Idee dieses Entwurfes diente als Richtungsweiser für eine Veränderung der einschlägigen Artikel des Code Civils⁴. Das Resultat dieses Veränderungsprozesses ist das Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, welches am 1.1.2007 in Kraft gesetzt wurde⁵. Dieses Gesetz enthält 47 Artikel, um mehr als 250 Artikel des Code Civils zu reformieren⁶. Das Ziel der Reform lautete ganz klar: clarifier, sécuriser et libéraliser, aufklären, sichern und liberalisieren⁷. Aufklärung erfolgte innerhalb des Bereiches der veralteten „donation-partage“, Sicherung fand auf dem Gebiet des Widerrufs und Liberalisierung zu Gunsten des Verfügenden statt⁸. So sollte die Reform nicht nur von der alten Vorstellung dieser Rechtsbereiche des Code Civils befreien und die Herangehensweise erleichtern, sondern auch mehr Freiheit des Verfügenden gewähren⁹. Dieses Streben nach Vereinfachung und Beschleunigung drückt sich nicht nur in

¹ Klima, ZEV-Länderreport, ZEV 2005, S. 427 (428).

² Peterka, Le nouveau visage des libéralités familiales au lendemain de la loi du 23 juin 2006, Gazette du Palais (Gaz.Pal.) 2006, S. 3555 (3555).

³ Guerchoun/Piedelièvre, La réforme des successions et des libéralités par la loi du 23 juin 2006, Gaz.Pal. 2006, S. 2421 (2421).

⁴ Guerchoun/Piedelièvre, La réforme des successions et des libéralités par la loi du 23 juin 2006, Gaz.Pal. 2006, S.2421 (2421).

⁵ Journal officiel de la République française (JO) 24 juin 2006.

⁶ JO 24 juin 2006.

⁷ Grimaldi, Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, Recueil Dalloz (Dalloz) 2006, S. 2551 (2553).

⁸ Grimaldi, Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, Dalloz 2006, S. 2551 (2553, 2554).

⁹ Forgeard, Le nouveau droit des successions et des libéralités, Loi du 23 juin 2006, Commentaire et formules Paris 2007, Rn. 2

rechtlich-materieller, sondern auch in sprachlicher Hinsicht aus¹⁰. So wurde nun auch ein Vokabular gewählt, welches einen schnelleren Zugang zum Gesetz ermöglicht¹¹.

2. Problemaufriss der Arbeit

Bei der Fülle an vielfältigen Rechtsordnungen, kommen natürlich auch zahlreiche weitere Konzeptionen für die Regeln bezüglich des Rechtsbereichs der Schenkung in Betracht. Denn eine rechtsvergleichende Grunderfahrung besagt, dass zwar jede Gesellschaft die gleichen Probleme ihres Rechts kennt, jedoch die Herangehensweise an diese Probleme sehr unterschiedlich sein können, selbst wenn am Ende die Ergebnisse wieder gleich sind¹². Wenn der französische Jurist also den Begriff „Donation“ hört blättert er zu art. 893 Code Civil „des libéralités“, welcher unter das Kapitel der unterschiedlichen Möglichkeiten, durch die man Eigentum erlangen kann, fällt. Der deutsche Jurist wendet sich zielstrebig den §§ 516 ff. BGB zu. Für ihn gehört die Schenkung ganz „logisch“ zu den besonderen Schuldverhältnissen, direkt zwischen Darlehens/Ratenlieferungsvertrag und Mietvertrag.

Aber was soll sich der deutsche Jurist denn nun unter diesen „libéralités“ vorstellen und wie soll man dem französischen Juristen erklären, dass die Schenkung im deutschen Recht zu den besonderen Schuldverhältnissen gehört?

Als Geschäftstyp ist die Schenkung in ganz Europa bekannt¹³. Jedoch zeigt bereits die obige kleine Vergleichssituation, dass das Verständnis von Schenkung nicht einheitlich im europäischen Raum geprägt ist¹⁴. So treten hier erhebliche Unterschiede im Bereich der Begriffsbestimmung und der Konstruktion auf, deren Grund meist in der Rechtsgeschichte einer jeden Rechtsnation liegt¹⁵. Diese Divergenz macht es weder für den juristischen Laien noch für den Juristen leicht, die Schenkung in dem „anderen Rechtssystem“ besser kennenzulernen und zu verstehen. Um die Methode der anderen Rechtsordnung zu verstehen, muss man diese zunächst näher beleuchten und anschließend Rechtsvergleichung mit der eigenen Rechtsordnung betreiben.

Die vorliegende Arbeit soll nun als Vergleichsrahmen dafür dienen, einige Aspekte der „Réforme des successions et des libéralités“ dem deutschen Recht des BGB und dem

¹⁰ Forgeard, *Le nouveau droit des successions et des libéralités*, Rn.2.

¹¹ Delfosse, *La réforme des successions et des libéralités*, Paris 2006, Rn.1.

¹² Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Auflage Tübingen 1996, S. 33.

¹³ Basedow/Hopt, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, 1.Auflage, Tübingen 2009, S. 1 (1).

¹⁴ Schmidt-Kessel, *At the Frontiers of Contract Law: Donation in European Private Law –in European Private Law beyond the Common Frame of Reference -Essays in honour of Reinhard Zimmermann*, S. 79 (79).

¹⁵ Schmidt-Kessel, *Essays in honour of Reinhard Zimmermann*, S. 79 (79).

Recht des Draft Common Frame of Reference (DCFR) gegenüberzustellen. Bei diesem Vergleich wird auf einen Hauptänderungsaspekte der Reform abgestellt, das dazugehörige „Pendant“ in den beiden Vergleichsordnungen gesucht, oder die divergierenden Lösungsansätze aufgezeigt. Das soll dazu beitragen, die Gemeinsamkeiten, aber auch die Unterschiede zwischen diesen verschiedenen Systemen heraus zu kristallisieren.

3. Ziel der Arbeit und Gang der Abhandlung

Zunächst wird die „Réforme des successions et des libéralités“ näher beleuchtet. Nach einer kurzen Einordnung des Instituts der Schenkung im Code Civil werden zwei Hauptbereiche der Reform (Auswirkung von Schenkungen auf das Pflichtteilsrecht, Widerruf von Schenkungen) in aller Kürze dargestellt. Sodann wird besonders ausführlich auf den dritten zentralen Bereich der Reform („libéralités graduelles/résiduelles et transgénérationelles“) Bezug genommen. Nach der Darstellung der Reform wird zum rechtsvergleichenden Teil übergegangen. Hierbei wird nur der Bereich der „libéralités graduelles/résiduelles et transgénérationelles“ näher untersucht. Zunächst wird das BGB als Vergleichsordnung herangezogen. Hier werden die oben genannten Änderungspunkte aufgegriffen und untersucht, wie das deutsche Recht vorgeht. Dabei werden Alternativlösungen sowie Gemeinsamkeiten vorgestellt. Sodann wird der Vergleich zum DCFR aufgezeigt. Nach einer kurzen Darstellung, wie sich die Schenkung allgemein im DCFR niederschlägt, erfolgt dann die Gegenüberstellung der Lösungen hinsichtlich der „libéralités graduelles/résiduelles et transgénérationelles im Code Civil und denen im DCFR. Ziel dieses Vergleiches ist es, die Besonderheiten des französischen Schenkungsrechts hervorzuheben und die alternativen Lösungen dazu zu würdigen.

II. Überblick über die „Réforme des successions et des libéralités“

1. Einordnung des Instituts der Schenkung im Code Civil

Das Schenkungsrecht befindet sich seit 1804 im dritten Buch des Code Civil, welches die unterschiedlichen Möglichkeiten des Eigentumserwerbs behandelt (Des différentes manières dont on acquiert la propriété). Allerdings war das Institut der Schenkung bisher in Titre II: „Des donations entre vifs et des testaments“ zu finden. Durch das Loi No. 2006-728 des 23. Juni 2006 wurde dieser Ausdruck jedoch von dem der „libéralités“ ersetzt¹⁶. Der Begriff der „libéralités“ beschreibt gem. art. 893 Code Civil alle unentgeltlichen Verfügungen, unter die sowohl letztwillige Verfügungen, als auch Schenkungen unter Lebenden fallen. „Libéralités“ bedeutet also frei übersetzt soviel wie Freigibigkeit/unentgeltliche Zuwendung. Dieser art. 893 Code Civil formuliert die erste

¹⁶ JO 24 juin 2006.

Legaldefinition für „libéralités“ seit 1804¹⁷. Somit gelten für diese letztwilligen Verfügungen und Schenkungen einige gemeinschaftliche Regeln im Code Civil¹⁸. Im Code Civil herrscht folglich ein Nexus des Erb und Schenkungsrecht. Diese Arbeit beschäftigt sich jedoch nur mit dem Bereich der Schenkungen und betrachtet die erbrechtlichen Neuerungen nur insofern, als dass sie Auswirkungen auf die Schenkung haben.

2. Capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs

Innerhalb der Testierfähigkeit des art. 901 des Code Civil, welcher unter das Kapitel II, die Fähigkeit durch Schenkung unter Lebenden oder Testament zu verfügen oder durch sie etwas zu erhalten, fällt, wurde ein zweiter Satz hinzugefügt, der besagt, dass alle unentgeltlichen Verfügungen nichtig sind, wenn der Verfügungswille durch Arglist, Irrtum oder Gewalt beeinträchtigt worden ist. Die Rechtsprechung hatte bisher bei Willensmängeln die art. 1109 ff. Code Civil angewandt¹⁹. Jedoch wären diese Regeln, dem Wortlaut nach zu urteilen, nur für zweiseitige Rechtsgeschäfte anwendbar²⁰. Somit sorgt der neue art. 901 Code Civil für eine Klarstellung bezüglich der Wirkung von Willensmängeln auf Schenkungen.

3. Réserve héréditaire, quotité disponible et réduction

a) Allgemeines zum Pflichtteilsrecht und dem verfügbaren Anteil

Durch die Doppelbedeutung des Begriffs „libéralités“ als Schenkung, sowie auch letztwilliger Verfügung kommt auch der Schenkung ein starkes Pflichtteilsregime zu²¹. Somit haben die erbrechtlichen Neuerungen in diesem Bereich auch Einfluss auf die Schenkung. Im französischen Erbrecht bleibt bestimmten gesetzlichen Erben (Pflichterben) ein Teil des Nachlasses vorbehalten (réserve), während der Erblasser über den Rest (quotité disponible) frei verfügen darf²². Überschreitet der Erblasser diesen frei verfügbaren Anteil durch sogenannte „libéralités excessives“ (Schenkungen unter Lebenden oder testamentarische Verfügungen) und schmälert somit die „réserve“ der Pflichtteilsberechtigten, haben diese einen Anspruch auf Herabsetzung (action en réduction), durch den die Verfügungen des Erblassers rückwirkend für unwirksam erklärt werden²³.

¹⁷ Forgeard, *Le nouveau droit des successions et des libéralités*, Rn. 256

¹⁸ Ferid/Sonnenberger, *Das französische Zivilrecht Band II Schuldrecht: Die einzelnen Schuldverhältnisse/Sachenrecht*, 2. Auflage, Heidelberg 1987, 2 H 6 I.

¹⁹ Delfosse, *La réforme des successions et des libéralités*, Rn. 305.

²⁰ Klima, *Reform des Erbrechts und der Vermögensübertragung in Frankreich*, ZEV 2006, S. 440 (442).

²¹ Schömmer, *Internationales Erbrecht Frankreich*, München 2005, Rn. 268.

²² Schömmer, *Internationales Erbrecht Frankreich*, Rn. 268.

²³ Schömmer, *Internationales Erbrecht Frankreich*, Rn. 339.

b) Pflichtteilsberechtigte Personen

Als Pflichtteilsberechtigte galten bislang auch die Aszendenten des Erblassers, dies hat sich jedoch durch das Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 geändert²⁴. Nun erhalten die Aszendenten lediglich ein „droit de retour legal“ – ein gesetzliches Rückforderungsrecht gem. art. 738-2 Code Civil, welches die Eltern, die den Erblasser ohne Nachkommen überlebt haben, dazu berechtigt, Schenkungen, die sie an ihr Kind/den Erblasser vorgenommen haben, zurückzuerhalten.

c) Réduction des libéralités – Klage auf Herabsetzung

Wie oben bereits beschrieben, ist eine Klage auf Herabsetzung der „libéralités“ den Pflichtteilsberechtigten nur erlaubt, wenn der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen, oder durch Schenkung in ihre „réserve“ eingegriffen hat²⁵. Um festzustellen, ob die verfügbare Quote des Erblassers wirklich überschritten wurde und somit ein Anspruch auf Herabsetzung gegeben ist, muss eine Rechnung erfolgen²⁶. Diese Berechnung erfolgt durch drei Rechenschritte: die Bestandsaufnahme des vorhandenen Vermögens des Erblassers, dem darauffolgenden Abzug sämtlicher Schulden, die der Verstorbene hatte, sowie die zu dieser gebildeten Masse nur rein rechnerische (fictive) Hinzurechnung aller Schenkungen des Erblassers („réunion fictive“)²⁷. Innerhalb dieser Berechnungsregeln ergeben sich nun einige Neuheiten, wie z.B. art. 920 Code Civil, der statuiert, dass nun auch „libéralités indirectes“ (indirekte, freizügige Zuwendungen) bei der „réunion fictive“ bedacht werden müssen, oder art. 922 Code Civil, der sich mit den neuen Regeln bezüglich der Bewertung der zugewandten Vermögensgegenstände beschäftigt²⁸.

Übersteigen die „libéralités“ des Erblassers nun seinen „quotité disponible“ und liegt somit ein Eingriff in die „réserve“ eines Pflichtteilsberechtigten vor, hat dieser einen Anspruch auf Herabsetzung (action en réduction)²⁹. Grundsätzlich gibt es zwei Arten der Herabsetzung: „réduction en valeur“ (Geldersatz) und „réduction en nature“ (Ersatz in natura)³⁰. Art. 924 alinéa 1 Code Civil schreibt jedoch neuerdings vor, dass der Begünstigte den Erben entschädigen muss und nicht mehr zur Herausgabe des Gegenstandes verpflichtet ist. Ein Anspruch auf Rückerstattung des Schenkungsgegenstandes ist somit durch das Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 quasi ausgeschlossen worden (zwei Ausnah-

²⁴ Gresser, Grundzüge des geänderten französischen Erbrechts (ab 1. Januar 2007), ZErB 2006, S. 407 (408).

²⁵ Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht Band III, Familien und Erbrecht, 2. Auflage Heidelberg 1987, 5C 213.

²⁶ Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht Band III, 5C 213.

²⁷ Delfosse, La réforme des successions et des libéralités, Rn.342,343,344.

²⁸ Merkle, Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsverzicht im Internationalen Erbrecht, Jena 2008, S. 202.

²⁹ Siehe oben.

³⁰ Vareille, Nouveau rapport, nouvelle réduction, Recueil Dalloz (Dalloz) 2006, S. 2565 (2567).

men formuliert art. 924-1 und 924-4 Code Civil)³¹. Dadurch wird die Sicherheit von Geschäften mit dem Gut und dessen Zirkulation gestärkt³².

Eine weitere Neuheit bringt die kürzere Verjährungsfrist eines solchen Anspruchs auf Herabsetzung mit sich³³. Art. 921 alinéa 2 Code Civil setzt die Verjährungsgrenze von 30 auf 5 Jahre ab Nachlasseroöffnung herab. Bei Unkenntnis der Erben vom Erbfall kann sich die Frist von 2 Jahren bis maximal 10 Jahren nach dem Tod des Erblassers verlängern (art. 921 alinéa 2 Code Civil). Diese kürzere Verjährungsfrist soll der Rechtssicherheit dienen³⁴.

4. Widerruf der Schenkung

Die art. 953 -966 Code Civil behandeln die Ausnahmen von der Regel der Unwideruflichkeit von Schenkungen. Bisher erkannte der Code Civil darunter auch den Fall der unvorhergesehenen nachträglichen Geburt eines Kindes, gem. art. 960 Code Civil in alter Fassung an³⁵. Diese alte Regel im Code Civil, dass bei der Nachgeburt eines Kindes automatisch ein Widerrufsrecht entsteht, sollte dem Schutz der Familie vor einer Verschwendung des Familienvermögens dienen, da nach alter Auffassung ein Vater ohne Kinder leichtfertiger über sein Vermögen verfügt, als z.B. ein Familienvater³⁶. Jedoch wurden bald kritische Stimmen laut, die eine Abschaffung dieser Regel forderten, denn das Pflichtteilsrecht würde die Aufgabe des Familienschutzes zu Genüge übernehmen³⁷. So wurde durch das Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 aus dieser automatischen Regel eine Norm, die ausdrücklich in der Schenkungsurkunde etabliert sein muss (art. 960 Code Civil).

Für den Widerruf der Schenkungen unter Ehegatten ist die spezielle Regel des art. 1096 Code Civil heranzuziehen. Die „Réforme des successions et des libéralités“ hat diesen Bereich dahingehend umgestaltet, als dass das besondere Widerrufsrecht dieser Schenkungen abgeschafft wurde. Schenkungen, die während der Ehe vollzogen wurden, sind nun unwiderruflich, solange sie nicht unter die Voraussetzungen der art. 953-958 Code Civil fallen. Widerruflich bleiben aber die Schenkungen der „biens à venir“ (alle gegenwärtigen Vermögensgegenstände) und die „biens présents“ (alle zukünftigen Vermögensgegenstände), die nicht während der Ehe vollzogen wurden (z.B. erst nach dem Tod eines

³¹ Vareille, Nouveau rapport, nouvelle reduction, Dalloz 2006, S. 2565 (2567).

³² Vareille, Nouveau rapport, nouvelle reduction, Dalloz 2006, S. 2565 (2567).

³³ Klima, Reform des Erbrechts und der Vermögensübertragung in Frankreich, ZEV 2006, S.440 (442).

³⁴ Vareille, Nouveau rapport, nouvelle reduction, Dalloz 2006, S. 2565 (2569).

³⁵ Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht Bd.II, 2 H § 4 301.

³⁶ Schlechtriem, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa I, Tübingen 2000, S.813, Rn. 132.

³⁷ Schlechtriem, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa I, S.813, Rn. 132.

Ehegatten). Es bleibt jedoch fraglich, warum der Gesetzgeber bei den „biens présents“ ein anderes Regelungsregime als bei den „biens à venir“ gewählt hat³⁸.

III. Die neuen Formen der „libéralités“

Der Gesetzgeber hat durch das Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 die Formen der „libéralités“ modernisiert, um so Verfügungen in vorweggenommener Erbfolge/Schenkungen mit Pflicht zur Weitergabe zu begünstigen und demnach ein Funktions-Funktionsäquivalent der Vor/Nacherbschaft im deutschen Recht zu schaffen³⁹. Es handelt sich hierbei um die „libéralités graduelles et résiduelles“ und die „libéralités – partages“.

1. Libéralités graduelles et résiduelles

In den art. 1048- 1061 Code Civil wurden „des libéralités graduelles et résiduelles“ neu eingeführt. Gemäß des alten art. 896 Code Civil waren Substitutionen im französischen Recht verboten⁴⁰. Nun erlaubt der Gesetzgeber jedoch in art. 896 Code Civil neuer Fassung in einigen gesetzlichen Fällen die Einsetzung eines Nacherbens, bzw. bei der Schenkung die Einsetzung eines Zweitbegünstigten. Welche Ausgestaltung dieser „libéralités“ (graduelles oder résiduelles) der Verfügende wählt, ist ihm frei überlassen. So kann es bei der Wahl z.B. auf den Grad der Aufrichtigkeit und des Vertrauens zwischen Erstbeschenktem und Verfügendem ankommen oder aber, ob eine Neigung zum Verschwenden beim Beschenkten vorliegt⁴¹. Die Zuwendung mit diesen Auflagen kann durch Schenkung als auch durch Testament erfolgen⁴². Im Folgenden wird natürlich nur auf die Schenkung - „donations graduelles/résiduelles“ eingegangen.

a) Donations graduelles

aa) Definition und Mechanismus

Der erste Fall, den das Gesetz nennt, sind die „libéralités graduelles“ in art. 1048- 1057 Code Civil. Die Definition in art. 1048 Code Civil besagt, dass eine solche „donations graduelles“ die Auflagen des Verwahrens und der Übergabe an einen zweiten Begünstigten für den Beschenkten mit sich bringt. Um eine klare Abgrenzung zu den „donations résiduelles“ treffen zu können, müssen diese Verpflichtungen des Bewahrens und der

³⁸ Peterka, Le nouveau visage des libéralités familiales au lendemain de la loi du 23 juin 2006, Gaz.Pal. 2006, S. 3555 (3556).

³⁹ Forgeard, Le nouveau droit des successions et des libéralités, Rn. 323.

⁴⁰ Gresser, Grundzüge des geänderten französischen Erbrechts (ab 1. Januar 2007), Zerb 2006, S. 406 (409).

⁴¹ Guerchon/Piedelièvre, La réforme des successions et des libéralités par la loi du 23 juin 2006, Gaz.Pal. 2006, S. 2421 (2439); Grimaldi, Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles, JCP N 2006, 1387, S. 2419 (2423).

⁴² Grimaldi, Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles, JCP N 2006, 1387, S. 2419 (2421).

Übergabe klar in der Schenkungsurkunde getroffen worden sein⁴³. Der Zweitbeschenkte muss auf diese Urkunde hingewiesen werden (art. 1048 Code Civil). Weiterhin muss der Zweitbeschenkte dem Schenker seinen Willen zur Annahme mitteilen, dies ist jetzt auch, im Gegensatz zu dem, was art. 932 Code Civil vorschreibt, noch nach dem Tod des Schenkers möglich (art. 1055, alinéa 2 Code Civil)⁴⁴. Dadurch ermöglicht der Gesetzgeber, z.B. dass ein Großvater den noch nicht geborenen Enkelkindern seines Kindes etwas zukommen lassen kann⁴⁵.

Im Gegenzug kann der Schenker gem. art. 1055 Code Civil die „donations graduelles“ in Hinblick auf den Zweitbeschenkten widerrufen, solange dieser dem Schenker die Annahme noch nicht mitgeteilt hat. Dies ermöglicht dem Schenker eine größere Freiheit bezüglich seiner Entscheidung zugunsten des Zweitbeschenkten⁴⁶.

bb) Gegenstand und Wirkung

Während die Wahl der Personen, an die eine solche Zuwendung erfolgen sollte, früher auf den engen Familienkreis beschränkt war, ermöglicht das neue Gesetz dem Schenker nun die freie Wahl zwischen allen erbberechtigten oder nicht-erbberechtigten Personen⁴⁷. Das Gesetz hat somit einen erheblichen Beitrag zur freien Willensbestimmung des Verfügenden geleistet⁴⁸. Bezüglich der Güter, die zugewendet werden können, trifft art. 1049 Code Civil die Regel, dass die „libéralités“ nur solche Güter und Rechte betreffen kann, die bei Tod des Erstbegünstigten noch individuell in natura vorhanden sind. Somit muss der Erstbegünstigte die Sachen in natura erhalten⁴⁹. Die Gründe hierfür resultieren daraus, dass dadurch ein besserer Schutz gegen die Verschwendung der Zuwendung für die beiden Begünstigten gewährleistet werden kann, und dass das Institut der Schenkung mit Pflicht zur Weitergabe insbesondere darauf abzielt, die Zuwendung innerhalb der Familie zu „konservieren“⁵⁰. Eine Ausnahme gilt hierbei jedoch für Wertpapiere (art. 1049. alinéa 2 Code Civil).

Der Erstbeschenkte darf also über die Zuwendung in keiner Art und Weise verfügen⁵¹. Um die Ausführung dieser Auflage gewährleisten zu können, erlaubt art. 1052 Code Civil

⁴³ Sagaut, Les donations graduelles et résiduelles 8 C.civ., art. 1048-1061), JCP N 2006, 1388, S. 2425 (2426).

⁴⁴ Grimaldi, Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles, JCP N 2006, 1387, S. 2419 (2421).

⁴⁵ Guerchoun/Piedelièvre, La réforme des successions et des libéralités par la loi du 23 juin 2006, Gaz.Pal 2006, S.2421 (2437).

⁴⁶ Delfosse, La réforme des successions et des libéralités, Rn.530.

⁴⁷ Grimaldi, Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles, JCP N 2006, 1387, S. 2419 (2420); Sagaut, Les donations graduelles et résiduelles 8 C.civ., art. 1048-1061) JCP N 2006, 1388, S. 2425 (2426).

⁴⁸ Grimaldi, Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles, JCP N 2006, 1387, S. 2419 (2420).

⁴⁹ Forgeard, Le nouveau droit des successions et des libéralités, Rn. 326.

⁵⁰ Forgeard, Le nouveau droit des successions et des libéralités, Rn. 326.

⁵¹ Clermon/Cenac, Libéralités graduelles et résiduelles, JCP N 2006, 1304, S. 1671 (1674).

dem Verfügenden, alle Garantien und Sicherheiten anordnen zu können. Die Formulierung ist deswegen so weit gefasst, damit es einem Notar möglich ist, in jeder Situation eine adäquate Lösung in Betracht ziehen zu können⁵².

Letztlich entstehen die Rechte des Zweitbegünstigten erst bei Tod des Erstbegünstigten (art. 1050 alinéa 1 Code Civil). Eine Ausnahme dieser Regel findet sich in art. 1050 alinéa 2 Code Civil, denn der Erstbegünstigte kann bereits zu Lebzeiten zugunsten des Zweitbegünstigten auf die Nutzziehung der zugewandten Güter verzichten.

cc) Grenzen

Weiterhin kann der Zweitbegünstigte nicht auch die Auflage erhalten, die Zuwendung bewahren und übergeben zu müssen (art. 1053 Code Civil). Diese Regelung verhindert, dass der Verfügende eine Zuwendung gleich für mehrere Generationen „einfrieren“ lassen kann⁵³. Die „libéralité“ wird jedoch nicht insgesamt nichtig, sondern nur um die unerlaubte Auflage gekürzt⁵⁴.

Eine weitere Limitierung beschreibt art. 1054 alinéa 1 Code Civil: wenn der Erstbegünstigte ein Pflichtteilsberechtigter ist, kann sich die Zuwendung nur auf den verfügbaren Anteil auswirken. Art. 1054 alinéa 2 Code Civil grenzt jedoch ein, dass der Beschenkte der Regelung in der Schenkungsurkunde oder einer späteren Urkunde zustimmen kann, die besagt, dass sich die Zuwendung auf seinen Pflichtteil auswirkt. Dies muss aber innerhalb der Regeln des art. 930 Code Civil erfolgen, das heißt es müssen zwei Notare bei der Urkundenerstellung anwesend sein.

Durch art. 1051 Code Civil wird eine „fiction juridique“ produziert, in dem der Zweitbegünstigte so dargestellt wird, als hätte er die Zuwendung vom ursprünglich Verfügenden erhalten und nicht vom Erstbeschenkten.

b) Donations résiduelles

aa) Definition und Mechanismus

Art. 1057 iVm. art. 1058, alinéa 1 Code Civil umfasst die Definition für die „libéralités résiduelles“. Anders als bei den „donations graduelles“ muss der Beschenkte die Zuwendung hier nicht bewahren und übertragen, denn der Gesetzgeber zeigt sich von seiner „generösen“ Seite und verlangt vom Erstbeschenkten nur, dass er den Rest des ursprüngli-

⁵² Guerchoun/Piedelièvre, La réforme des successions et des libéralités par la loi du 23 juin 2006, Gaz.Pal 2006, S. 2421 (2437).

⁵³ Delfosse, La réforme des successions et des libéralités, Rn.545.

⁵⁴ Clermon/Cenac, Libéralités graduelles et résiduelles, JurisJCP N 2006, 1304, S. 1671 (1674).

chen Schenkungsgegenstands/rechts an den Zweitbegünstigten überträgt. Gem. art. 1058 alinéa 2 Code Civil hat der Zweitbeschenkte auch kein Recht, auf den Erlös bei Verkauf der Zuwendung oder dessen Ersatz, zuzugreifen. Eine Ausnahme besteht jedoch weiterhin bei Wertpapieren (art. 1049 Code Civil). Somit kann der Zweitbegünstigte nach dem Tod des Erstbegünstigten wirklich nur das, was – in natura- von der Zuwendung übrig geblieben ist, erlangen⁵⁵. Trotz dieser Unterscheidung bestimmt art. 1061 Code Civil, dass die art. 1049, 1051, 1052, 1055 und 1056 Code Civil auch auf die „libéralités résiduelles“ anzuwenden sind.

bb) Rechte des Erstbeschenkten

Die Rechte des Erstbeschenkten werden in art. 1059 Code Civil behandelt. So darf dieser gem. art. 1059 alinéa 1 Code Civil nicht über die Zuwendungen der „donations résiduelles“ per Testament verfügen. Der Verfügende kann zudem in der Schenkungsurkunde anordnen, dass der Erstbegünstigte Schenkungen unter Lebenden nicht treffen darf (art. 1059 alinéa 2 Code Civil). Eine „donations résiduelles“, die ein Verbot des Weiterschenkens iSv. art. 1059 alinéa 2 Code Civil umfasst, ist somit also z.B. dann sinnvoll, wenn der Verfügende beabsichtigt, dass der Erstbegünstigte mit der Schenkung seinen Unterhalt bestreitet und nicht den „großen Schenker“ mimen soll⁵⁶. Allerdings ist die entgeltliche Verfügung von diesem Verbot ausgeschlossen, da sonst eine „libéralité graduelle“ vorliegen würde⁵⁷. Somit liegt die Macht beim ursprünglich Verfügenden, da er bestimmen kann, inwiefern er den Erstbegünstigten autorisiert⁵⁸. Eine Rechenschaftsablegung des Erstbegünstigten an den Verfügenden oder an seine Erben ist nicht vorgesehen (art. 1060 Code Civil). Jedoch kann der Verfügende den Erstbegünstigten dazu verpflichten, ihn selbst oder seine Erben darüber zu informieren, wie er den Schenkungsgegenstand verwaltet hat⁵⁹.

2. Libéralités– partages

Als eine kleine Revolution⁶⁰ stellt sich die zweite große Gruppe innerhalb der neuen Formen der „libéralités“ in art. 1075 ff. Code Civil dar: die „libéralités-partages“. Darunter fällt zum einen die „donation-partage“, so wie auch die „testament-partage“ (art. 1075 alinéa 2 Code Civil). Im Folgenden wird wieder nur auf die „donation-partage“ eingegangen. Diese neue Entwicklung innerhalb der Reform von 2007 berücksichtigt die Gegebenheiten

⁵⁵ Clermon/Cenac, Libéralités graduelles et résiduelles, JCP N 2006, 1304, S. 1671 (1672).

⁵⁶ Grimaldi, Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles, JCP N 2006, 1387, S. 2419 (2424):

⁵⁷ Clermon/Cenac, Libéralités graduelles et résiduelles, JCP N 2006, 1304, S. 1671 (1672); Grimaldi, Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles, JCP N 2006, 1387, S. 2419 (2424).

⁵⁸ Forgeard, Le nouveau droit des successions et des libéralités, Rn. 333.

⁵⁹ Clermon/Cenac, Libéralités graduelles et résiduelles, JCP N 2006, 1304, S. 1671 (1672).

⁶⁰ Grimaldi, Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006, JCP N 2006, 1320 S. 1756 (1756).

bei Patchworkfamilien, sowie die längere Lebensdauer, die es notwendig macht, Schenkungen über die Generation hinaus zu planen⁶¹.

a) Donations-partages

Die allgemeinen Bestimmungen zur Teilungsschenkung befinden sich in den art. 1075-1075-5 Code Civil. Von nun an können gem. art. 1075 alinéa 1 Code Civil alle Personen die Aufteilung ihrer Güter und Rechte zugunsten ihrer voraussichtlichen Erben vornehmen. Dieses Institut der Aufteilung ist nun nicht mehr länger nur auf Vorfahren zugunsten ihrer Nachfahren beschränkt, wie es der alte art. 1075 Code Civil vorgeschrieben hatte. Daher resultiert auch die neue Überschrift des siebten Kapitels in Buch III des Code Civil: „libéralités partages“, der von dem alten Begriff „des partages faits par les ascendants“ abgelöst wurde. Diese neue Regelung dient vor allem den Personen, die keine Kinder haben und somit nun ihr Vermögen auch an Geschwister oder Neffen/Nichten verteilen können⁶². Weiterhin formuliert art. 1075-1 Code Civil, dass nun mehr auch Güter und Rechte in Form der Schenkung an Nachfahren unterschiedlichen Ranges erfolgen können, und das unabhängig davon, ob sie voraussichtliche Erben sind oder nicht. Voraussichtliche Erben sind nämlich diejenigen, die im Zeitpunkt der Verfügung als gesetzliche Erben berufen wären, alle sonstigen Dritten fallen nicht unter den Begriff. Eine Ausnahme dazu lässt sich jedoch in den Regeln der „donations transgénérationelles“ finden. Somit kann nun auch Enkelkindern ermöglicht werden, etwas von ihrem Großvater zu erhalten, obwohl sie eigentlich noch nicht „an der Reihe“ wären (näheres dazu unter dem Punkt: „Donations transgénérationelles“)⁶³. Dies gilt sogar auch für Enkelkinder die im Zeitpunkt der Schenkung noch ungeboren sind⁶⁴.

Um sich der modernen Entwicklung innerhalb der Familien (z.B. die Patchworkfamilie) anzupassen, führt der Code Civil nun auch eine Regelung über die Schenkung an Abkömmlinge aus verschiedenen Ehen auf (art.1076-1 Code Civil). Früher wurde die Tragweite und der Umfang des art. 1076-1 Code Civil in der Rechtsprechung nicht einheitlich beurteilt, so ist der heutige art. 1076-1 Code Civil eine erhebliche Klarstellung für die Rechtssicherheit⁶⁵. Die Kinder können aber nur eigene Güter ihres Elternteils oder gemeinsame Güter erlangen⁶⁶.

⁶¹ Berger/Riche, Les nouvelles donations-partages, JCP N 2006,1303 S. 1667 (1667).

⁶² Delfosse, La réforme des successions et des libéralités, Rn.574.

⁶³ Delfosse, La réforme des successions et des libéralités, Rn.576.

⁶⁴ Berger/Riche, Les nouvelles donations-partages, JCP N 2006, 1303, S. 1667 (1669).

⁶⁵ Berger/Riche, Les nouvelles donations-partages, JCP N 2006, 1303, S. 1667 (1668).

⁶⁶ Le Guidec, Les libéralités partages, Recueil Dalloz (Dalloz), 2006 S. 2584 (2584).

b) Donations-transgénérationelles

Die „donations-transgénérationelles“ ist wohl eine der bedeutendsten Änderungen des Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006⁶⁷. Sie soll nun ermöglichen, dass bei Schenkungen ein „saut de génération“ - ein Sprung von einer Generation zur anderen erfolgen kann⁶⁸. So erscheint es günstiger, wenn Großeltern ihren Enkelkindern, die gerade auf der Schwelle zu einem eigenen Berufs- und Familienleben stehen, ihr Vermögen durch Schenkung vermachen, als den eigenen Kindern, die sich ihrerseits bereits langsam auf die Rente vorbereiten⁶⁹. Hier wird das Motiv des Gesetzgebers, die längere Lebensdauer zu berücksichtigen, besonders deutlich.

aa) Regelwerk der art. 1078-4 ff. Code Civil

Die Regeln bezüglich der generationsübergreifenden Schenkung befinden sich in art. 1075-1 iVm. 1078-4 bis 1078-10 Code Civil. So greift art. 1078-4 Code Civil noch einmal die Bestimmung auf, dass eine Teilungsschenkungen nicht mehr nur in der vorgegeben Erbfolge erfolgen muss. Allerdings kann diese Schenkung nur mit dem Einverständnis der Generation, die dadurch „übergangen“ wurde, zustande kommen (art. 1078-4 alinéa 1 und 1078-5 alinéa 2 Code Civil). Weiterhin muss auch der begünstigte Nachkomme gem. 1078-5 alinéa 2 Code Civil sein Einverständnis mitteilen. Als Beispiel hierfür: Vater beschenkt Kind A und Enkelkinder von Kind B, wobei B zugunsten seiner Kinder auf seine Rechte verzichtet⁷⁰. Zudem erfolgt die Schenkung gem. art. 1078-6 Code Civil immer nur innerhalb der Nachfahren unterschiedlicher Generationen eines Stammes. Dabei bildet jedes Kind mit seinen Abkömmlingen einen Stamm⁷¹. Eine ungeschriebene Voraussetzung erfordert zudem Gleichheit des Schenkungswertes unter den verschiedenen Stämmen und Gleichheit innerhalb des jeweiligen Stammes⁷².

Die „Réforme des successions et des libéralités“ hat auch in diesem Kapitel Regeln für die Anrechnung von Schenkungen erneuert. So müssen die Schenkungsanteile der Enkelkinder bei Tod des Schenkers auf den Pflichtteil des verzichtenden Elternteils angerechnet werden (art. 1078-8 alinéa 1 Code Civil). Bei Tod des Kindes, welches zu Gunsten seines eigenen Kindes auf die Schenkung verzichtet hat, wird so verfahren, als wenn dieses die Schenkung von dem Verzichtenden und nicht von dem Aszendenten

⁶⁷ Sagaut, La donation-partage transgénérationnelle (C.civ., art. 1078-4 et s.), JCP N 2006, 1321 S. 1763 (1763).

⁶⁸ Le Guidec, Les libéralités partages, Dalloz 2006, S. 2584 (2584).

⁶⁹ Le Guidec, Les libéralités partages, Dalloz 2006, S. 2584 (2585).

⁷⁰ Gresser, Grundzüge des geänderten französischen Erbrechts (ab 1. Januar 2007), ZErB 2007, S. 407 (409).

⁷¹ Delfosse, La réforme des successions et des libéralités, Rn.599.

⁷² Sagaut, La donation-partage transgénérationnelle (C.civ., art. 1078-4 et s.), JCP N 2006, 1321, S. 1763 (1764).

erhalten hätte (art. 1078-9 Code Civil). Dies soll die Sicherheit der „réserve“ der anderen Abkömmlinge innerhalb eines Stammes gewährleisten⁷³.

bb) Sinn und Zweck

Es geht also bei einer Teilungsschenkung nicht darum, dass der Verfügende sein Kind zu Gunsten eines Enkelkinds verdrängen kann, sondern vielmehr um einen Vorschlag an sein Kind, es zu Gunsten seiner eigenen Kinder zu ersetzen, dem rechtmäßig in der Schenkungsurkunde zugestimmt werden muss⁷⁴. Der Sinn einer „donation transgénérationelle“ liegt folglich darin, dem Aszendenten zu erlauben, anstatt seiner eigenen Kinder, die Enkelkinder zu bevorzugen⁷⁵. Weiterhin werden durch solche generationsübergreifende Schenkungen auch erhebliche steuerrechtliche Aspekte verfolgt⁷⁶.

IV. Rechtsvergleichender Teil

Vorab wurde dargelegt, wie die Schenkung im Code Civil behandelt wird und insbesondere, wie sich das Schenkungsrecht in Frankreich durch die Reform 2007 verändert hat. Es folgt nun eine Auseinandersetzung mit divergierenden Lösungsansätzen für die Regeln bezüglich der Schenkung hinsichtlich des Bereiches der „libéralités graduelles/résiduelles et transgénérationelle“. Als Vergleichsrechtsordnungen werden zum einen das deutsche Recht des BGB und zum anderen die Regeln des Draft Common Frame of Reference (DCFR) herangezogen. Um die Lösungsansätze in diesen Vergleichsordnungen zu finden, muss die Ausgangsfrage bei einer rechtsvergleichenden Arbeit rein funktional gestellt werden⁷⁷. So wird nun folgender Frage nachgegangen: Wie können Schenkungen mit Pflicht zur Weitergabe konzipiert werden?

1. Deutsches Schenkungsrecht des BGB

a) Wie können Schenkungen mit Pflicht zur Weitergabe konzipiert werden?

Durch die „Réforme des successions et des libéralités“ von 2007 ist es nun auch möglich, eine Schenkung mit Pflicht zur Weitergabe – nach Wahl des Verfügenden mit oder ohne Pflicht zur Bewahrung - zu formulieren. Auch im deutschen Recht wurden Regeln

⁷³ Delfosse, La réforme des successions et des libéralités, Rn.603.

⁷⁴ Grimaldi, Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006, JCP N 2006, 1320, S.1756 (1759).

⁷⁵ Grimaldi, Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006, JCP N 2006, 1320, S.1756 (1759).

⁷⁶ Grimaldi, Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006, JCP N 2006, 1320, S.1756 (1759).

⁷⁷ Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, S. 33.

getroffen, die es einem Verfügenden ermöglichen, sein Vermögen an eine Person zu übertragen, die aber dann zur Weitergabe an einen Dritten verpflichtet sein soll⁷⁸.

b) Vor/Nacherbschaft

Um diesen Willen des Verfügenden Folge zu leisten, bietet sich im Erbrecht die Anordnung der Vor- und Nacherbfolge an⁷⁹. Das BGB regelt die Vor/Nacherbschaft in den §§ 2100 ff. BGB. So kann der Erblasser einen Erben in der Weise einsetzen, als dass zunächst ein Anderer Erbe wird (§ 2100 BGB). Die Einsetzung kann nur durch eine Verfügung von Todes wegen erfolgen, also nicht wie hier eigentlich erwünscht, durch Schenkung zu Lebzeiten⁸⁰. Gem. § 2112 BGB ist der Vorerbe allgemein zur Verfügung über die Nachlassgegenstände berechtigt. Allerdings trifft das BGB in den §§ 2113-2115 Einschränkungen, bezüglich der Verfügungsfreiheit des Vorerben, die berücksichtigt werden müssen. So sind z.B. gem. § 2113 BGB alle Verfügungen über Grundstücke, alle unentgeltlichen Verfügungen, sowie Zwangsverfügungen dem Nacherben gegenüber unwirksam. Wenn der Erblasser nun aber ein großes Interesse daran hatte, den Vorerben zu privilegieren, kann der diesen von einigen der Beschränkungen befreien⁸¹. Diese Konstruktion nennt sich „befreite Vorerbschaft“ und ist in § 2136 BGB geregelt. Die aufgeführten Paragraphen sind abschließend, dort ist somit die Höchstgrenze der Befreiung aufgeführt⁸². Der Regelfall stellt jedoch der des unbefreiten Vorerben dar, um somit den Nacherben besonders zu schützen⁸³. Das BGB unterscheidet also auch wie der Code Civil, zwischen einer „befreiten“ und einer „unbefreiten“ Vorerbschaft. Der Nacherbe erhält bei der „befreiten Vorerbschaft“ im BGB, so wie im Code Civil auch, nur den Überrest⁸⁴. Jedoch hat dieses Institut nicht den Charakter einer Schenkung zu Lebzeiten, da die Vor/Nacherbschaft nur durch Verfügung von Todes wegen eingesetzt werden kann. Der französische Gesetzgeber hingegen, hat dieses Institut auch auf die Schenkung ausgeweitet.

c) Erbvertrag

Weiterhin könnte das Modell des Erbvertrags gem. §§ 2274 ff. BGB eingesetzt werden, um den Willen des Verfügenden umzusetzen. Es soll sich bei den hier angeführten

⁷⁸ Feick, Die Schenkung unter Auflage als alternative, pflichtteilsfeste Gestaltung zur (unzulässigen) dinglichen Weiterleitungsklausel, ZEV 2002, S. 85 (85).

⁷⁹ Feick, Die Schenkung unter Auflage als alternative, pflichtteilsfeste Gestaltung zur (unzulässigen) dinglichen Weiterleitungsklausel, ZEV 2002, S. 85 (85).

⁸⁰ Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Auflage München 2001, S. 575.

⁸¹ Lange/Kuchinke, S. 607.

⁸² Mayer, Der superbefreite Vorerbe? - Möglichkeiten und Grenzen der Befreiung des Vorerben, ZEV 2000, S. 1 (2).

⁸³ Mayer, Der superbefreite Vorerbe? - Möglichkeiten und Grenzen der Befreiung des Vorerben, ZEV 2000, S. 1 (1).

⁸⁴ Lange/Kuchinke, Erbrecht, S. 607.

Überlegungen jedoch um eine Konzeption handeln, bei der zwischen Verfügenden und Erstbedachten/Zweitbedachten ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, in Gestalt der Schenkung, abgeschlossen werden soll und die Bestimmungen der Verfügung von Todes wegen somit nicht anwendbar sein können. Die Regeln des Erbvertrags, insbesondere die strenge Formvorschrift des § 2276 BGB, sind also auf diese Ausgestaltung nicht einsetzbar.

d) Vor/Nachschenkung

Wenn der Verfügende jedoch bereits zu Lebzeiten eine solche Schenkung mit Pflicht zur Weitergabe durchführen will - etwa zur mehrmaligen Ausnutzung der Freibeträge bei der Schenkungssteuer gemäß §§ 14,15 ErbStG⁸⁵ - muss eine andere Konstruktion benutzt werden. So könnte hier eine „Vor/Nachschenkung“ in Betracht kommen⁸⁶. Fraglich ist jedoch, ob diese Vor/Nachschenkung zivilrechtlich überhaupt zulässig ist, denn das Gesetz regelt diesen Fall explizit nicht⁸⁷. Es kommen nun verschiedene Konzeptionen in Betracht, die es ermöglichen könnten, eine solche „Vor/Nachschenkung“ zu konstruieren.

aa) Schenkung mit Weiterleitungsklausel

Eine Gestaltungsmöglichkeit, die Vor/Nachschenkung zu regeln, ist die Schenkung mit Weiterleitungsklauseln⁸⁸. Der geschenkte Gegenstand wird hier bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses mit dinglicher Wirkung an einen Dritten weiter übertragen⁸⁹. Das BGB hat keinen eigenständigen Vertragstyp für dieses Institut vorgesehen, somit liegt ein Vertragstyp sui generis vor⁹⁰. Es gibt nun unterschiedliche Ansichten, wie dieser Regelungstyp zu beurteilen ist. Zum einen wird in der dinglichen Wirkung der Weiterleitungsklauseln ein Verstoß gegen die Gesamtrechtsnachfolge gem. § 1922 BGB gesehen⁹¹. Diese Gesamtrechtsnachfolge lässt das Erbe als „Ganzes“ auf den Erben übergehen und eine Erbfolge in einzelnen Gegenständen ist somit nicht zulässig⁹². Die einzigen Fälle, in denen eine solche Sondererbfolge gestattet ist, liegen in den Bereichen des Höferechts und bei der Vererbung

⁸⁵ Feick, Die Schenkung unter Auflage als alternative, pflichtteilsfeste Gestaltung zur (unzulässigen) dinglichen Weiterleitungsklausel, ZEV 2002, S. 85 (85).

⁸⁶ Feick, Die Schenkung unter Auflage als alternative, pflichtteilsfeste Gestaltung zur (unzulässigen) dinglichen Weiterleitungsklausel, ZEV 2002, S. 85 (85).

⁸⁷ Feick, Die Schenkung unter Auflage als alternative, pflichtteilsfeste Gestaltung zur (unzulässigen) dinglichen Weiterleitungsklausel, ZEV 2002, S. 85 (86).

⁸⁸ Jülicher, Vertragliche Rückfallklauseln, Widerrufsvorbehalte, auflösende Bedingungen und Weiterleitungsklauseln in Schenkungsverträgen, ZEV 1998, S. 201 (205).

⁸⁹ Feick, Die Schenkung unter Auflage als alternative, pflichtteilsfeste Gestaltung zur (unzulässigen) dinglichen Weiterleitungsklausel, ZEV 2002, S. 85 (86).

⁹⁰ Jülicher, Vertragliche Rückfallklauseln, Widerrufsvorbehalte, auflösende Bedingungen und Weiterleitungsklauseln in Schenkungsverträgen, ZEV 1998, S. 201 (205); Feick, Die Schenkung unter Auflage als alternative, pflichtteilsfeste Gestaltung zur (unzulässigen) dinglichen Weiterleitungsklausel, ZEV 2002, S. 85 (86).

⁹¹ Feick, Die Schenkung unter Auflage als alternative, pflichtteilsfeste Gestaltung zur (unzulässigen) dinglichen Weiterleitungsklausel, ZEV 2002, S. 85 (86).

⁹² Palandt/Edenhofer, 67. Auflage, München 2008, § 1922, Rn. 7,8.

von Anteilen an einer OHG oder KG⁹³. Aufgrund des zwingenden Rechtscharakters der Gesamtrechtsnachfolge sind weitere Ausnahmen, insbesondere solche, die durch Rechtsgeschäft, somit also auch durch Schenkung, abgeschlossen worden sind, nicht zulässig⁹⁴.

Einer anderen Ansicht zu Folge, ist die Schenkung mit Weiterleitungsklausel dennoch zulässig, da das BGB auch Sonderrechtsnachfolge von Todes wegen außerhalb des Erbrechts vorgesehen hat⁹⁵. Jedoch wird hierbei verkannt, dass diese Sonderrechtsnachfolge ebenfalls nur auf wenige Fälle, wie z.B. die des Übergangs eines Wohnraum-Mietverhältnisses bei mehreren Mietern auf den überlebenden Mieter gem. § 569 a BGB a.F., beschränkt war⁹⁶. Der ersten Ansicht ist hier zuzustimmen, da der Schutz der Erben und Pflichtteilsberechtigten, wenn man eine Ausdehnung der vertraglich gestalteten Sonderrechtsnachfolge zwischen Erblasser und einem Dritten erlauben würde und der zwingende Charakter der Gesamtrechtsnachfolge, nicht gewahrt werden würde⁹⁷. Somit ist das Institut der Schenkung mit Weiterleitungsklausel nicht zulässig und für die Konstruktion der Vor/Nachschenkung nicht anwendbar.

bb) Vertrag zu Gunsten Dritter

Eine weitere Gestaltungsmöglichkeit der Vor/Nachschenkung könnten die Regeln des Vertrages zu Gunsten Dritter gem. § 328 BGB darstellen⁹⁸. Allerdings ist hierbei zu beachten, dass bei einem solchen Vertrag der Leistungsanspruch unmittelbar, ohne Durchgang durch das Vermögen des Versprechungsempfängers (Erstbedachter), vom Dritten erworben wird⁹⁹. Hier soll jedoch ein Erwerb an den Dritten erst dann möglich sein, nachdem das Vermögen zuerst dem Erstbedachten zugeteilt wurde. Dieser Durchgang durch das Vermögen des Erstbedachten, den die Regeln des §§ 328 ff. nicht vorsehen, soll hier aber gerade konzipiert werden. Somit ist die Konstruktion des Vertrags zu Gunsten Dritter nicht anwendbar.

⁹³ MünchKommBGB/Leipold, 4. Auflage, München 2008, § 1922, Rn. 107.

⁹⁴ MünchKommBGB/Leipold, § 1922, Rn. 107.

⁹⁵ Jülicher, Spannungsverhältnis von Rückforderungsrechten und Weiterleitungsklauseln in Schenkungsverträgen zu einzelnen Rechtsgebieten des Zivilrechts, ZEV 1998, S. 285 (288).

⁹⁶ MünchKommBGB/Leipold, § 1922, Rn. 108.

⁹⁷ Feick, Die Schenkung unter Auflage als alternative, pflichtteilsfeste Gestaltung zur (unzulässigen) dinglichen Weiterleitungsklausel, ZEV 2002, S. 85 (86).

⁹⁸ Feick, Die Schenkung unter Auflage als alternative, pflichtteilsfeste Gestaltung zur (unzulässigen) dinglichen Weiterleitungsklausel, ZEV 2002, S. 85 (86).

⁹⁹ Palandt/Grüneberg, § 328, Rn. 5.

cc) Schenkung unter Auflage

Die Schenkung unter Auflage gem. § 525 BGB könnte letztendlich dazu dienen, die Vor/Nachschenkung zu konstruieren. Die Leistungspflicht des § 525 BGB kann jedes Tun oder Unterlassen sein¹⁰⁰. Dies umfasst also auch die Pflicht zur Herausgabe an einen Dritten. Weiterhin kann der Empfänger einer solchen Schenkung auch durch eine Auflage beschränkt sein, frei über den Gegenstand zu verfügen¹⁰¹. Dies ähnelt der „unbefreiten Vorerbschaft“ im deutschen Recht, so wie der „donations-graduelles“ des Code Civils. Allerdings ist eine Zuwendung zur Weitergabe an einen Dritten, bei der dem Empfänger nichts verbleibt, nicht zulässig¹⁰². Die Zuwendung muss, zumindest eine gewisse Zeit, bei dem Erstbeschenkten verbleiben, um einen direkten Durchgangserwerb an den Dritten zu vermeiden¹⁰³. Somit könnte das Institut der Schenkung unter Auflage dazu dienen, die

„Vor/Nachschenkung“ zu gestalten. Will der Schenker aber, dass der Gegenstand erst nach dem Tod des Erstbedachten an den Zweitbedachten übergeht (vgl. § 2106 I BGB: wenn der Erblasser nichts anderes bestimmt, fällt die Nacherbschaft mit dem Tod des Vorerben an) ist es fraglich, ob die Konstruktion der Schenkung unter Auflage anwendbar ist. Einer Literaturauffassung im Staudinger zu Folge ist die Auflage nicht dazu geeignet, mit dinglicher Wirkung festzustellen, dass der geschenkte Gegenstand nach dem Tod des Beschenkten einem Dritten zufallen soll¹⁰⁴. Weitere Literaturangaben finden sich hierzu jedoch nicht¹⁰⁵. Diese Haltung ist insofern als richtig anzuerkennen, als dass seit Abschaffung der Fideikommiss im Zivilrecht im Jahre 1938 auch die „Konservierung“ des Gegenstandes auf Ewigkeiten abgeschafft wurde¹⁰⁶. Jedoch bleibt zu beachten, dass es sich bei der Fallkonstruktion, um die es hier geht, um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden handelt. Unterbleibt die Erfüllung jedoch zu Lebzeiten, kann der Zweitbegünstigte diese von den Erben des Erstbeschenkten verlangen, denn die Auflage stellt eine Rechtsverpflichtung dar, die gemäß §§ 1922 I, 1967 BGB auf die Erben übergeht¹⁰⁷. Die Vollziehung der Auflage ist somit auch noch nach dem Tod des Erstbeschenkten von dessen Rechtsnachfolgern auszuführen. Somit enthält die Rechtsfigur der Schenkung unter Auflage vergleichbare Anordnungen wie die Vor/Nacherbschaft und ist dadurch geeignet, eine Weitergabe an einen Dritten zu ermöglichen.

¹⁰⁰ MünchKommBGB/Koch, § 525, Rn. 2.

¹⁰¹ Palandt/Weidenkaff, § 525, Rn. 1.

¹⁰² Palandt/Weidenkaff, § 525, Rn. 10.

¹⁰³ Jülicher, Vertragliche Rückfallklauseln, Widerrufsvorbehalte, auflösende Bedingungen und Weiterleitungsklauseln in Schenkungsverträgen, ZEV 1998, S. 201 (205).

¹⁰⁴ Staudinger/Cremer, 13. Auflage, Berlin 1995, § 525, Rn. 11.

¹⁰⁵ Feick, Die Schenkung unter Auflage als alternative, pflichtteilsfeste Gestaltung zur (unzulässigen) dinglichen Weiterleitungsklausel, ZEV 2002, S. 85 (87).

¹⁰⁶ Feick, Die Schenkung unter Auflage als alternative, pflichtteilsfeste Gestaltung zur (unzulässigen) dinglichen Weiterleitungsklausel, ZEV 2002, S. 85 (87).

¹⁰⁷ Staudinger/Cremer, § 525, Rn. 27.

e) Beobachtungen im Vergleich zum Code Civil

Der erste Unterschied, der festzustellen ist, liegt darin, dass das BGB kein so klares Rechtsinstitut für eine Schenkung mit der Pflicht zur Weitergabe kennt wie der Code Civil. Das ist auch der Grund, weswegen sich die meisten Regeln des französischen Rechts in diesem Bereich nicht mit dem deutschen Recht (aufgrund von fehlenden Vorschriften) vergleichen lassen. So ist dem BGB eine Norm fremd, die eine solche Weitergabepflicht einer Schenkung ganz ausdrücklich formuliert. Mit dem Modell der Schenkung unter Auflage kann man ein solches Vorhaben zwar konstruieren, jedoch fehlen weitere ausdrückliche Regelungen in diesem Bereich. Beiden Rechtsordnungen gemeinsam ist das Institut der befreiten bzw. unbefreiten Vorerbschaft, obwohl der Code Civil diesen Regelungsmechanismus auch auf die Schenkung ausdehnt, was dem BGB fremd ist. Dies resultiert aus der engen Verbindung des Erb – mit dem Schenkungsrecht im französischen Recht¹⁰⁸, während das BGB die Schenkung unter die besonderen Schuldverhältnisse einordnet. Das BGB hat zwar die Möglichkeit, die Schenkung unter Auflagen mit weiteren Auflagen zu belegen, wie z.B. einer Beschränkung der freien Verfügung des Schenkungsgegenstandes¹⁰⁹, jedoch ist dies nicht im Gesetz geregelt, und kommt somit nicht ansatzweise an die Regelungsdichte der befreiten und unbefreiten Schenkung im Code Civil heran.

Ein weiterer Unterschied liegt in dem Mechanismus selbst, denn das französische Recht will die Rechte des Zweitbeschenkten an dem Schenkungsgegenstand gerade erst nach Tod des Erstbeschenkten entstehen lassen, während das deutsche Recht, (durch die Einordnung der Schenkung unter Auflage als Rechtsgeschäft unter Lebenden) darauf ausgerichtet ist, dass die Weitergabe noch zu Lebzeiten vollzogen wird und nur ansonsten der Herausgabeanspruch an die Erben des Erstbeschenkten geltend gemacht werden kann¹¹⁰.

Der Sinn und Zweck der Regelungen, sei es im Code Civil oder im BGB, ist jedoch identisch. Es ist der Wille, es einer Person zu ermöglichen, Anordnungen, bezüglich der Weitergabe eines Gegenstandes, zu Lebzeiten treffen zu können (als Beispiel kann hierfür die Großmutter angesehen werden, die schon zu Lebzeiten eine Regelung treffen will, dass ein Vermögensgegenstand zuerst ihrem Sohn und dann in die Hände ihres Enkels fallen soll). Jedoch ist das BGB hier auf die Regelung der Schenkung unter Auflage beschränkt und verzichtet auf weitergehende Vorschriften. Es lässt sich also feststellen, dass das

¹⁰⁸ Schömmers, Internationales Erbrecht Frankreich, Rn. 268.

¹⁰⁹ Palandt/Weidenkaff § 525, Rn. 1.

¹¹⁰ Feick, Die Schenkung unter Auflage als alternative, pflichtteilsfeste Gestaltung zur (unzulässigen) dinglichen Weiterleitungsklausel, ZEV 2002, S. 85 (87,88).

französische Recht hier regelungs – und normtechnisch viel weiter geht, als das deutsche Recht.

2. Schenkungsrecht des DCFR

a) Donation im DCFR

Der „Draft Common Frame of Reference“ (DCFR) ist das Ergebnis eines wissenschaftlichen Projekts, welches zum Ziel hat, auf politischer Ebene ein Hilfsmittel für eine bessere europäische Rechtssetzung im Bereich des Vertrags - und Verbraucherrechts zu schaffen, und auf wissenschaftlichem Terrain, die Unterschiede und Gemeinsamkeiten der europäischen Privatrechtsordnungen heraus zu kristallisieren¹¹¹. Dieser Text soll jedoch nicht als „Europäisches Zivilgesetzbuch“ dienen und das BGB oder die anderen zivilrechtlichen Kodifikationen der Mitgliedsstaaten ersetzen¹¹². Es soll lediglich versucht werden, mit dem DCFR einen Ausgangspunkt für rechtsvergleichende Arbeiten innerhalb der europäischen Rechtsordnungen anzubieten¹¹³. Inhalt dieses DCFR sind zehn Bücher mit unterschiedlichen Zivilrechtsinstituten, worunter in Buch IV, Specific contracts and the rights and obligations arising from them, Part H das Kapitel „Donation“ (Schenkung) fällt. Dieser „Part“ wurde von dem Osnabrücker Working Team on Gratuitous Contracts erarbeitet¹¹⁴. Bei der Frage nach der Terminologie der Schenkung fiel die Wahl des Osnabrücker Teams auf die Umschreibung des „contract for the donation of goods“¹¹⁵. Dies suggeriert, dass die allgemeinen Regeln des Buches II (Contracts and other juridical acts), wie z.B. die Entstehung eines Vertrages und deren Gültigkeit, und III (Obligations and corresponding rights), wie z.B. Rechtsmittel bei Nichterfüllung, auf den Bereich dieser Schenkungsverträge anzuwenden sind¹¹⁶.

b) Wie können Schenkungen mit Pflicht zur Weitergabe konzipiert werden?

aa) Donation with charge im DCFR?

Der Code Civil arbeitet in diesem Bereich mit der „befreiten bzw. unbefreiten Schenkung“. Das deutsche Recht kann mit der Figur der Schenkung unter Auflage zumindest dem Ziel der Weitergabe eines Schenkungsgegenstands gerecht werden. Im DCFR findet man hierfür erstmal keinerlei Regeln. Der DCFR schließt in seinen Comments zum Book IV.H. eine „donation with charge“, also eine Schenkung unter Auflage, gänzlich aus,

¹¹¹ Schulte-Nölke, Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht- Fakten und populäre Irrtümer, NJW 2009, S. 2161 (2161).

¹¹² Schulte-Nölke, Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht- Fakten und populäre Irrtümer, NJW 2009, S. 2161 (2161).

¹¹³ Schulte-Nölke, Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht- Fakten und populäre Irrtümer, NJW 2009, S. 2161 (2162).

¹¹⁴ Schmidt-Kessel, Essays in honour of Reinhard Zimmermann, S. 79 (80).

¹¹⁵ Schmidt-Kessel, Essays in honour of Reinhard Zimmermann, S. 79 (83).

¹¹⁶ DCFR/Full Edition, Comments Book IV Part H, S.2803.

hierfür sollen die Regeln für die „mixed contracts“ gelten¹¹⁷. Das resultiert daraus, dass der Schenker bei einer solchen Schenkung unter Auflage etwas als „Gegenleistung“ erhält, nämlich das, was er in der Auflage formuliert hat¹¹⁸. Somit fällt diese Form der Schenkung aus dem Anwendungsbereich der „reinen unentgeltlichen Verträge“, welche IV.H-1:201 DCFR formuliert¹¹⁹. Der DCFR sieht zudem keinen Grund, die Gruppe der Schenkung unter Auflage von denen der Übergabeverträge gegen Entgelt zu unterscheiden, da nur die wenigsten Fälle unter den Bereich einer echten Schenkung unter Auflage ohne wirkliche Gegenleistung fallen würden und der Anwendungsbereich demnach einfach zu klein wäre¹²⁰. Zudem würden die Konsequenzen eines Verstoßes gegen solche Auflagen auch nicht besonders von den Regeln der „non performance of the obligation concerning the reward“ abweichen, was die Arbeitsgruppe der Schenkung noch mehr als Anstoß dafür sah, diesen Bereich der Schenkung unter Auflage nicht unter die Regeln für die unentgeltlichen Verträge zu subsumieren¹²¹. Somit werden die sogenannten Schenkungen unter Auflagen im DCFR unter der Rubrik der „Rules on mixed contracts“ in Book IV.H- 1:202: „Transactions which are not entirely gratuitous“, behandelt¹²².

bb) Category of mixed contracts

[a] Mixed contract oder entgeltlicher Vertrag?

Die Regeln für diese „mixed contracts“ stehen in Book IV.H- 1:202 DCFR. Eigentlich werden die „mixed contracts“ bereits in Book II.1:107 behandelt, allerdings reichten diese Normen für den hier vorliegenden Fall nicht aus, weswegen die Regel des Book IV.H- 1:202 dazu konzipiert wurde. Da der DCFR bei Fällen der Schenkung unter Auflage eine Gegenleistung annimmt, ist es nötig, eine Abgrenzung zwischen den mixed contracts iSv. IV.H-1:202 und einem entgeltlichen Vertrag vorzunehmen. Die entscheidenden Abgrenzungskriterien, um festzustellen, ob es sich noch um eine Schenkung, oder bereits um einen entgeltlichen Vertrag handelt, liegen zum einen in dem Vorliegen einer Gegenleistung und zum anderen in dem Fehlen der wesentlichen Gleichwertigkeit der Leistungen¹²³. So lange aus Sicht der Parteien ein Element der Unentgeltlichkeit im Vertrag untereinander besteht, sind jedoch die Regeln der Schenkung anzuwenden¹²⁴.

Wenn also eine Gegenleistung für die Leistung des Schenkers entrichtet wird, ist die Übergabe nicht unentgeltlich und der ganze Vertrag kann somit nicht als Schenkung

¹¹⁷ DCFR/Full Edition, Comments Book IV, Part H, S. 2826.

¹¹⁸ Schmidt-Kessel, Essays in honour of Reinhard Zimmermann, S. 79 (87).

¹¹⁹ DCFR/Full Edition, Comments Book IV, Part H, S. 2820.

¹²⁰ DCFR/Full Edition, Comments Book IV, Part H, S. 2821.

¹²¹ DCFR/Full Edition, Comments Book IV, Part H, S. 2821

¹²² DCFR/Full Edition, Comments Book IV, Part H, S. 2826.

¹²³ DCFR/Full Edition, Comments Book IV, Part H, S. 2823.

¹²⁴ DCFR/Full Edition, Comments Book IV, Part H, S. 2823.

angesehen werden¹²⁵. Von diesem Grundsatz macht IV.H- 1:202 (I) DCFR einige Ausnahmen, bei denen der Vertrag hauptsächlich doch als Schenkung qualifiziert wird. Darunter fällt (a) der Fall, wenn eine Partei die Übergabe unter anderem mit dem Willen, die andere Partei zu begünstigen durchführt und (b), wenn der Wert der jeweiligen Leistungen von beiden Parteien als nicht gleichwertig betrachtet werden kann. Diese Regeln beziehen sich auf II.-1:107 paragraphs (3) und (4)¹²⁶. Hier wird bereits festgestellt, dass es bei Vorliegen eines vorherrschenden Teils innerhalb dieses „mixed contracts“ unsachgemäß wäre, wenn der ganze Vertrag nicht in erster Linie anhand dieses dominierenden Parts beurteilt werden würde (II.1:107 (3) (b) DCFR). Als Beispiel dafür dient die Schenkung eines Messers¹²⁷. In vielen Regionen Europas ist diese Art von Schenkung mit einem abergläubischen Gefühl belegt, da das geschenkte Messer Unglück über den Beschenkten bringen wird. Aufgrund dessen wird eine kleine Münze (1 Cent) als „Gegenleistung“ erbracht um diesem auferlegten Unglück zu entrinnen. Diese Gegenleistung kann jedoch nicht als gleichwertig betrachtet werden und somit wird der Vertrag als Ganzes den Regeln der Schenkung unterfallen¹²⁸.

[b] Anwendbarkeit der Schenkungsrechtsregeln

Solange der Vertrag also hauptsächlich unentgeltlich ist, wird mit den Regeln für die Schenkung gearbeitet. Allerdings kann es vorkommen, dass durch die Anwendung dieser Schenkungsregeln auf die Fälle des IV.H-1:202 (1) andere Ergebnisse erzielt werden würden als durch die allgemeinen Regeln¹²⁹. Deshalb verweist IV.H-1:202 (2) auf die Norm III.- 1:110 des DCFR, um somit die vorab genannte Problematik anhand der Regel der „Variation or termination by court on a change of circumstances“ zu lösen. Somit kann das Gericht die Folge der Nichtigkeit, die aus einer Anwendung der Normen in Kapitel II in Book IV.H resultiert, durch eine Ermessensentscheidung, ob der Vertrag gültig ist, oder die Verpflichtungen verändert werden müssen, ersetzen¹³⁰. Die Vorschriften über die Pflichten des Schenkers, sowie die bezüglich der Haftungsbeschränkungen, sind auf den „mixed contract“ anwendbar¹³¹. Eine Besonderheit bezüglich des Widerrufs, führt IV.H-1:202 (3) DCFR auf. Erstens soll der Widerruf sich auf den gesamten Vertrag beziehen und zweitens kann der Beschenkte den Widerruf dahingehend verhindern, als dass er seinem Schenker eine „vernünftige“ (reasonable) Gegenleistung innerhalb einer angemessenen (reasonable) Zeit nach dessen Widerruf anbietet. Der Beschenkte kauft dem Schenker sozusagen sein Widerrufsrecht ab. Ob die Gegenleistung als „reasonable“

¹²⁵ DCFR/Full Edition, Comments Book IV, Part H, S. 2822.

¹²⁶ DCFR/Full Edition, Comments Book IV, Part H, S. 2822.

¹²⁷ DCFR/Full Edition, Comments Book IV, Part H, S. 2823.

¹²⁸ DCFR/Full Edition, Comments Book IV, Part H, S. 2823.

¹²⁹ DCFR/Full Edition, Comments Book IV, Part H, S. 2823.

¹³⁰ DCFR/Full Edition, Comments Book IV, Part H, S. 2824.

¹³¹ DCFR/Full Edition, Comments Book IV, Part H, S. 2824/5.

anzusehen ist, hängt von verschiedenen Faktoren ab, wie z.B. die der Zeitspanne zwischen der Übergabe und des Widerrufs oder dem Wesen des Widerrufsrechts¹³².

c) Beobachtungen im Vergleich zum Code Civil

Dem DCFR ist die ausführliche Konstruktion des französischen Rechts, bezüglich der Schenkung mit Pflicht zur Weitergabe, fremd. Ein Grund für den Ausschluss der Schenkung unter Auflage innerhalb des DCFR könnte darin gesehen werden, dass nach einer Meinung in der Literatur die Auflösung dieses Modells nur noch eine Frage der Zeit sei¹³³. Im DCFR wird die Schenkung unter Auflage als „mixed contract“ behandelt. Ob dann die Regeln für entgeltliche Verträge oder die der Schenkung angewandt werden würde, hängt von der Gleichwertigkeit der Leistungen ab. Somit wäre es möglich, dass anhand der Regeln der „mixed contracts“ im DCFR eine Schenkung mit der Pflicht zur Weitergabe verbunden wird, die dann, je nach Ansicht der Parteien, über die Gleichwertigkeit der Leistung als Schenkung, oder als entgeltlicher Vertrag angesehen werden würde. Da die Regeln innerhalb des Schenkungsrechts des DCFR keinen Bezug zum Erbrecht (Book I. 1:101 (2b)) haben, kann davon ausgegangen werden, dass diesem Regelwerk ein Verständnis der Schenkung mit Pflicht zur Weitergabe aus Sicht des Code Civil nicht zu Grunde gelegen hat. Mit den Regeln des DCFR kann es nur um die Fälle gehen, in denen der Schenker eine einfache Weitergabe durch den Beschenkten an einen Dritten ermöglichen will, nicht aber um die Regelungsbreite, die der Code Civil in diesem Bereich anbietet.

V. Die Schenkung in Code Civil, BGB und DCFR – viele Wege führen zum Ziel?

Die Schenkungsrechtsreform in Frankreich hat also zu zahlreichen Änderungen im Regelwerk des Code Civil geführt. Die durch die Reform veränderten Normen im französischen Recht stellen aber, im europäischen Vergleich, bei weitem keine Einheitslösung dar, wie der rechtsvergleichende Teil dieser Arbeit gezeigt hat. Die Schenkung lässt sich zwar in allen drei Rechtsordnungen finden, es gibt jedoch erhebliche Unterschiede in ihrer Platzierung, Gestaltung und Anwendungsweise. So hat die Schenkung im Code Civil ihren Platz beim Erbrecht gefunden, da beide Rechtsinstitute durch Freigibigkeit und Unentgeltlichkeit geprägt sind¹³⁴. Der deutsche Gesetzgeber hingegen ordnet die Schenkung den einzelnen Schuldverhältnissen im Gesetz zu (siehe Buch 2, BGB: Recht der Schuldverhältnisse, Abschnitt 8, Titel 4). Die Schenkung im DCFR wird ebenfalls innerhalb der besonderen Schuldverhältnisse behandelt (Book IV. Specific contracts and the rights and obligations arising from them, Part H). Somit sehen der DCFR und das BGB die Schen-

¹³² DCFR/Full Edition, Comments Book IV, Part H, S. 2825.

¹³³ Basedow/Hopt, Handwörterbuch des Europäischen Privatrecht, S.1 (3).

¹³⁴ Basedow/Hopt, Handwörterbuch des europäischen Privatrechts, S. 1 (3).

kung nicht in dem engen Zusammenhang zum Erbrecht, wie das französische Recht. Daraus resultieren auch die unterschiedlichen Definitionen der Schenkung in den drei Regelwerken. Im Code Civil wird in der Definition der „libéralités“ deutlich, wie nah das Schenkungsrecht dem Erbrecht steht, in dem es in art. 893 Code Civil heißt: „Die „libéralité“ ist eine Handlung, durch die eine Person unentgeltlich über das ganze oder einen Teil ihres Vermögens oder ihrer Rechte zu Gunsten einer anderen Person verfügt. Diese „libéralité“ kann nur durch Schenkung zu Lebzeiten oder durch Testament durchgeführt werden“. Das BGB beschreibt in § 516 die Schenkung als „eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt“. Im DCFR heißt es in IV.H- 1.101: „Ein Vertrag über Schenkung von Vermögen, ist ein Vertrag, in dem die Partei des Schenkers der anderen Partei des Beschenkten verpflichtet ist, unentgeltlich das Eigentum von Vermögen, mit der Absicht den Beschenkten zu begünstigen, zu übergeben“. Allen Rechtsordnungen gemeinsam ist, dass der Schenker sich aus seinem Vermögen zu Gunsten einer anderen Person bedienen muss. Ebenso ist das Element der Unentgeltlichkeit maßgebend. Somit kann von einem gemeinsamen Grundverständnis des Charakters der Schenkung ausgegangen werden. Doch trotz dieses einhelligen Grundverständnisses ergeben sich viele Unterschiede bei der Anwendung der Schenkungsrechtsregeln, was nicht nur aufgrund der Nähe zum Erbrecht im französischen Recht resultiert.

Bei der Schenkung mit der Pflicht zur Weitergabe geht der Code Civil deutlich weiter als das BGB und der DCFR. So hat sich innerhalb des französischen Rechts nach der Reform 2007 eine wahre Fülle an Regelungen bezüglich der befreiten/unbefreiten Vor/Nachschenkung etabliert¹³⁵, während das BGB keine eindeutige Konzeption für diesen Fall kennt. Das deutsche Recht versucht, mit der Figur der Schenkung unter Auflage ein ähnliches Ergebnis zu erzielen, dies gelingt jedoch nicht so überzeugend wie im Code Civil. Der DCFR hingegen behandelt dieses Modell der Schenkung unter Auflage noch nicht mal mehr als eigenständige Figur, sondern führt diesen Fall unter der Rubrik „mixed contracts“ auf¹³⁶. Also hat der französische Gesetzgeber auch hier den weitesten Ansatz und versucht somit, dem Willen des Verfügenden gerecht zu werden.

Der Sinn und Zweck der Regelung geht jedoch in allen drei Regelungsordnungen (insbesondere der des Code Civil und BGB), trotz der diversen Unterschiede, tendenziell in die gleiche Richtung. Dies macht zum einen der gemeinsame Gedanke, dass das Vermögen nicht nur dem jeweiligen Inhaber, sondern auch seiner Familie zusteht¹³⁷, als auch das Bestreben dem Willen des Verfügenden Folge zu leisten und es somit zu ermöglichen, eine

¹³⁵ Siehe oben.

¹³⁶ DCFR/Full Edition, Comments Book IV, Part H, S. 2826.

¹³⁷ Schlechtriem, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa I, S. 847, Rn. 224.

Schenkung mit „Auflagecharakter“ (Weitergabe) zu formulieren, deutlich. Um die verschiedenen Anwendungsmöglichkeiten der Schenkungsrechtsregeln in Europa zu verinnerlichen und selbst gebrauchen zu können, bedarf es gleichwohl einen hohen Grad an „rechtsvergleichendem Verstand“. Der DCFR will hierbei als Ausgangspunkt zur Rechtsvergleichung dienen, um den Zugang zu ausländischen Rechtsordnungen zu vereinfachen¹³⁸. Eine anzuerkennende Ambition, dessen Wichtigkeit diese Arbeit aufgezeigt hat.

¹³⁸ Schulte-Nölke, Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht- Fakten und populäre Irrtümer, NJW 2009, S. 2161 (2161, 2162).

Die Queen und das britische Parlament

von

Stephen Swann

1. Einleitung

Der Entwurf eines Kabinetthandbuchs,¹ der kürzlich zu Konsultationszwecken veröffentlicht wurde, bietet die folgende (unverfängliche) Beschreibung der Stellung der Queen in der britischen Verfassung:

Der Landesherr bzw. die Landesherrin (*Sovereign*) ist Staatsoberhaupt des Vereinigten Königreichs und leistet Stabilität, Kontinuität und einen nationalen Schwerpunkt. Gewohnheitsgemäß engagiert der *Sovereign* sich nicht in der Parteipolitik des Regierens, obwohl er/sie anspruchsberechtigt ist, informiert und befragt zu werden und Minister zu beraten, zu ermutigen und zu warnen.²

Daraus könnte man schon ableiten, dass die Queen eine eher distanzierte Position in der Verfassung hat. Gemäß dem Modell einer parlamentarischen Monarchie, dem sich das Vereinigte Königreich im Laufe der Geschichte angeschlossen hat, ist dies auch faktisch keine falsche Darstellung. Schaut man allerdings genauer hin, entpuppt sich ihre Stellung im konstitutionellen System als wenig durchschaubar. Das wird in diesem Aufsatz anhand eines einzelnen Aspekts ihrer vielfältigen Aufgaben verdeutlicht – nämlich in ihrem Verhältnis zum Parlament.

Komplikationen (die auch die Unparteilichkeit der Queen in Frage stellen können) entstehen dadurch, dass die gegenwärtige Struktur der Machtverteilung vom historischen und rechtlichen Ausgangspunkt erheblich abweicht. Dies lässt sich erklären, wenn man sich zwei Grundsätze immer vor Augen hält, die zunächst in groben Zügen geschildert werden: (1) Es gibt keine ‚schriftliche‘ Verfassung, die die wichtigsten Regeln eindeutig wiedergibt, und (2) alle Macht ist auf die eine oder andere Weise vom *Sovereign* abgeleitet.

Über kurz oder lang sind viele der wesentlichen Stärken und Schwächen der britischen Verfassung überwiegend auf einen Kernpunkt zurückzuführen: Es fehlt an einem dem deutschen Grundgesetz ähnlichen umfassenden Verfassungstext, der die Kompetenzen der

¹ Cabinet Office, *The Cabinet Manual – Draft. A guide to laws, conventions, and rules on the operation of government* (2010): <http://www.cabinetoffice.gov.uk/resource-library/cabinet-manual>.

² *Ibid*, Rdnr. 6 (eigene Übersetzung).

Verfassungsorgane sowohl unter sich als auch dem Bürger gegenüber regelt. Trotz der (vorsichtigen) Befürwortung des Vorhabens seitens des letzten Premiers³ scheint die Idee einer „schriftlichen“ Verfassung für das Vereinigte Königreich auch für Reformen innerhalb der britischen politischen Elite noch mindestens zehn bis zwanzig Jahre in der Zukunft zu liegen und auch dann soll sie am liebsten nur in eine Zusammensetzung der wichtigsten verfassungsrelevanten Gesetze münden.⁴ Als Frucht dieser Debatte ist aus Regierungskreisen bisher allein der öffentliche Entwurf des „Handbuchs“ für Kabinettsmitglieder entstanden, der wiederum auf Kritik gestoßen ist.⁵ Dieses Vakuum, das kontinentale, irische und amerikanische Juristen gleichermaßen mit gutem Grund als haarsträubend empfinden mögen, wird durch eine Handvoll grober Prinzipien gefüllt – vor allem dasjenige, das besagt, die Gesetze des britischen Parlaments seien die unanfechtbare⁶ höchste Rechtsquelle im Königreich. Das Fehlen „starrer“ Verfassungsrahmen ermöglicht eine hochgeschätzte Flexibilität in der Anpassung alter Institutionen und Verfahren an neue politische Zeitgeister. Dessen Kehrseite ist allerdings durch schleichende Änderungen in den tatsächlich angewandten Regeln gekennzeichnet, die Irreführung oder kritische Unschärfe mit sich bringen.

Historisch betrachtet entstammen alle Verfassungskompetenzen (auch die gesetzgebende des Parlaments) dem König. Sie sind das Ergebnis eines organischen Prozesses der Entstehung, Fortsetzung und Entwicklung der Institutionen über Jahrhunderte, in dem (mal friedlich durch Delegation, mal blutig im Bürgerkrieg) die Machtübergabe gewonnen wurde.⁷ Häufig ist die rechtliche Lage formell nie oder nur am Rande im Einklang mit der geänderten politischen Landschaft (mit anderen Worten: dem wirklichen Abgang der Entscheidungen) gebracht worden. So ist die Regierung heutzutage von der Mehrheit im House of Commons faktisch bestimmt, rechtlich handelt es sich um die Regierung *Ihrer Majestät*, dessen *prime minister* sie ernennt und nach Belieben entlassen darf. Der elastische Stoff, der die Quadratur des Kreises bildet (im Beispiel: die Queen an den Wunschkandidaten des Parlaments bindet), heißt *constitutional convention*, was nichts

³ Für Einzelheiten siehe House of Commons Justice Committee, *Constitutional Reform and Renewal* (2009) 11. Bericht (2008-09) HC 923, Rdnr. 53-63.

⁴ Siehe <http://www.guardian.co.uk/politics/2008/feb/13/constitution> (13 Februar 2008).

⁵ Siehe bspw. <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2010/dec/15/written-constitution-editorial> (15 Dezember 2010).

⁶ Zwar kann es vorkommen, dass einer gesetzlichen Regelung das Recht der EU oder der europäischen Menschenrechtskonvention widerspricht. In beiden Fällen (aber auf unterschiedlichem Wege) kann es sein, dass die nichtkonforme Regelung nachgeben muss, aber dies erfolgt (wenn überhaupt) auf der Basis eines anderen Gesetzes (der European Communities Act 1972 (1972 c. 68), der das Gemeinschaftsrecht ‚importiert‘, bzw. der Human Rights Act 1998 (1998 c. 42), der die EMRK in die einheimischen Rechtsordnungen aufnimmt.) Es handelt sich formell betrachtet insofern um die Abstimmung (vor allem durch nachgiebige Auslegung) widersprüchlicher Ausdrücke des parlamentarischen Willens.

⁷ Näheres in Ivor Jennings, *The Law and Constitution*, 5. Auflage (London: University of London Press, 1959), S. 7 ff.

anderes bedeutet als politische Praxis, die durch allgemeine Akzeptanz der jeweiligen Beteiligten zur Gewohnheitsregel geworden ist.⁸

2. Die Einberufung des Parlaments

Die Einberufung des Parlaments erfolgt durch eine königliche Proklamation. Die Freiheit des Staatsoberhauptes, das Parlament nach Belieben einzuberufen – oder eben (was zum kritischen politischen Problem des 17. Jahrhunderts wurde) eben *nicht* einzuberufen, um eine dem Monarch unbequeme politische Bewegung unter den Volksvertretern fernzuhalten – wird längst durch das Gesetz in Schranken gehalten. Gemäß der Bill of Rights 1688⁹ sollte das Parlament ‚häufig‘ tagen.¹⁰ Diese vage Regel ist im Meeting of Parliament Act 1694¹¹ konkretisiert: das Parlament muss mindestens alle drei Jahre zusammenkommen.¹² Faktisch hat das Parlament seit 1689 jährlich getagt.¹³ Der Drang der modernen Zeit nach beständiger Gesetzgebung und Finanzierung öffentlicher Aufgaben sowie nach dauernder Aufsicht über die Regierung hat dazu geführt, dass heutzutage (abgesehen von Urlaubspausen) das Parlament kontinuierlich tagt.

Außerdem kann die Queen innerhalb dieser gesetzlichen Grenzen nicht mehr eigenmächtig handeln. Die königliche Proklamation erfolgt seit langem erst nach der Beratung und gemäß dem Rat des Regierungsapparats. Dieses Verfahren scheint implizit rechtlich bindend zu sein, denn darauf weisen einige Gesetze, die die Frist für die Versammlung nach einer Proklamation regeln.¹⁴

⁸ Einzelheiten in u.a. Colin R. Munro, *Studies in Constitutional Law*, 2. Auflage (London: Butterworths, 1999), Kap. 3.

⁹ 1 Will. & Mar. Sess. 2 c. 2. Das Gesetz wurde durch den Crown and Parliament Recognition Act 1689 „bestätigt“. Diese Bestätigung verlieh dem vorherigen Gesetz allerdings keine weitere rechtliche Kraft. Die Bill of Rights trat nach einer Änderung der Thronerfolge in Kraft und war insofern nur dann wirksam, wenn man die neuen Throninsassen als rechtmäßige Monarchen betrachtete. Diese neue Erbfolge der Krone lag aber auch allen späteren Gesetzen zugrunde, denn keine anderen als die neuen Throninsassen habe sie unterschrieben. Diese innewohnende Schwäche der Bill of Rights konnte deswegen nicht durch das Gesetz von 1689 beseitigt werden. Die rechtliche Basis der Bill of Rights entspricht insofern derjenigen einer Verfassung, die nach einer Revolution verabschiedet wird: der Bruch mit der vergangenen Rechtsgrundlage der Gesetzgebung ist unweigerlich. Nicht ohne Grund spricht man hier von einer „*Glorious Revolution*“.

¹⁰ Art. 13.

¹¹ 6 & 7 Will. & Mar. c. 2.

¹² *Section 1*. Siehe auch *section 2*, die dem König eine entsprechende Pflicht zur Vorladung aufbürdet. Deswegen wurde das Gesetz auch Triennial Act genannt.

¹³ A. W. Bradley und K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 14. Ausgabe (Harlow: Pearson; 2007), S. 187. Aus diesem Grund meinte Blackburn mit Recht, der Triennial Act sei schon zu seiner Entstehung nicht mehr zeitgemäß gewesen: Robert Blackburn, „The prerogative power of dissolution of Parliament: law, practice and reform“ [2009] PL 766, 769.

¹⁴ Meeting of Parliament Act 1797 (37 Geo. 3 c. 127), *section 1*: „Wenn es Seiner Majestät, Seinen Erben oder Seinen Nachfolgern gefällt, *nach und gemäß der Beratung des Geheimrats* (privy council) seiner Majestät, seiner Erben oder seiner Nachfolger, sein bzw. ihr königliche Proklamation zu verkünden ...“ (eigene Übersetzung; Betonung zugefügt). Siehe auch den Meeting of Parliament Act 1799 (39 & 40 Geo. 3 c. 14) *section 1*, der ebenfalls ein Mitwirkungsrecht der Minister (in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des

Die Queen hat eine von Touristen sehr geschätzte zeremonielle Rolle bei der Eröffnung einer parlamentarischen Sitzungsperiode (das sogenannte *State Opening of Parliament*). Ihr Empfang im Hause der Volksvertreter ist allerdings nicht gerade herzlich: Um ihre Unabhängigkeit vom Staatsoberhaupt und ihr Recht auf Debatte frei vom jeglichen königlichen Einfluss mit Nachdruck zu erklären, wird ihr die Eingangstür vor der Nase zugeschlagen.¹⁵ Dieses traditionelle Theater einmal beiseitegelassen hat die Queen dabei eine (rechtspolitisch betrachtet) fragwürdige Aufgabe, denn sie muss das Gesetzgebungsprogramm „ihrer“ Regierung vorlesen. Es ist nicht leicht zu verstehen, wie ihre Unparteilichkeit damit in Einklang zu bringen ist, dass sie zeitweilig als Mundwerk der Ideologie des Tages agieren muss. Die aktuelle Praxis ist nur als Fortsetzung einer Gewohnheit zu verstehen, die in Zeiten der tatsächlichen politischen Herrschaft eines Königs entstand. Dass sie nicht mehr zeitgemäß ist (und ihr in den Parlamenten in Edinburgh, Belfast und Cardiff nicht gänzlich gefolgt wird¹⁶), hat keine Änderung bewirkt. Dies ist nur ein Beispiel dafür, wie im britischen Königreich die Tradition oft über die Vernunft zu siegen scheint.

3. Die Auflösung des Parlaments

Eben wie die Queen die neu- bzw. wiedergewählten Abgeordneten zur Versammlung im House of Commons und die *peers* zur Tagung im House of Lords einberuft, so hängt die Laufzeit eines Parlaments nach den Traditionen der Verfassung von ihrem Willen ab. Dies ging in der Vergangenheit so weit, dass sich ein Parlament mit dem Tod des Herrschers automatisch auflöste. Die Misslichkeit einer solchen Regel in einer modernen parlamentarischen Monarchie liegt auf der Hand und sie wurde gesetzlich abgeschafft.¹⁷

Die formelle Grundregel bleibt jedoch, dass das Parlament nur nach Belieben des Königs bzw. der Königin tagt. Die Stellung der Queen bei der Auflösung des Parlaments wurde allerdings, wie bei dessen Einberufung, durch Gewohnheitsregeln in großem Maße festgelegt. Die maximale Laufzeit eines Parlaments ist gesetzlich auf fünf Jahre festge-

Staatsgeheimrats) vorsieht. Nach dem Parliament (Elections and Meeting) Act 1943 (6 & 7 Geo. 6 c. 48), *section 34* darf die Proklamation zur Versammlung nach einer Vertagung vorsehen, dass das Parlament schon am nächsten Tag zu versammeln hat. Steht eine Unterbrechung für einen Zeitraum von über 14 Tagen schon fest, muss jedoch eine Frist von mindestens sechs Tagen eingehalten werden, wenn die Queen eine Verkürzung der Unterbrechung verkünden will: Meeting of Parliament Act 1870 (33 & 34 Vict. c. 81), *section 2*.

¹⁵ Im Gegenzug dazu (als eine Art Ranzion für ihre sichere Rückkehr) muss ein Abgeordneter die Eröffnung im königlichen Palast aussitzen und um sein Leben bangen, d.h. hoffen, dass währenddessen keiner seiner Kollegen in Westminster die Queen mit Gewalt angreift.

¹⁶ Die königliche Rede, soweit sie bei der Eröffnung stattfindet, beschränkt sich in den Nationalversammlungen auf Segenswünsche und Ähnliches und befasst sich nicht mit dem Regierungsplan der jeweiligen Exekutive.

¹⁷ Succession to the Crown Act 1707 (6 Anne c. 41), *section 4*; Representation of the People Act 1867 (30 & 31 Vict. c. 102), *section 51*.

legt.¹⁸ Es besteht aber nach aktueller Rechtslage keine Mindestlaufzeit: Die Queen darf also das Parlament jederzeit auflösen. Diese Macht wird sie jedoch gewohnheitsmäßig nur dann ausüben, wenn ihr Premier sie dazu berät, d.h. er um die Auflösung bittet. Ohne seine Zustimmung kann die Königin das Parlament nicht auflösen (auch wenn sie ihn theoretisch deswegen gegen seinen Willen entlassen könnte).¹⁹ Ebenso muss sie grundsätzlich seinem Wunsch nachgehen.²⁰ Der *prime minister* kann deshalb zu einer beliebigen Zeit faktisch eigenwillig eine neue Wahl herbeiführen.²¹ Er muss sich nicht einmal mit seinen Kabinettskollegen darüber absprechen.²² Erst recht ist im Vereinigten Königreich nach der aktuellen Rechtslage keine mehr oder wenig fingierte Vertrauensabstimmung²³ (plus abnickende Entscheidung eines Verfassungsgerichts) erforderlich, um „vorzeitige“ Wahlen auszulösen. Ferner ist die königliche Entscheidung, das Parlament aufzulösen, wegen der an sich politischen Natur des Beschlusses der gerichtlichen Kontrolle der Rechtmäßigkeit (*judicial review*) völlig entzogen.²⁴

Die Macht, vorgezogene Neuwahlen zur Wunschzeit aus reinem politischem Kalkül zu veranlassen, ist trotzdem nicht grenzenlos. Das Brauchtum der Verfassung sieht vor, dass die Queen unter bestimmten Umständen die Bitte um eine Auflösung des Parlaments rechtmäßig verweigern dürfte. Allerdings herrscht keine Einigkeit über die Reichweite dieser der Königin selbst vorbehaltenen Entscheidungsmacht (ihrer sogenannten *personal prerogative*). Nach einem Konzept ihrer Befugnis wäre die Queen zu einer Ablehnung nur dann berechtigt, wenn sie einen neuen Premier ernennen kann, der ihre Entscheidung im Parlament verteidigen könnte. Dies folgt nach dem Ansatz, dass die Queen entweder den Empfehlungen ihrer *prime minister* folgt oder ihn entlässt.²⁵

Eine mittlere Einstellung schränkt diesen Ansatz ein, in dem sie zwei weitere Voraussetzungen hinzufügt. Diese Auffassung setzt die folgenden Kriterien voraus: (1) das Parlament bleibt entscheidungsfähig und ist noch in der Lage, seine Funktion zu erfüllen;

¹⁸ Septennial Act 1715 (1 Geo St. 2 c. 38), geändert durch den Parliament Act 1911 (1 & 2 Geo. 5 c. 13), section 7. Wie der Name des Gesetzes preisgibt, sah es vor der Änderung einen maximalen Zeitraum von sieben Jahren vor. Noch früher waren nach dem Meeting of Parliament Act 1694 bloß drei Jahre die Regel.

¹⁹ Ivor Jennings, *Cabinet Government*, 3. Auflage (Cambridge: CUP, 1959), 413-417.

²⁰ Die letzte Ablehnung der Bitte eines der *prime minister* auf Auflösung des Parlaments fand 1834 statt: dazu Robert Blackburn, „Monarchy and the personal prerogatives“, [2004] PL 546, 556.

²¹ House of Lords Select Committee on the Constitution, *Fixed-term Parliaments Bill* (2010) 8. Bericht (2010-11) HL 69, Rdnr. 9.

²² Dies ist zumindest die Gewohnheitsregel seit 1918 (wenn nicht etwas früher): Jennings, *Cabinet Government*, S. 417-418; Blackburn, [2009] PL 766, 770.

²³ Die deutschen Erfahrungen 1983 und 2005, als der damalige Bundeskanzler Helmut Kohl bzw. Gerhard Schröder durch „unechte“ Vertrauensfragen dank Stimmenthaltungen aus den eigenen Reihen eine Auflösung des Bundestages auf der Grundlage GG Art. 68 erzwungen hat, bedarf hier keiner weiteren Einzelheiten.

²⁴ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, 418B-C per Lord Roskill; Munro, *Studies in Constitutional Law*, S. 290-291; Blackburn, [2009] PL 766, 768.

²⁵ Für Einzelheiten siehe Jennings, *Cabinet Government*, S. 420-428.

(2) eine Wahl würde die nationale Wirtschaft schädigen; und (3) die Queen kann sich darauf verlassen, dass sie einen neuen *prime minister* ernennen könnte, der mit einer funktionierenden Mehrheit der Abgeordneten im House of Commons für einen angemessenen Zeitraum regieren könnte. So lauten die sogenannten *Lascelles Principles*,²⁶ die unter anderem verhindern sollen, dass ein Premier in einem internen Streit (mit seinen Kabinettsmitgliedern oder Parteigenossen) durch den Appell an die Wähler seine Minderheitsposition verstärken kann und das vermeiden darf, was in diesen Umständen angebracht wäre, nämlich einen ehrwürdigen Rücktritt.²⁷

Über die Reichweite und den genauen Aufbau der *Lascelles Principles*, die manchen als weit entfernt von einer kohärenten Aufstellung des verfassungsrechtlichen Verfahrens erscheinen mögen,²⁸ wird noch gestritten.²⁹ Seltsamerweise hat Lascelles den Schutz des Interesses der Nation lediglich auf die Wirtschaft bezogen, obwohl allein ein kurzer Blick in die jüngste Geschichte des Landes hätte beweisen müssen, dass eine Wahl zur Unzeit das Gemeinwohl auch aus anderen Gründen durchaus schädigen könnte. (Hätte Neville Chamberlain 1940 nicht gemeint, zugunsten Winston Churchill zurücktreten zu müssen, hätte er bestimmt keine Auflösung des Parlaments vom King George VI. verlangen können.) In der Tat könnte man die zweite Voraussetzung auf den Schutz des nationalen Interesses im Allgemeinen erweitern.³⁰ Eine Auffassung geht so weit als zu behaupten, die zweite Voraussetzung sei gänzlich obsolet.³¹

Eine starke Minderheitsmeinung vertritt Blackburn, der grundsätzlich verneint, dass die Queen von der Empfehlung Ihres Premiers abweichen darf.³² Die einzige gerechtfertigte Ausnahme sei in Folge einer offensichtlich verfassungswidrigen Bitte des *prime minister* – insbesondere im Falle des Bruchs mit einer Gewohnheitsregel, beispielsweise wenn seine Partei gerade eine Wahl verloren hat und er eine sofortige Wiederholung verlangt oder wenn er in einem Streit um seine Posten als Parteiführer auszuweichen versucht.³³ Der

²⁶ Siehe dazu Colin Turpin und Adam Tomkins, *British Government and the Constitution: Text and Materials*, 6. Auflage (Cambridge: CUP, 2007), S. 364. Die Grundsätze sind nach Sir Alan Lascelles (der Privatsekretär von King George VI) benannt, der sie unter Berücksichtigung der Erfahrung anderswo im Commonwealth formuliert hat. Unter dem Pseudonym „Senex“ hat er sie 1950 – damals verfügte die Labour-Regierung über eine knappe Mehrheit im House of Commons – als Beitrag zu einer öffentlichen Debatte in einem Brief an den Redakteur der *Times* erörtert. Aus diesem Beispiel lernt man dazu, dass auch Leserbriefe in Zeitungen unter Umständen eine Art Rechtsquelle im britischen Verfassungsrecht darstellen können. Ob das ein adäquater Ersatz für eine schriftliche Verfassung bildet, muss vermutlich nicht weiter erläutert werden.

²⁷ de Smith, *Constitutional and Administrative Law*, 5. Ausgabe herausgegeben von Harry Street und Rodney Brazier (Harmondsworth: Penguin, 1986), S. 177-178.

²⁸ Vgl. Blackburn, [2004] PL 546, 560 Fn 46.

²⁹ Siehe Turpin und Tomkins, a.a.O.

³⁰ Vergl. de Smith, *op. cit.*, S. 130.

³¹ Weiter dazu: Turpin und Tomkins, a.a.O.

³² Blackburn, [2004] PL 546, 556.

³³ *Ibid*, 556.

Verweis auf „Verfassungswidrigkeit“ als Rechtfertigung für eine Sonderbefugnis der Queen wirft allerdings genauso viele Fragen auf, wie der vielleicht herrschende Versuch, die Ausnahme auf Basis der Lascelles-Prinzipien fest zu nageln.

Für das Verfassungsrecht des britischen Königreichs³⁴ wird dieser Streitpunkt über die Reichweite demnächst (aller Wahrscheinlichkeit nach) der Vergangenheit angehören, denn alles wird sich ändern, wenn sich ein wesentliches Reformprojekt der aktuell regierenden Koalition verwirklicht. Ein von ihr geförderter Gesetzesentwurf (die *Fixed-term Parliaments Bill*³⁵) sieht für das aktuelle Parlament und alle künftigen einen festen Zeitraum von fünf Jahren vor. Wird der Entwurf zum Gesetz, können vorgezogene Neuwahlen (bis auf eine sehr beschränkte Ausnahme³⁶) nur dann stattfinden, wenn das House of Commons entweder (a) das Vorziehen der Wahl mit Unterstützung von mindestens zwei Dritteln³⁷ der Abgeordneten beschlossen hat³⁸ oder (b) sein Vertrauen in die Regierung durch einfache Abstimmung verweigert und diese Entscheidung nicht innerhalb von 14 Tagen revidiert.³⁹ Eine anderweitige Auflösung des Parlaments als am 17. Arbeitstag vor dem nach diesen gesetzlichen Regeln festgelegten Wahltag wäre ausdrücklich nicht möglich.⁴⁰ Der politische Spielraum eines *prime minister* und damit auch das Restermessen der Königin werden in dieser Hinsicht demnächst wegfallen. Ein Vorteil des Vorhabens, wenn auch nicht der Wichtigste, besteht darin, die Queen vor dem Risiko zu schützen, in politische Kontroversen über die Auflösung verwickelt zu werden.⁴¹

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist der Entwurf auch insofern von Belang, als er in der zweiten bedeutsamen Ausnahme zur Festdauer des Parlaments auf eine Gewohnheitsregel baut (ohne diese Regel gesetzlich zu fixieren⁴²). Auch wenn sie in der Praxis eher selten

³⁴ In einigen anderen Ländern der *common law*-Rechtsfamilie mögen die Prinzipien ihre Relevanz noch behalten. Hier ist in erster Linie nicht entscheidend, ob die Queen noch Staatsoberhaupt ist oder ob das Land eine republikanische Staatsform aufgenommen hat, sondern ob es eine schriftliche Verfassung gibt, die diese Problematik anderweitig regelt. Die Grundsätze entstammen aus und gehören zum *common law*-Gedankengut und gelten bis sie gemäß der Verfassung aus der jeweiligen Verfassung gedrängt werden.

³⁵ HC Bill 64 u. 119, HL Bill 40 (2010-11). Da der Gesetzesentwurf einige Ausnahmen vorsieht, wäre „Semi-fixed“ eine genauere Beschreibung des Vorhabens: vgl. HL Select Committee on the Constitution, *op. cit.*, Rdnr. 21-24.

³⁶ Gemäß des Entwurfs kann der *prime minister* per Verordnung den Tag der Wahl (erster Donnerstag im Mai im 5. Jahr nach der Wahl) um bis zu zwei Monate vorziehen bzw. verschieben: *clause* 1(5). Die Verordnung bedarf im Entwurf der Zustimmung beider Kammern des Parlaments: *clause* 1(6).

³⁷ Der Entwurf rückt von der ursprünglich vorgeschlagenen geringen Mehrheit (55%) ab: siehe dazu HL Select Committee on the Constitution, *op. cit.*, Rdnr. 99.

³⁸ *Clause* 2(1).

³⁹ *Clause* 2(2). Genauer gesagt: Der Vorsitzende des House of Commons (der *Speaker*) muss bescheinigen, dass eine dieser Voraussetzungen erfüllt worden ist: *clause* 2(1),(2). Die Bescheinigung des *Speakers* ist für alle Zwecke maßgebend: *clause* 2(3). Dadurch wird eine Kontrolle durch die Gerichte ausgeschlossen.

⁴⁰ *Clause* 3(2).

⁴¹ Constitution Unit (University College London), *Fixed Term Parliaments* (2010), Rdnr. 3.1.5.

⁴² Vgl. hierzu House of Commons Political and Constitutional Reform Committee, *Fixed-term Parliaments Bill* (2010) 2. Bericht (2010-11) HC 436, Rdnr. 50 (hinweisend auf den Erklärungsbedarf dafür, warum der

eine Rolle spielt,⁴³ verlangt die Anstandsregel, dass ein Regierungschef nicht einfach so weitermachen darf, wenn er das Vertrauen des Parlaments verliert. Sie ist ein Kernbestandteil des Prinzips der Rechenschaft einer Regierung den Volksvertretern gegenüber. In solchen Umständen musste der Premier nach der bisherigen Praxis entweder zurücktreten oder die Queen um eine Auflösung des Parlaments (also: eine Neuwahl) bitten.⁴⁴ Tritt der Gesetzesentwurf tatsächlich in der aktuellen Form in Kraft, so wird er den Zeitraum für diese Entscheidung des *prime minister* festlegen. Als sofortige Maßnahme wird allerdings nur der Premier zurücktreten können, denn für eine Auflösung müsste er zwangsweise 14 Tage abwarten. Interessanterweise bestimmt der Entwurf, dass nach Ablauf dieses Zeitraums eine Wahl stattfinden *muss*,⁴⁵ wenn der *Speaker* (der Vorsitzende des House of Commons) die Erfüllung der Voraussetzung bescheinigt. Könnte dann ein *prime minister*, der eine mehrheitsfähige Regierungsbildung durch die Opposition verhindern will, einfach die 14 Tage nach der negativen Abstimmung im Amt aussitzen, um eine Neuwahl zu erzwingen? Oder wäre die Queen berechtigt, ihn vor Ablauf dieses Zeitraums zu entlassen, um Platz für eine dem bestehenden Parlament gewiss erträgliche Regierung zu schaffen? Wie diese offenen Fragen darauf hindeuten kann es wohl sein, dass die neue strenge Regelung alte Probleme wiederbelebt, und zwar weil der Entwurf nur eine *partielle* Neuregelung des Gewohnheitsrechts bietet und auf ein obskures Fundament baut. Man ist hier wohl gemerkt weit entfernt von einem Verfassungskodex.

In der Debatte um den Gesetzesentwurf wurde die Möglichkeit der parlamentarischen „Denkzeit“ nach einer verlorenen Vertrauensabstimmung kritisiert, etwa auf der Basis, einem Premier sollte nicht die Chance gestattet werden, das Parlament umzustimmen.⁴⁶ Diese Kritik übersieht die Tatsache, dass auch andere Verfassungstexte in solchen Umständen keinen Automatismus bei der parlamentarischen Auflösung vorsehen.⁴⁷ Die „einfache“ Lösung, dass eine Misstrauensabstimmung in eine Auflösung und eine neue Wahl münden muss, vereinfacht die aktuelle Rechtslage zu sehr. Sie geht vom Standpunkt des „stabilen“ Zweiparteiensystems aus, der Westminster (in Folge des relativen Mehrheitswahlrechts für die Parlamentsmandate) weitgehend beherrscht hat. Kritiker setzen insofern ein einfaches Modell voraus, in dem Partei A (sei es *Conservative* oder *Labour*) eine Wahl für sich gewinnt und danach (primär durch innere Zerstrittenheit) einen

Entwurf keine Vorschrift enthält, die den Rücktritt einer Regierung nach einer negativen Misstrauensabstimmung fordert).

⁴³ Zuletzt 1979 vor der Wahl, die Margaret Thatcher an 10 Downing Street brachte.

⁴⁴ HL Select Committee on the Constitution, *op. cit.*, Rdnr. 104-105.

⁴⁵ Laut *clause 2(2)*: „Eine vorzeitige parlamentarische landesweite Wahl soll (*is*) stattfinden, wenn ...“.

⁴⁶ Siehe bspw. *Hansard* (HL) 1 März 2011, vol. 725, cols. 936-937 (Lord Richard), 937 (Lord Morris).

⁴⁷ So bspw. darf der Bundeskanzler in Deutschland erst 48 Stunden nach der Abstimmung um eine Auflösung des Bundestages bitten (GG Art. 68 Abs. 2) und der Bundespräsident dürfte sein Auflösungsrecht innerhalb von 21 Tagen ausüben, es sei denn, der Bundestag hat in der Zwischenzeit einen neuen Bundeskanzler gewählt (Abs. 1).

Bruchteil ihrer eigenen Unterstützung verliert. Nach diesem Modell scheint eine Auflösung unentbehrlich zu sein, denn die ‚völlig entgegengesetzte‘ Partei B wird selten in der Lage sein, eine stabile Regierung mit ‚Abtrünnigen‘ des ideologischen Gegners bilden zu können. Eine Neuwahl, die vermutlich einen klaren Sieg für Partei B (oder doch Partei A, gereinigt von ihren Abtrünnigen) mit sich bringen wird, ist nach diesem Ansatz die Gewährleistung für ‚starkes‘ Regieren in einem System, das ‚starke‘ Einzelpartei-Regierungen bevorzugt. Sind mehrere Parteien im Parlament vertreten, aber jeweils ohne absolute Mehrheit, ist die Koalitionsbildung (wie es nach der letzten Wahl tatsächlich vorkam) zumindest vorläufig wünschenswert. Die ‚Denkzeit‘ nach einer verlorenen Vertrauensabstimmung hat genau dies vor Augen: die Chance, unter *drei oder mehreren* ‚großen‘ Parteien neue Koalitionen zu bilden. Der Gesetzesentwurf scheint insofern eine weitere Entwicklung in der politischen Praxis in Westminster vorauszuahnen. Man kann sogar behaupten, er setzt auf den Erfolg des Referendums für ein *absolutes* Mehrheitswahlssystem, das ein schon verabschiedetes Gesetzesvorhaben der Regierung vorsieht.⁴⁸ Die Gegenposition der Kritiker lautet: Auch dann sollten die Wähler eine Chance haben, ihre Meinung über die Bildung einer neuen Koalition zu äußern.⁴⁹ Der Streit um den *fixed-term* kann deshalb teilweise auch als Schattenstreit um die Abschaffung der Westminster-‚Mehrheitskultur‘ verstanden werden.⁵⁰

Die Lebhaftigkeit der Debatte um eine (halb)feste Laufzeit des britischen Parlaments ist umso überraschender, denn diese Regelung galt von Anfang an für die Nationalversammlungen in Schottland,⁵¹ Nordirland⁵² und Wales.⁵³ Ihr Regime sieht auch ‚außerordentliche‘ Wahlen in den Fällen vor, dass das Parlament mit Zweidrittelmehrheit für die Auflösung stimmt oder (was einer Misstrauensabstimmung gleich kommt) es keine *First Minister* zur Ernennung durch die Queen beruft.⁵⁴ Allerdings ist die Dauer dieser Parlamente (genau wie diejenige des Bundestages⁵⁵) auf nur vier Jahre festgesetzt. Es ist deswegen auch keine Überraschung, dass die Umwandlung der Maximaldauer des britischen Parlaments von fünf Jahren in eine Festlaufzeit gleicher Dauer Gegenstand der Kritik und sogar wohl der Hauptankapfel geworden ist.⁵⁶ Im Durchschnitt ist der Abstand

⁴⁸ Parliamentary Voting System and Constituencies Act 2011 (2011 c. 1).

⁴⁹ HL Select Committee on the Constitution, *op. cit.*, Rdnr. 40 (Vernon Bogdanor).

⁵⁰ Zu dieser Kultur in diesem Zusammenhang siehe Blackburn, [2009] PL 766, 767.

⁵¹ Scotland Act 1988 (1998 c. 46), *sections* 2-3.

⁵² Northern Ireland Act 1998 (1998 c. 47), *sections* 31-32.

⁵³ Government of Wales Act 2006 (2006 c. 32), *sections* 3 u. 5.

⁵⁴ Ein *First Minister* muss zurücktreten, wenn er das Vertrauen des Parlaments nicht mehr hat: Scotland Act 1998, *section* 45(2); Government of Wales Act 2006, *section* 48(5). Diese Vorschriften legen als Gesetz fest, was im Westminster-System nur als Gewohnheitsregel gilt. Wegen des Systems der gemeinschaftsübergreifenden Regierung ist die Position nach dem Northern Ireland Act 1998 komplizierter.

⁵⁵ GG Art. 39 Abs. 1.

⁵⁶ HL Select Committee on the Constitution, *op. cit.*, Rdnr. 52-54, 59. Vgl. HC Political and Constitutional Reform Committee, *op. cit.*, Rdnr. 20 (Wahl von fünf statt vier Jahren begründet Erklärungsbedarf, aber stellt keinen Grund dar, den Entwurf zu blockieren).

zwischen Westminster-Wahlen knapp vier Jahre.⁵⁷ Zwar ist die Tendenz seit 1979 (wegen überwiegend deutlicher Mehrheiten) für eher längere Parlamentsdauern,⁵⁸ aber der Verdacht, die Abschaffung eines Privilegs des Regierungschefs sei zum Nachteil der Wähler und letztendlich auf Kosten der Demokratie statt Demokratie zu fördern,⁵⁹ ist nicht leicht beseitigt.

Der Vergleich mit den Regelungen der Nationalversammlungen wirft ein weiteres Problem auf und zwar in einem Aspekt, der dort nicht einheitlich geregelt wird: nämlich die Dauer des Parlaments nach einer (ausnahmsweise erlaubten) vorzeitigen Wahl. Während in Nordirland ein Parlament immer für vier Jahre gewählt wird (d.h. die Uhr wird nach *jeder* Wahl zurückgestellt),⁶⁰ führt eine vorgezogene Wahl in Schottland⁶¹ oder Wales⁶² in der Regel zu einem Parlament mit einer „Restdauerzeit“ (mit anderen Worten: Die Uhr wird *nicht* zurückgestellt). Der Gesetzesentwurf für die Festdauer des Westminster-Parlaments folgt dem nordirischen Muster.⁶³ Sogar einige Kritiker des Gesetzes befürworten diese Lösung,⁶⁴ aber Meinungsverschiedenheiten sind auch in diesem Punkt erkennbar.⁶⁵ Bisher gibt es keine Erfahrung mit dem schottisch-walisischen Modell: Keine vorzeitigen Wahlen haben bis dato stattgefunden. Es ist insofern noch abzuwarten, wie die Wähler dort reagieren werden, wenn sie eines Tages feststellen müssen, dass sie lediglich ein „überbrückendes“ Parlament gewählt haben. Man kann sich auch hier fragen, ob solche Unterschiede entstanden wären, wenn diese Frage in einer einzigen schriftlichen Verfassung des Königreichs geregelt worden wäre (statt in vier verschiedenen Gesetzen niedergeschrieben).

Als letzte Bemerkung über den Gesetzesentwurf dürfte man eine Lücke zur Kenntnis nehmen, der alle verfassungsrelevanten Gesetze des Vereinigten Königreichs unterliegen. Zwar wäre es politisch ein heikler Akt, rechtlich aber wohl möglich, den Fixed-term Parliaments Act 2011 (wenn der Entwurf diesen Status erreicht hat) mit einfacher Mehrheit aufzuheben. Das folgt logischerweise daraus, dass verfassungsverändernde Gesetze und

⁵⁷ HL Select Committee on the Constitution, *op. cit.*, Rdnr. 49.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*, Rdnr. 53, 62.

⁶⁰ Northern Ireland Act 1988, *section* 31(1) (im vierten Jahr nach der Wahl des *letzten Parlaments*).

⁶¹ Scotland Act 1988, *section* 2(2) (im vierten Jahr nach der *letzten ordentlichen Wahl*), aber siehe auch *section* 3(3) (keine ordentliche Wahl, wenn die außerordentliche Wahl innerhalb der letzten sechs Monate stattfindet).

⁶² Government of Wales Act 2006, *sections* 3(1) u. 5(5) (diesbezüglich inhaltlich vergleichbar mit den Vorschriften des Scotland Act).

⁶³ *Clause* 1(3).

⁶⁴ Vgl. HL Select Committee on the Constitution, *op. cit.*, Rdnr. 74.

⁶⁵ Vgl. HC Political and Constitutional Reform Committee, *op. cit.*, Rdnr. 37-39 (i.V. mit dem Vorschlag, eine Resolution des House of Commons mit einer einfachen Mehrheit würde für die Auflösung ausreichen).

„normale“ Gesetze grundsätzlich gleichrangig sind.⁶⁶ Wenn man an Art. 79 Abs. 2 des deutschen Grundgesetzes denkt, sieht man die klaren Vorteile einer (über den Gesetzen stehenden) Verfassung im kontinentaleuropäischen Sinne. Zugegebenermaßen könnte man auch innerhalb der bestehenden Struktur eine Art Schutz für das Gesetz einbauen. Der Gesetzesentwurf hätte zum Beispiel bestimmen können, dass eine Zweidrittelmehrheit erforderlich wäre, bevor die Queen zur Segnung eines Aufhebungsgesetzes gebeten werden dürfte. Jedoch scheint man vielmehr Wert auf die zu erwartenden politischen Sanktionen in Folge einer künftigen negativen Behandlung des Gesetzes zu setzen. Ob die Wähler eine bestimmte Partei allein deswegen an der Wahlurne abstrafen würden, weil diese Partei der Allgemeinheit eine frühzeitige Gelegenheit zur Äußerung ihrer politischen Einstellungen in landesweiten Wahlen gestattet hat,⁶⁷ ist aber zweifelhaft. Die Kritik der Politiker lautet seit langem, eher dass sie dem Volk fern sind als dass sie ihm auf die Füße treten. Im Falle dieses Gesetzes ist die Suche nach einem Schutz gegen „einfache“ parlamentarische Entscheidungen ohnehin akademisch: Die Möglichkeit, eine Misstrauensabstimmung einzufädeln, um eine der Hauptausnahmen zur Festdauer-Regel auszunutzen, liegt sowieso in den Händen der Regierung; sie wird nicht vom Gesetzesentwurf ausgeschlossen.⁶⁸

4. Die Vertagung des Parlaments

Die Befugnis des Fürsten, das Parlament zu vertagen, rührt eben wie die traditionellen Einberufungs- und Auflösungsmächte auf einer gewohnheitsrechtlichen Grundlage. Sie ist aber längst gesetzlich anerkannt.⁶⁹ Die Vertagung (wie heutzutage auch die Auflösung, die gleichzeitig die Einberufung des nächsten Parlaments bestimmt⁷⁰) erfolgt durch eine von der Queen in Council verabschiedeten Verordnung (einer so genannten *prerogative Order in Council*).⁷¹ Das setzt wiederum die Zustimmung der Regierung voraus. Diese Macht der Queen ist insofern wiederum vom Willen des *prime minister* abhängig.

Letzteres ist allerdings nicht unproblematisch im Bezug auf die Fixed-term Parliaments Bill. Der Entwurf, falls es als Gesetz in Kraft treten soll, würde die Befugnis der Queen, das Parlament zu vertagen, ausdrücklich nicht beeinträchtigen.⁷² Die Stimmigkeit der ‚unbeschränkten‘ Freiheit der Exekutive, das Parlament zu vertagen, mit der ‚Abschaf-

⁶⁶ Sie unterscheiden sich allerdings dadurch, dass die erstere Kategorie durch eine vorteilhafte Auslegungsregel gegen „unbedachte“ (also implizite, im Gegensatz zu ausdrücklichen) Änderungen geschützt sind: siehe dazu *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), [2003] QB 151.

⁶⁷ Die Regierung geht davon aus: siehe *Government response to the report of the House of Lords Constitution Committee on the Fixed-term Parliaments Bill* (2011) Cm 8011, Rdnr. 46.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Succession to the Crown Act 1707, sections 4 und 7; Prorogation Act 1867 (30 & 31 Vict. c. 81).

⁷⁰ Blackburn, [2009] PL 766, 769; *Draft Cabinet Manual*, Rdnr. 38.

⁷¹ Siehe hierzu das Prorogation Act 1867, section 1.

⁷² *Clause* 4(1).

fung“ ihrer Befugnis, das Parlament frühzeitig aufzulösen, scheint allerdings nicht durchdacht zu sein. Denn die parlamentarische „Denkpause“ von 14 Tagen, die der Gesetzesentwurf nach einer Misstrauensabstimmung vorsieht, könnte vereitelt werden, wenn die Queen auf Anlass des Regierungschefs das Parlament innerhalb dieses Zeitraums vertagen muss. Dadurch könnte ein Premier dem Parlament die Chance entziehen, einer anderen Regierung sein Vertrauen auszusprechen, und auf diese Weise eine Auflösung des Parlaments trotz einer politisch akzeptablen Alternative hervorbringen.⁷³

5. Die Zustimmung der Queen zu *Acts of Parliament*

Die ranghöchsten Gesetzestexte im Vereinigten Königreich (*Acts of Parliament*) werden von der „Queen in Parliament“ verabschiedet. Diese institutionelle Formulierung drückt aus, dass die Queen Teil der britischen Legislative ist. Ihre Zustimmung zum Gesetz ist dementsprechend eine Voraussetzung ihrer Gültigkeit.

Royal Assent ist ebenso eine Voraussetzung für den Abschluss der Gesetze, die von den nationalen Parlamenten in Edinburgh⁷⁴ und Belfast⁷⁵ verabschiedet und ihr vorgelegt werden. Die Gesetze der National Assembly for Wales wurden jedoch anfangs stiefmütterlich behandelt. Bisher durfte das walisische Parlament innerhalb seiner Kompetenzen höchstens einen nicht ganz den schottischen und nordirischen *Acts* gleichrangigen Gesetzestext annehmen. Diese gesetzlichen Maßnahmen (sogenannte *Measures*) aus Cardiff bedurften der Zustimmung der Queen in Council,⁷⁶ also einer Bestätigung durch die britische Regierung und keiner rein königlichen (gleich: formellen) Billigung. Das wird demnächst anders sein, denn am 3. März 2011 fand ein Referendum darüber statt, ob die Befugnisse des Parlaments in Cardiff eine Aufwertung bekommen sollten. Nach der Bestätigung durch die Volksabstimmung⁷⁷ kann die walisische Exekutive die Befugnis des walisischen Parlaments, einem *Act of the Assembly* zu fassen, selber per Verordnung einschalten.⁷⁸ Dann werden die Gesetze aus Cardiff auch der Königin allein und unmittelbar zur Unterschrift vorgelegt.⁷⁹

Die Frage stellt sich, inwiefern die Queen ihre Zustimmung verweigern kann. Eine Verweigerung der Unterschrift wegen verfassungsrechtlicher Bedenken – ein nicht unerhebliches Thema angesichts des Streits, ob der Bundespräsident nur wegen formeller

⁷³ HC Political and Constitutional Reform Committee, *op. cit.*, Rdnr. 48.

⁷⁴ Scotland Act 1998, *section* 28(2).

⁷⁵ Northern Ireland Act 1988, *section* 5(2).

⁷⁶ Government of Wales Act 2006, s. 93(2).

⁷⁷ 517.132 stimmten für, 297.380 gegen den Vorschlag, die Macht der National Assembly for Wales zu erweitern (Quelle: die dazu gewidmete Webseite (<http://referendumresults.aboutmyvote.co.uk>) der Electoral Commission (<http://www.electoralcommission.org.uk/>), aufgerufen am Tag nach der Wahl).

⁷⁸ Government of Wales Act 2006, *section* 103 ff.

⁷⁹ Government of Wales Act 2006, *section* 107(2).

Fehler oder auch angesichts materieller Gründe einen nicht verfassungsmäßigen Gesetzestext ablehnen darf – sieht die britische Verfassung (zumindest auf den ersten Blick) nicht vor und zwar aus dem einfachen Grund, dass ein von der „Queen in Parliament“ verabschiedetes Gesetz in sich verfassungskonform ist. Wir erinnern uns daran: Es gibt keine schriftliche Verfassung (vergleichbar mit dem Grundgesetz); kein Text steht über einem *Act of Parliament*.

Die Gewohnheitsregel lautet nicht allein deswegen, dass die Queen immer unterschreiben muss, auch wenn sie persönliche Bedenken hinsichtlich des Sinns oder der Streitigkeit des Gesetzes hat. Einige Ausnahmen sind jedoch denkbar. Erstens könnte sie dem Wunsch ihres Premiers nachgeben, das Gesetz nicht zu billigen. Diese Ausnahme wird zumindest dem Ansatz gerecht, dass die Queen den Empfehlungen ihres *prime minister* folgen muss. Sie ist eine vorstellbare Konstellation in der seltsamen Situation, dass es unmittelbar nach der Verabschiedung eines Gesetzes durch das Parlament zu einer Neuwahl und folglich einem Regierungswechsel kommt, bevor das Gesetz der Queen vorgelegt wird.⁸⁰ Diese Konstellation würde auch voraussetzen, dass das Gesetz mit der königlichen Unterschrift (nach dem Gesetzeswortlaut selber oder nach der allgemeinen Regel des Auslegungsgesetzes⁸¹) sofort in Kraft treten würde. Gesetze, die ein Inkrafttreten ihrer „wirkungsvollen“ Vorschriften per Verordnung eines Ministers zu einem späteren Zeitpunkt als ihrer Verabschiedung vorsehen, gehören zum Regierungsalltag. In solchen Fällen würde der neue Minister einfach das Gesetz ruhen lassen, bis das neugewählte Parlament es aufhebt: Eine Bitte an die Queen müsste nicht auf die Tagesordnung.⁸²

Die Queen könnte nach einer Meinung auch verweigern, wenn bei der Verabschiedung ein Verfahrensfehler unterlaufen ist,⁸³ quasi als Schutz der Minderheit im Parlament, deren parlamentarische Rechte eventuell beeinträchtigt wurden. Das würde auch die Tatsache berücksichtigen, dass die Anfechtung des Gesetzes wegen Verfahrensfehlern nicht durch einen gerichtlichen Prozess eingeklagt werden kann.⁸⁴

Weitere Ausnahmen zur Grundregel sind denkbar, setzen die Queen aber wiederum gegen ihre eigene Regierung und scheinen deswegen noch nicht konsensfähig zu sein. So soll sie nach einer Auffassung ihrer Stellung ihre Unterschrift zu einem Gesetz verweigern,

⁸⁰ de Smith, *op. cit.*, S. 133.

⁸¹ Interpretation Act 1978 (1978 c. 30), *section* 4.

⁸² Der letzte Regierungswechsel bietet ein frisches Beispiel: Der von der Labour Party geförderte Saving Gateway Accounts Act 2009 (2009 c. 8), der überwiegend per Verordnung des Finanzministeriums (voraussichtlich im Juli 2010) in Kraft treten sollte, wurde nach der Wahl der Conservative/Liberal Democrat-Koalition (Juni 2010) schnellstmöglich durch den Savings Accounts and Health in Pregnancy Grant Act 2010 (2010 c. 36), *section* 2(1) aufgehoben.

⁸³ de Smith, *op. cit.*, S. 133 (aber eher ablehnend).

⁸⁴ Siehe dazu *British Railways Board v Pickin* [1974] AC 765 (HL).

das die Laufzeit eines Parlaments aus rein parteiischen Gründen verlängert (d.h. durch Änderung oder Aufhebung des künftigen Fixed-term Parliaments Act 2011).⁸⁵ Man sieht hier wiederum ganz deutlich, dass die damit erstrebte weitgehende „Restmacht“ der Queen den Mangel an einer schriftlichen Verfassung ersetzen sollte. Denn die Problematik des mangelnden Schutzes des (kommenden) Fixed-term Parliaments Act entsteht nur dadurch, dass es sich bloß um ein „normales“ (wenn auch verfassungsrelevantes) Gesetz handelt und seine Vorschriften keinen Teil eines ranghohen (und deshalb geschützten) Verfassungstextes bilden.

6. Schlussfolgerung

Dies bringt uns unausweichlich zum Ausgangspunkt zurück. In der modernen britischen Verfassung hat die rechtlich fast allenthalben mitwirkende, faktisch weitgehend entmachtete Queen letztendlich die Stellung, im Interesse des demokratischen Systems klaffende Lücken zu überbrücken – Lücken, die eine ordentliche schriftliche Verfassung kurzerhand hätte schließen können. Die aktuelle Regierung setzt eine Tendenz fort, die ihre Vorgängerinnen unter Tony Blair und Gordon Brown in Bewegung gebracht haben: die kontinuierliche, stückweise Überarbeitung der Verfassung.⁸⁶ Wie man anhand des Beispiels des Gesetzesentwurfs für eine (halb)feste Dauer des Westminster-Parlaments erkennen kann, stoßen diese Reformen oft auf andere ungelöste Probleme. Es wird Zeit, zu einer stabileren Lösung zu greifen, als ständig auf Sand zu bauen. In der Zwischenzeit – bis die Nützlichkeit einer ‚schriftlichen‘ Verfassung weitgehend erkannt wird – bleibt die Queen letztendlich eine Art *deus ex machina* für den Fall der Krise. Das ist allerdings ein Paradox, denn gewollt ist im Verfassungsalltag, dass die Regierenden in ihrem Namen unterschreiben, aber die Queen die Feder kaum führt.

⁸⁵ Vgl. Jennings, *Cabinet Government*, S. 412; Eric Barendt, *An Introduction to Constitutional Law* (Oxford: OUP, 1998), S. 112.

⁸⁶ Neben den schon erwähnten Gesetzen, die seit 1997 verabschiedet wurden, gehören u.a. der House of Lords Act 1999 (1999 c. 34), der Representation of the People Act 2000 (2000 c. 2), der Political Parties, Elections and Referendums Act 2000 (2000 c. 41), der Constitutional Reform Act 2005 (2005 c. 4), der Political Parties and Elections Act 2009 (2009 c. 12) und der Constitutional Reform and Governance Act 2010 (2010 c. 25) zu einer Vielzahl wichtiger verfassungsreformierender Gesetze dieser Zeit.

Höchstrichterliche Rechtsprechung in Österreich und das UN- Kaufrecht:

IJVO-Exkursion nach Wien im September 2009

von

Carlos Nóbrega

Die IJVO hat im Laufe ihrer Geschichte viele Exkursionen veranstaltet, wie etwa nach zum EuGH in Luxemburg im Jahr 2008. Vom 23. bis 25 September 2009 ging es dieses Mal nach Wien mit einer Gruppe von Jurastudenten und anderen IJVO-Mitgliedern. Der Ausflug umfasste neben einer Stadtführung auch den Besuch des Obersten Gerichtshofs und der Vereinten Nationen.

Die Stadtführung wurde freundlicherweise vom ehemals am European Legal Studies Institute tätigen Humboldtstipendiaten *Dr. Max Leitner* übernommen. Wien zeigte sich uns im spätsommerlichen September von seiner schönsten Seite.

Im Obersten Gerichtshof wurden wir von Herrn *Hofrat Dr. Kodek* herzlich empfangen. Er führte uns durch den beeindruckenden Justizpalast und hielt anschließend einen sehr interessanten Vortrag über seine richterlichen Erfahrungen. Ich persönlich musste dabei auch an die ehemaligen Referenten für das österreichische Recht im European Legal Studies Institute, *Dr. Andreas Fötschl* und *Prof. Dr. Mary-Rose McGuire* sowie an deren Rechtsprechungsberichte denken.

Anlässlich des Besuchs in den Vereinten Nationen haben wir nach einer Besichtigung durch den Gebäudekomplex einen Vortrag von Frau *Oguljeren Niyazberdiyeva* über die Arbeit der UN-Kommission für internationales Handelsrecht gehört. An dieser Stelle vielen herzlichen Dank an Frau *Niyazberdiyeva* für das Zuschicken von mehr als 40 UN-Veröffentlichungen, die seitdem in der ELSI-Bibliothek zugänglich sind.

Eine abwechslungsreiche und interessante Reise.

Dank gilt neben unseren Gastgebern in Wien besonders auch dem IJVO Präsidium für die Organisation der Exkursion und allen Mitreisenden. Nicht zuletzt ist dem Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück für die freundliche Unterstützung zu danken.

Veröffentlichungen, laufende Forschungsprojekte und Auszeichnungen aus dem European Legal Studies Institute 2009/10

Veröffentlichungen

von Bar, Christian

- Die Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens aus der Sicht der Verfasser des wissenschaftlichen Entwurfs in: Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung (München 2009) 23-33
- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition (Munich: Sellier European Law Publishers 2009) 645 S. Hrsg. gemeinsam mit Eric Clive und Hans Schulte-Nölke
- Zwischen wissenschaftlichem Entwurf und politischer Willensbildung: Funktionen und Struktur des Gemeinsamen Referenzrahmens in: Medizin und Haftung. Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag (Berlin und Heidelberg 2009) S. 1025-1036
- Besprechung der 70. Nachlieferung zum Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht in: StAZ 2009 S. 153-1544
- Między projektem naukowym a politycznym kształtowaniem woli: funkcje i struktura Wspólnego Systemu Odniesieniain: Kwartalnik Prawa Prywatnego VIII (2/2009) 357-370
- Principles of European Law (Study Group on a European Civil Code). Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab.Dam.) München: Sellier European Publishers, Brussel: Bruylant, Berne: Stämpfli, Oxford: Oxford University Press 2009 (liv, 1384 S.)
- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition (Munich: Sellier European Law Publishers 2009; Oxford: Oxford University Press 2010) Sechs Bände, xxii, 6.563 S. Hrsg. gemeinsam mit Eric Clive
- Ein „Werkzeugkasten“ für das Europäische Privatrecht? in: Gedächtnisschrift für Malte Schindhelm (Köln 2009) S. 49-62

- What Legal Policy for the Common Frame of Reference? in: *Revue des contrats* 2009, 822-826
- Besprechung der 72.-74. Nachlieferung zum Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, *Internationales Erbrecht* in: *StAZ* 2009, 351
- Το ευρωπαϊκό ιδιωτικό δίκαιο σε διαδικασία εξέλιξης. Οι Θεμελιώδεις Κανόνες του Ευρωπαϊκού Δικαίου των Συμβάσεων (PECL), Οι Πρότυποι Κανόνες (Model Rules) για το Ευρωπαϊκό Ιδιωτικό Δίκαιο και το Κοινό Πλαίσιο Αναφοράς (CFR) in: *Digesta* 2009, 107-117
- Draft Common Frame of Reference and its Book VI „Non-contractual Liability“ as toolbox for European Private Law (in chinesischer Sprache) in: *Jurist (Renmin Law Review)* 2009 (erschienen 2010) S. 51-67
- Principles of European Law (Study Group on a European Civil Code). Unjustified Enrichment (PEL Unj.Enr.) (zusammen mit Stephen Swann) München: Sellier European Publishers, Brussel: Bruylant, Berne: Stämpfli, Oxford: Oxford University Press 2010 (xxxvi, 739 S.)
- Ersatz von Nichtvermögensschäden auch zugunsten von juristischen Personen? in: *Ius est ars boni et aequi. Festschrift für Stanislaw Kalus (Frankfurt/Main 2010)* S. 67-88
- The Notion of Damage (January 26, 2010). Available at : <http://ssrn.com/abstract=1542517>
- What can we expect from an optional instrument? Available at <http://www.era.int/upload/dokumente/10976.pdf>
- Außervertragliche Haftung für den einem Anderen zugefügten Schaden in: *ERPL* 2010, 205-225
- Ein „Werkzeugkasten“ für das Europäische Privatrecht? in: *Europäische Methodik. Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009* (erschienen Stuttgart u.a. 2010) S. 11-25.
- Die Rolle der juristischen Zeitschriftenliteratur bei der Harmonisierung des Privatrechts in Europa in: *Iuridica International* 2010 S. 4-10.
- Europäische Techniken zur Begrenzung der Deliktshaftung unter Straftätern in: *Festschrift für Michael Stathopoulos (Athen 2010)* S. 143-157.
- Desde el proyecto del marco común de referencia hacia un reglamento? in: *Notario. Revista del Colegio Notarial de Madrid* 32 (Julio-Agosto 2010) S. 124-127.
- Das Europäische Projekt eines Gemeinsamen Referenzrahmens. Ein „Werkzeugkasten“ für das Europäische Privatrecht – oder doch mehr? in: *Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR)* 2009 S. 1850-1871 (erschienen 2010)

- Europeanisation of Law: Harmonisation or Fragmentation? in: Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (JFT) 5/2010 S. 516-518.
- Vorwort zu Private Law in the European Union, vol. 2, Seoul 2010, ISBN 978-89-7464-633-2 94360, S. i-vii.

Dörr, Oliver

- Die Gewährleistung von Gerichtsschutz als menschenrechtliche Verpflichtung, in: E. Klein (Hrsg.), Gewaltenteilung und Menschenrechte, 2. Aufl. 2010, S. 155-174
- Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, in: H. Sodan/J. Ziekow Hrsg.), Nomos-Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Aufl. 2010
- Das Verbot gewerblicher Internetvermittlung von Lotto auf dem Prüfstand der EG-Grundfreiheiten, in: Deutsches Verwaltungsblatt 2010, S. 69-77
- Europäisches Vergabeprimärrecht, in: v. Bar/Hellwege/Mössner/Winkeljohann (Hrsg.), Recht und Wirtschaft. Gedächtnisschrift für Malte Schindhelm, 2009, S. 191-206
- The European Court of Justice Getting in the Way. The Abortive MOX Plant Arbitration, in: Th. Giegerich (Hrsg.), A Wiser Century? Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the Second Hague Peace Conference, 2009, S. 503-508
- Das völkerrechtliche Gewaltverbot in der Weltordnung des 21. Jahrhunderts, politische Bildung 2/2009, S. 92-112; auch veröffentlicht in: Varwick (Hrsg.), Sicherheitspolitik. Eine Einführung, 2009, S. 123-150.
- Art. 50-53a und 136 GG, in: V. Epping/Chr. Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 2009
- Rezension zu: Christina Last, Garantie wirksamen Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Europäischen Union, 2008, in: Die Verwaltung 43 (2010), 452
- Rezension zu: Jens-Christian Gaedtke, Politische Auftragsvergabe und Welt-handelsrecht, 2006, in: European Yearbook of International Economic Law 1 (2010), 419

Fischer, Christoph

- Diskussionsbericht „Mit Theorie und Praxis zum LL.M.“, JuS-Magazin Januar/Februar 2009, S. 13-16

Kobelev, Olga

- Diskussionsbericht zum Thema "'Weiches' Gemeinschaftsrecht" in: Der gemeinsame Referenzrahmen - Entstehung, Inhalte, Anwendung, S.383, hrsgg. von Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel im sellier-Verlag (2009)

Koch, Alexander

- Rezension, K. Ambos, Internationales Strafrecht, JuS-Magazin 01/2009, S.25
- Die Universität Osnabrück, Jura-Journal 2/2009, S. 22 f. (zusammen mit Ronja Linßen)

Kopp, Christina

- Europäische Methodik – Konvergenz und Diskrepanz europäischen und nationalen Privatrechts, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009, Stuttgart (Boorberg) 2010 (gemeinsam mit Dr. Christoph Busch, Dr. Mary-Rose McGuire und Dr. Martin Zimmermann)
- Diskussionsbericht zu dem Themenkomplex „Gemeinschaftsrechtliche Fragen zum CFR“, S. 279 ff., in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen – Entstehung, Inhalte, Anwendung, München (Sellier) 2009
- Kommentierung von § 15 HGB (gemeinsam mit Prof. Dr. Schmidt-Kessel) und § 15a HGB, in: Schmidt-Kessel/Leutner/Müther (Hrsg.), Handelsregisterrecht, München (Beck) 2010
- Konvergenz und Diskrepanz nationaler und europäischer Methodik: Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf das äußere System des deutschen Privatrechts (gemeinsam mit Dr. Christoph Busch, Dr. Mary-Rose McGuire und Dr. Martin Zimmermann), in: GPR 4/2009, S. 150 ff.

Marsch, Nikolaus

- Frankreich, in: Jens-Peter Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht in: Europa. Band 2: Frankreich, Polen, Tschechien, Göttingen 2009, S. 33-229
- A Common Frame of Reference on European Administrative Procedural Law? Tage des Europäischen Rechts 2009 der Universitäten Münster und Osnabrück, DVBl. 2009, S. 1430-1432
- Subjektivierung der gerichtlichen Verwaltungskontrolle in Frankreich. Eilverfahren und Urteilsimplementation im objektiv-rechtlich geprägten Kontrollsystem, Nomos, Baden-Baden 2011

de Medeiros Nóbrega, José Carlos

- *Nóbrega*, Der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb an beweglichen Sachen in Deutschland und Portugal, Norderstedt: BoD 2009/2010, 100 S. [ISBN 978-3-8391-0977-9] http://www.bod.de/index.php?id=296&objk_id=223341
- *Caramelo-Gomes/Nóbrega*, National Report on the Transfer of Movables in Portugal, in: *Faber/Lurger* (Hrsg.), National Reports on the Transfer of Movables in Europe, Bd. IV, München: Sellier European Law Publishers 2010 [ISBN 978-3-86653-118-5]. Besprechung der Serie u.a. von *Kenneth G C Reid*, in: *EdinLR* vol. 14 S. 535-537
- *von Bar/Swann/SGECC*, Principles of European Law – Unjustified Enrichment (PEL Unj.Enr.), München: Sellier European Law Publishers / Brüssel: Bruylant / Bern: Staempfli 2010, 740 S. [ISBN 978-3-935808-62-0]; Oxford: Oxford University Press 2010 [ISBN 978-0-19-922940-6]
- *von Bar/SGECC*, Principles of European Law – Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.), München: Sellier European Law Publishers / Brüssel: Bruylant / Bern: Staempfli 2009, 1384 S. [ISBN 978-3-935808]; Oxford: Oxford University Press 2009 [ISBN 978-0-19-922941-3], zusammen mit *Marta dos Santos Silva*
- *von Bar/Clive (eds.)*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, München: Sellier European Law Publishers 2009, Bände I-VI, 6563 S. [ISBN 978-3-86653-098-0]; Oxford: Oxford University Press 2010 [ISBN 978-0-19-957375-2]
- *von Bar/Clive/Schulte-Nölke et al. (eds.)*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference, Outline Edition, München: Sellier European Law Publishers 2009, 643 S. [ISBN 978-3-86653-097-3], auch zugänglich unter http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf
- Introduction [Rethinking the Portuguese private law in the light of the Europeanisation of law], in: *Faber/Lurger* [*Caramelo-Gomes/Nóbrega*], National Report on the Transfer of Movables in Europe [Portugal] (München: Sellier ELP 2010), S. 619-628
- História do direito paraibano: o processo criminal da “Cruz da Menina” [Brasilianische Rechtsgeschichte im Beispiel eines Strafprozesses in Paraíba], in: *Revista COOPEX*, v. 2, Patos: Faculdades Integradas de Patos, 2010, zugänglich unter <http://coopex.fiponline.com.br/images/arquivos/documentos/1286337577.pdf>
- [Beitrag zu Portugal] bei *von Bar*, Die Rolle der juristischen Zeitschriften bei der Harmonisierung des Privatrechts in Europa, in: *Juridica International*

XVII/2010, S. 4-10, zugänglich unter
http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2010_1_4.pdf

- [Beitrag zu Portugal, S. 654-656] bei *Wudarski*, Das formelle Publizitätsprinzip des Grundbuchs / Das europäische Mosaik, in: *Habdas / Wudarski* (Hrsg.), Festschrift für Stanisława Kalus, S. 629-698 (Frankfurt am Main: Peter Lang 2010)
- Prefácio [Vorwort zu]: *Marcelo Eufrazio*, História do direito e da violência: recortes de uma abordagem interdisciplinar [Rechtsgeschichte und Geschichte der Gewalt: Ausschnitte aus einer interdisziplinären Vorgehensweise], Campina Grande: Editora da Universidade Estadual da Paraíba 2009, ISBN 978-85-879-015-8
- Übersetzung: Gesetz über die gleichgeschlechtliche Ehe, in: StAZ 8/2010 S. 251
- Portugiesische Übersetzung der Grundregeln des europäischen Rechts der außervertraglichen Haftung wegen eines einem anderen zugefügten Schadens: *Responsabilidade civil extracontratual por danos causados a terceiro*, in: von *Bar*, PEL Liab. Dam., München 2010, S. 161-174 (Entwurf, endgültige Version von *Marta dos Santos Silva*, Prof. *Júlio Gomes* und *Gonçalo Lages Gomes*).

Sasse, Thorsten

- "Der fehlgeschlagene Abschleppschutz" (Klausur), in: Niedersächsische Verwaltungsblätter (NdsVBl)2008, S. 329 - 334
- "Das Wiederaufgreifen des Verfahrens gemäß § 51 VwVfG" (Aufsatz), in: Juristische Ausbildung (JURA) 2009, S. 493 - 498

Schmidt-Kessel, Martin

- Artt. 8, 9, 11-13, 66-70 UN-Kaufrecht, in: Peter Schlechtriem / Ingeborg Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Oxford University Press: Oxford 3. Auflage 2010 (Artt. 11-13 zusammen mit Peter Schlechtriem; Artt. 66-70 zusammen mit Günter Hager)
- Zahlungszeit (§§ 269 bis 271 BGB) und Verzug (§§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 288 BGB), in: Martin Gebauer / Thomas Wiedmann, Zivilrecht unter Europäischem Einfluss. Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze - Erläuterung der wichtigsten EG-Verordnungen, Boorberg: Stuttgart, 1. Auflage 2005; 2. Auflage 2010
- Kommentierung §§ 273, 274, 293-304 BGB, in: Barbara Dauner-Lieb / Thomas Heidel / Gerhard Ring, Nomos-Verlag: Baden-Baden 1. Auflage (noch als Anwaltkommentar zum BGB, Anwaltverlag: München) 2005; 2. Auflage 2010

- Gläubiger und Schuldner: Mehrheit und Wechsel, in: Michael Martinek, Staudinger-Eckpfeiler, Sellier / de Gruyter: Berlin; Auflage 2010 (Manuskript abgeliefert)
- Kommentierung §§ 241-248, 275-292 BGB, in: Hanns Prütting / Gerhard Wegen / Gerd Weinreich, BGB-Kommentar, Wolters Kluwer: Köln; 5. Auflage 2010
- Handelsrecht - Unternehmensrecht, in: Reiner Schulze / Manfred Zuleeg, Handbuch Europarecht, Nomos: Baden-Baden; 2. Auflage 2010, § 19 (S. 817-876)
- Europäisches Vertragsrecht, in: Riesenhuber, Handbuch Europäische Methodenlehre, de Gruyter: Berlin; 2. Auflage 2010 (Manuskript abgeliefert)
- Bearbeitung der Stichworte: Europäisches Zivilgesetzbuch, Study Group on a European Civil Code, Gläubigerverzug, Unentgeltliche Geschäfte, Schenkung, Leihe, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Mohr Siebeck: Tübingen 2009
- Kommentierung der §§ 81-85, 90 VVG, in: Looschelders/Pohlmann, Taschenkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Wolters Kluwer: Köln, 2009
- Kommentierung der §§ 11, 13d-13g, 15 HGB, in: Schmidt-Kessel/Leutner/Müther, Handelsregisterrecht, C.H. Beck 2010 (§ 15 zusammen mit Christina Kopp)
- Bearbeitung der Stichworte: European Civil Code, Study Group on a European Civil Code, mora creditoris, gratuitous transactions, donation, gratuitous use, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Encyclopedia of European Private Law, Oxford University Press: Oxford voraussichtlich 2010
- Der Gemeinsame Referenzrahmen - Entstehung, Inhalte, Anwendung - Zur Einführung, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen, Entstehung, Inhalte, Anwendung, Sellier European Law Publishers: München 2009, 1-5
- Unauthorised Agency in German Law, in: Bush/MacGregor (Hrsg.), The Unauthorised Agent: Perspectives from European and comparative law, CUP: Cambridge, 2009, 100-135 (zusammen mit Ana Baide)
- Der Vorschlag zur Horizontalrichtlinie im Kontext der Rechtsharmonisierung in Europa, in: Jud/Wendehorst (Hrsg.), Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? Manz: Wien 2009, 21-40
- The Right to Specific Performance under the DCFR, in: Wagner (Hrsg.), The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics, Sellier European Law Publishers: München 2009, 69-86

- Pflicht zur Information über den beseitigten Mangel? Zugleich Anmerkung zur Entscheidung des House of Lords in Sachen J & H Ritchie Ltd. v. Lloyd Ltd., in: GPR 2009, 187-192
- Vertragsstörungen durch Steuerrechtsänderungen - Überlegungen zum Verhältnis von intertemporalem Privatrecht, Rückwirkungsschranken und Geschäftsgrundlage -, in: von Bar u.a. (Hrsg.), Recht und Wirtschaft: Gedächtnisschrift für Malte Schindhelm, Heymann: Köln 2009, 487-500
- Dienstleistungsrichtlinie vs. Berufsqualifikationsrichtlinie. Zum Verhältnis der beiden zentralen wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Richtlinien bei der Dienstleistungsfreiheit, vorgesehen für ecolex 2010, 320-324 (download)
- Peter Schlechtriem (1933 - 2007), vorgesehen für Grundmann/Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Band 2, Berlin 2010
- Zum Stand der Beratungen der Horizontalrichtlinie Verbraucherschutz - Meilensteine auf dem Weg zum legislatischen Disaster, vorgesehen für GPR 2010 (Manuskript abgeliefert)

Schneider, Jens-Peter

- Mitherausgeber von: Strukturen des Europäischen Verwaltungsverbands. Ergebnisse einer deutsch-spanischen Forschungsgruppe, Beiheft 8 zur Zeitschrift „Die Verwaltung“, Duncker & Humblot 2009 (zusammen mit Francisco Velasco Caballero, Madrid)

Parallel veröffentlicht in spanischer Sprache unter dem Titel: La unión administrativa europea, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires 2008
- Herausgeber von: Verwaltungsrecht in Europa. Band 2: Frankreich; Polen; Tschechien, v&r unipress Göttingen 2009, Schriften zum Europäischen und Internationalen Recht Band 14/2
- Planungs-, genehmigungs- und naturschutzrechtliche Fragen des Netzausbaus und der untertägigen Speichererrichtung zur Integration erneuerbarer Energien in die deutsche Stromversorgung, Materialien des Sachverständigenrats für Umweltfragen zur Umweltforschung, Band 43 2011
- Mitherausgeber von: Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 3. Aufl. C.H. Beck Verlag München 2010/2011 i.E. (zusammen mit Christian Theobald)
- Effizienzsichernde Zumutbarkeitsanforderungen an die Netzanbindung von Offshore-Anlagen gem. § 17 IIa EnWG, Teil 1 in: IR 2008, S. 338 – 344, Teil 2 in: IR 2009, S. 2 – 7
- Technologieförderung durch eingerichtete Märkte: Erneuerbare Energien, in: Martin Eifert/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsfördernde Regu-

lierung. Innovation und Recht II, Duncker & Humblot Berlin, 2009, S. 257 – 272

- Strukturen des Europäischen Verwaltungsverbands – Einleitende Bemerkungen, in: Jens-Peter Schneider/ Francisco Velasco Caballero (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsverbands. Ergebnisse einer deutsch-spanischen Forschungsgruppe, Beiheft 8 zur Zeitschrift „Die Verwaltung“, Duncker & Humblot 2009, S. 9 – 28

Parallel veröffentlicht in spanischer Sprache unter dem Titel: Estructuras de la Unión Administrativa Europea – observaciones introductorias, in: Francisco Velasco Caballero/Jens-Peter Schneider (coord.), La unión administrativa europea, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/ Buenos Aires 2008, S. 25 – 49

- The Public/Private Law Divide in Germany, in: Matthias Ruffert (ed.), The Public/Private Law Divide: Potential for Transformation?, British Institute of International and Comparative Law London 2009, S. 85 – 98
- A Common Framework for Decentralized EU Agencies and the Meroni Doctrine, Administrative Law Review (USA) 61 (2009) Special Edition – Proceedings of the Fifth Administrative Law Discussion Forum 2008 in Montpellier, S. 29 – 44
- A Common Framework for Decentralized EU Agencies and the Meroni Doctrine, Administrative Law Review (USA) 61 (2009) Special Edition – Proceedings of the Fifth Administrative Law Discussion Forum 2008 in Montpellier, S. 29 – 44
- Kommentierung von Art. 8 GG, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz – Printausgabe basierend auf der 4. Edition der Onlineversion, München 2009, S. 283 – 301
- Umgang mit außergewöhnlichen Kostensteigerungen für Systemdienstleistungen in der Anreizregulierung, Teil 1 in: IR 2009, S. 170 – 173, Teil 2 in IR 2009, S. 194 – 199
- Umweltschutz im Vergaberecht, in: Dokumentation zur 32. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Leipzig 2008, Erich Schmidt Verlag Berlin 2009, S. 43 – 82

Gekürzte Fassung in: NVwZ 2009, S. 1057 – 1063

- Rechtsstaatliche Sicherheit in der europäischen Informationsgesellschaft am Beispiel der Vorratsdatenspeicherung, in: Osnabrücker Jahrbuch Frieden und Wissenschaft 16/2009 "Rechtsstaat im Rückstand? Halten Gesetzgebung, Rechtsprechung und Exekutive mit aktuellen Friedensgefährdungen Schritt?", V&R unipress Göttingen 2009, S. 157 – 170
- Verantwortungszurechnung bei vernetzten Verwaltungsverfahren nach deutschem und europäischem Recht, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.),

Herausforderung e-Government: E-Evolution des Rechts- und Verwaltungssystems, Nomos Verlag Baden-Baden 2009, S. 89 – 111

- Vertrauensschutz im Verfassungs- und Verwaltungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rückwirkung von Steuergesetzen, in: Christian v. Bar/Heiko Hellwege/Jörg Manfred Mössner/Norbert Winkeljohann (Hrsg.), Recht und Wirtschaft – Gedächtnisschrift für Malte Schindhelm, Carl Heymanns Verlag, Köln 2009, S. 501 – 514
- Innovationsverantwortung in Verwaltungsverfahren, in: Martin Eifert/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsverantwortung. Innovation und Recht III, Duncker & Humblot Berlin, 2009, S. 287 – 301
- Telekommunikation, in: Michael Fehling/Matthias Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, Mohr Siebeck 2010, S. 365 – 428
- Rechtsschutz, in: Michael Fehling/Matthias Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, Mohr Siebeck 2010, S. 1197 – 1211
- Europäisches Haushaltsverwaltungsrecht, in: Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsrecht, Nomos Verlag Baden-Baden, (i. E.)
- Aktuelle Rechtsprobleme von Offshore-Windenergieanlagen und ihrer Netzanbindung, in: Wolfgang Löwer (Hrsg.), Neuere europäische Vorgaben für den Energiebinnenmarkt – Tagungsband des 5. Bonner Gesprächs zum Energierecht, v&r unipress/Bonn University Press, 2010, S. 59 – 79
- Vorgaben des Europäischen Energierechts, in: Jens-Peter Schneider/Christian Theobald (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 3. Aufl. C.H. Beck Verlag München 2011 (i.E.), S. 43 – 78
- Energieumweltrecht: Erneuerbare Energien, Kraft-Wärme-Kopplung, Energieeinsparung, in: Jens-Peter Schneider/Christian Theobald (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 3. Aufl. C.H. Beck Verlag München 2011 (i.E.), S. 1189 – 1270
- Infrastrukturausbau als Aufgabe des Regulierungsrechts, in: Michael Fehling (Hrsg.), Struktur und Wandel des Verwaltungsrechts. Ergebnisse eines Symposiums aus Anlaß des 80. Geburtstags von Martin Bullinger, Nomos Verlag Baden-Baden 2011, S. 69 – 86
- Vorüberlegungen zum Informationsmanagement in europäischen Verwaltungsverfahren, in: Irena Lipowicz/Jens-Peter Schneider (Hrsg.), Perspektiven des deutschen, polnischen und europäischen Informationsrechts. Ergebnisse einer deutsch-polnischen Alexander von Humboldt-Institutpartnerschaft, v&r unipress Göttingen 2011, Schriften zum Europäischen und Internationalen Recht Band 18, S. 159 – 186

Schubmehl, Silvan

- „Neues aus Brüssel“, GPR 1/2009 S. 51
- Diskussionsbericht zum Thema "Zu den Inhalten des Gemeinsamen Referenzrahmens" in: Der gemeinsame Referenzrahmen - Entstehung, Inhalte, Anwendung, S.139, hrsgg. von Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel im sellier-Verlag (2009)

Schulte-Nölke, Hans

- Perspectives of European Consumer Law – Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond, München 2010, herausgegeben zusammen mit Lubos Tichy, 300 S.
- Kommentierung von Vor §§ 305-310, §§ 305-310, 312-312g, 675-676c (gemeinsam mit Reiner Schulze), übernommen von Prof. Dr. Jörn Eckert †: §§ 854-872, 903-905; 929-1011, 1030-189, 1204-1296, in: Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, herausgegeben von Reiner Schulze/Heinrich Dörner/Ina Ebert/Thomas Hoeren/Rainer Kemper/Ingo Saenger/Klaus Schreiber/Hans Schulte-Nölke/Ansgar Staudinger, 6. Auflage 2009
- Kommentierung von Art. 1:101, 1:203, 4:C-01, Art 7:105, in: Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) – Contract II, herausgegeben von der Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), 2009, S. 49-54, 67-70, 222-227, 356-360 (S. 49-54, 67-70, 222-227 zusammen mit Christoph Busch)
- Le „Draft Common Frame of Reference“ et son cortège de travaux d’évaluation: décisions à venir et manière d’aller de l’avant, in: Revue des contrats 2/2009, S. 785-794
- Neue Schwerpunkte bei der ZGS: Vertragsgestaltung und Praxishinweise, in: ZGS 2009, S. 1
- Nicht das Wort des deutschen, sondern das des europäischen Gesetzgebers gilt, in: ZGS 2009, S. 49
- Neue Gefahren und Chancen für das BGB aus Brüssel, in: ZGS 2009, S. 97
- Neue Rechtsprechung zum Schadensersatz wegen Geltendmachung unberechtigter Ansprüche, in: ZGS 2009, S. 145
- Pünktliche Zahlung erst nach der Insolvenz?, in: ZGS 2009, S. 193
- The EC Consumer Law Compendium: A Pan-European Knowledge Base for Politicians, Businesses and Consumer Organisations, in: European Business Law Review 2009, S. 383-389

- Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht – Fakten und populäre Irrtümer, in: NJW 2009, S. 2161
- Im BGB wird es eng, in: ZGS 2009, S. 289
- Ein neuer Anlauf für ein Europäisches Vertragsrecht, in: ZGS 2009, S. 337
- Fristsetzung ohne Fristsetzung?, in: ZGS 2009, S. 433
- Konturen eines neuen europäischen Verbrauchsgüterkaufrechts nach englischem Vorbild, in: ZGS 2009, S. 481
- Neue Bundesregierung zum Europäischen Vertragsrecht, in: ZGS 2009, S. 529
- The second volume of the Acquis Principles, in: Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) – Contract II, 2009, S. XIII-XIV (zusammen mit Gianmaria Ajani)
- Structure and Values of the Acquis Principles: New features and their possible use for political purposes, in: Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) – Contract II, herausgegeben von der Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), 2009, S. XXIII-XXXV (zusammen mit Fryderyk Zoll)
- Die Umsetzung der europäischen Verbraucherrichtlinien in den EU-Mitgliedstaaten, in: Arbeitsgemeinschaft Internationaler Rechtsverkehr – Deutsches Recht im Wettbewerb – 20 Jahre transnationaler Dialog, herausgegeben von Friedrich Graf von Westphalen, 2009, S. 94-100
- Introduction, in: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of References (DCFR), Full Edition, herausgegeben von Christian von Bar und Eric Clive, 2009, Volume 1, S. 1-23 (zusammen mit Christian von Bar, Hugh Beale und Eric Clive)
- Principles, in: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of References (DCFR), Full Edition, herausgegeben von Christian von Bar und Eric Clive, 2009, Volume 1, S. 37-63 (zusammen mit Christian von Bar, Hugh Beale und Eric Clive)
- Wovon Europas Juristen träumen, in: ZEuP 2009, S. 673-674
- The transposition of European consumer directives into the national laws of the EU-Member States, in: Tijdschrift voor Consumentenrecht & handelspraktijken (TvC) 2009, S. 133-138
- Droht eine neue Verbraucherschutzlücke bei Schrottimmobilien?, in: ZGS 2010, S. 1

- The way forward in European consumer contract law: optional instrument instead of further deconstruction of national private laws, in: The Cambridge Companion to European Union Private Law 2010, S. 131-146

Ulrich, Pia

- Diskussionsbericht zum Thema 'Fragen der Anwendung des CFR' in: Der gemeinsame Referenzrahmen Entstehung, Inhalte, Anwendung, S. 497, hrsgg. von Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel im sellier-Verlag (2009).

Forschungsverbände

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar, FBA

- Study Group on a European Civil Code/ Academic Draft Common Frame of Reference of European Contract Law
- CoPECL-Netzwerk

Prof. Dr. Oliver Dörr, LL.M. (Lond.)

- Osnabrück Jean-Monnet Centre of Excellence in European Studies gefördert von der Europäischen Kommission
- Sprecher der interdisziplinären Forschergruppe "Bürgerschaft und Zugehörigkeit in Europa" an der Universität Osnabrück

Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel

- Study Group on a European Civil Code: am Lehrstuhl ist ein Working Team zu Unentgeltlichen Verträgen angesiedelt; darüber hinaus ist Prof. Dr. Schmidt-Kessel Leiter der Advisory Group (ebenfalls Unentgeltliche Verträge)
- Forschungsstelle zum Europäischen Dienstleistungsrecht

Prof. Dr. Jens-Peter Schneider

- Osnabrück Jean-Monnet Centre of Excellence in European Studies gefördert von der Europäischen Kommission

Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke

- EU-Exzellenznetzwerk „Joint Network on European Private Law“ (CoPECL-Netzwerk) im 6. EU Forschungsrahmenprogramm (Academic Draft Common Frame of Reference of European Contract Law und begleitende Forschungen), Koordination
- European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group), Koordination

Tagungen am ELSI

- 3. Alexander von Humboldt – Institutstreffen zwischen der Kardinal Wyszynski Universität Warschau und dem ELSI, 1.-3. Oktober 2009
- Workshop „Participation in rulemaking in Europe“, Februar 2010
- Kolloquium „The limits of transfer of sovereignty from the national and European perspective – Les limites du transfert de souveraineté dans la perspective du droit constitutionnel national et européen – Die Grenzen des Souveränitätstransfers aus nationaler und unionsrechtlicher Sicht“, 25.-26. Juni 2010
- Deutsch-Polnische Juristentagung, Deutschland und Polen in der Europäischen Rechtsgemeinschaft, 9.-11. September 2010

Auszeichnungen

- Professor Christian von Bar: Ehrendoktor der juristischen Fakultät der Universität Helsinki
- Catrin Behnen: Deutsch-Niederländischer Juristenpreis und „ZEuP-Preis für studentische Beiträge“ der Gerda-Henkel-Stiftung und der Herausgeber der Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
- Christoph Fischer: Auszeichnung durch das Niedersächsische Justizministerium als Landesbester der 734 Examenskandidaten des 1. Juristischen Staatsexamens in Niedersachsen im Jahr 2010
- Marie-Lena Fromme: „ZEuP-Preis für studentische Beiträge“ der Gerda-Henkel-Stiftung und der Herausgeber der Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
- Ansgar Günnewicht: Auszeichnung durch das Niedersächsische Justizministerium als Dritter der Rangliste der 734 Examenskandidaten des 1. Juristischen Staatsexamens in Niedersachsen im Jahr 2010
- José Carlos de Medeiros Nobrega: Europapreis 2009
- Dennis Schlimpert: Einmaliges Stipendium der Universität Osnabrück als Anerkennung für ausgezeichnete Studienleistungen und besonderes ehrenamtliches Engagement in und außerhalb der Universität Osnabrück
- Silvan Schubmehl: Josephine Onoh Memorial Prize for the best performance by a postgraduate student in International Law (University of Hull)

- Marta Livia dos Santos Silva: Europapreis 2009
- Moot Court-Team 2009/2010 (Jan-Heinrich Ehlers, Marie-Lena Fromme, Bastian Klaß, Jasmin Piekatz, Stefan Pietrowski, Denis Schlimpert, Marc Barmscheid (Coach)): Honourable Mentions für den Kläger- und den Beklagtenchriftsatz in Hongkong und Wien



Verzeichnis der Jahreshefte

Jahresheft 1989/90	IJVO 1 (<i>nicht mehr erhältlich</i>)
Jahresheft 1991/92	IJVO 2
Jahresheft 1992/93	IJVO 3
Jahresheft 1994/95	IJVO 4
Jahresheft 1995/96	IJVO 5
Jahresheft 1996/97	IJVO 6 (<i>nicht mehr erhältlich</i>)
Jahresheft 1997/98	IJVO 7
Jahresheft 1998/99	IJVO 8
Jahresheft 1999/00	IJVO 9
Jahresheft 2000/01	IJVO 10
Jahresheft 2001/02	IJVO 11
Jahresheft 2003/05	IJVO 12
Jahresheft 2006	IJVO 13 (<i>nicht mehr erhältlich</i>)
Jahresheft 2007	IJVO 14
Jahresheft 2008	IJVO 15
Jahresheft 2009/10	IJVO 16

Internationale Juristenvereinigung Osnabrück

<http://www.european-legal-studies.org/privatelaw/ijvo>