

INTERNATIONALE JURISTENVEREINIGUNG
OSNABRÜCK

Jahresheft 2006

Jahresheft
der
Internationalen Juristenvereinigung
Osnabrück

Redaktion: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück
c/o European Legal Studies Institute, Universität Osnabrück
Heger-Tor-Wall 12, D-49074 Osnabrück
Telefon: 0541/969-4460 – Telefax: 0541/969-4466
E-Mail: IJVOS@web.de
Internet: <http://www.elsi.uos.de/privatelaw/ijvo>

Präsidium: Dipl. Jur. Ina El Kobbia (Präsidentin)
Dr. Mary-Rose McGuire (Vizepräsidentin)
Jochen Bode, LL.B. (Quaestor)
Schriftleitung: Dipl. Jur. Andreas Leonhardt

Zitierweise: IJVO 13 (2006), S. ...

Erscheinungsart: Jährlich. *Bandpreis:* € 8,-- zuzüglich Versandkosten.

Vertrieb: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück.

© 2006 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: Druckhaus Bergmann GmbH, Osnabrück

Vorwort

Das vor Ihnen liegende Jahresheft der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück (IJVO) ist das inzwischen dreizehnte Jahresheft. Es erfasst die Veranstaltungen und Beiträge der Vereinigung aus dem Jahr 2006.



Das Heft beginnt zunächst mit den abgedruckten Vorträgen, die für die IJVO in diesem Jahr gehalten wurden, anschließend folgen drei weitere ausgesuchte Beiträge.

Der Vortrag von Professor *Helmut Heiss* vom Januar dieses Jahres bildet den Anfang unter dem Titel: „Towards a European Insurance Contract Law“. Dabei beschäftigt sich der Beitrag mit der Rechtsangleichung und Rechtsharmonisierung im Bereich des europäischen Versicherungsvertragsrechts und bezieht sich auf die bereits vieldiskutierte Initiative der Europäischen Kommission zu einem „Gemeinsamen Referenzrahmen für ein europäisches Vertragsrecht“.

In dem nachfolgenden Vortrag diskutiert Dr. *Petra Butler* von der Victoria Universität in Wellington, Neuseeland, die Akzeptanz des UN-Kaufrechts (*CISG*) im *Common Law* und kommt dabei zu einer Analyse der noch anhaltenden Zurückhaltung dieses Rechtskreises.

Im Zuge der Einbeziehung zukünftiger Beitrittsländer gibt Privatdozent Dr. *Christian Takoff* für Bulgarien einen allgemeinen Überblick zum bulgarischen Deliktsrecht.

Einen Spaziergang, wie er es selbst formulierte, unternahm mit uns Professor *Pascal Ancel* von der *Jean Monnet Universität, St. Etienne*, durch den gegenwärtigen Schuldrechtsreformentwurf, den man in Frankreich den „Rapport Catala“ nennt. Professor *Ancel* brachte uns in deutscher Sprache und mit französischem Esprit, dabei selbst Mitglied der „Catala-Gruppe“, die höchst aktuellen Hintergründe und Einzelheiten dieses bisher einmaligen Schuldrechtsreformentwurfs in Frankreich dar und setzte ihn ins Verhältnis zu dem gegenwärtigen *Code Civil*, der Rechtsprechung und Lehre.

Im Anschluss an die Vortragsreihe folgen nun die eingangs erwähnten drei weiteren ausgesuchten Beiträge des Heftes; neben einer äußerst lehrreichen Rezension des Buches „Europäisches Obligationenrecht“ von *Filippo Ranieri* durch die Autorin *Dr. Evlalia Eleftheriadou*, sind das zunächst der aufschlussreiche Artikel von *Paul McKane* zur Rolle der *Consideration* im *Common Law* und abschließend ein wahrscheinlich in dieser Form noch nie zusammengetragener und veröffentlichter Bericht zu den „Internationalen Moot Courts“. Die Autoren *Pia Ulrich* und *Andreas Leonhardt*, selbst erfolgreiche Teilnehmer des *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Court (Pia Ulrich)* und des *European Law Moot Court Competition (Andreas Leonhardt)*, liefern einen ausführlichen und mitreißenden Beitrag, gespickt mit persönlichen Erfahrungen, zu den genannten *Moot Courts* und geben damit einen unbedingten Leitfaden für die interessierten Studierenden.

Allen Referenten und Autoren an dieser Stelle ein großes Dankeschön.

Den Sponsoren des Jahresheftes 2006, dem *Sellier* Verlag in München, dem *Schulthess* Verlag aus Zürich und Dipl. Kfm. *Jürgen Beck*, Geschäftsführer der *ComBeck*, gilt unser Dank für ihre Unterstützung und ihr Vertrauen.

Bedanken möchten wir uns neben Professor *Martin Schmidt-Kessel*, den wir zudem als neues Mitglied gewinnen konnten, insbesondere bei Professor *Christian von Bar*; als Mitglied der ersten Stunde hat er die IJVO von Anfang unterstützt. Es gab in all den Jahren wohl kaum einen Vortrag, den er jemals verpasst hätte; dafür und für vieles mehr bedanken wir uns.

Wenn es am Ende gelingt, im Anschluss an die organisierten Vorträge und Beiträge noch im selben Jahr das dazugehörige Jahresheft herauszubringen, dann liegt das an einer außergewöhnlichen Teamarbeit mit jeweils besonderer individueller Erfahrung und Bereitschaft, die zu einem größeren Ganzen zusammengewachsen sind; den weiteren Mitgliedern des Präsidiums *Dr. Mary-Rose McGuire*, *Jochen Bode* sowie der Schriftleitung unter Dipl. Jur. *Andreas Leonhardt* gilt mein herzlicher Dank!

Osnabrück, im November 2006

für das Präsidium 2006
Dipl. Jur. Ina El Kobbia

Inhalt dieses Heftes

Vorwort.....	III
<i>Heiss, Helmut</i>	
Towards a European Insurance Contract Law Restatement – Common Frame of Reference – Optional Instrument?.....	1
<i>Butler, Petra</i>	
Akzeptanz des UN-Kaufrechts im Common Law Das CISG – Stiefkind des Common Law?	19
<i>Takoff, Christian</i>	
Bulgarisches Deliktsrecht Allgemeine Darstellung.....	27
<i>Ancel, Pascal</i>	
Die Reform des französischen Code Civil – Rapport Catala – Die Schuldrechtsreform in Frankreich	43
<i>Eleftheriadou, Evlalia</i>	
Buchbesprechung zu Filippo Ranieri – ‘Europäisches Obligationenrecht’.....	62
<i>McKane, Paul</i>	
Considering Consideration	69
<i>Ulrich, Pia/Leonhardt, Andreas</i>	
Internationale Moot Courts.....	81
Veröffentlichungen aus dem European Legal Studies Institute 2006	108

Towards a European Insurance Contract Law:

Restatement – Common Frame of Reference – Optional Instrument?^{*}

by

Prof. Dr. Helmut Heiss^{**}

A. Restatement of European Insurance Contract Law

I. History

A group of European experts on insurance contract law met at the University of Innsbruck/Austria at the invitation of the late Professor *Fritz Reichert-Facilides* in September 1999. He had previously announced this event in Basel/Switzerland in 1998 at a conference on European perspectives of insurance law¹. In his lecture *Reichert-Facilides* had presented a *tour d' horizon* of national insurance legislation in the EC, pointing out fundamental policies and perceptions common to all European jurisdictions². Based on this analysis he had proposed to unify mandatory rules of insurance contract law within the EU in order to accomplish a properly functioning internal insurance market³. *Reichert-Facilides* was firmly convinced that academics working in the field of insurance law had to provide the European legislator with a model and therefore he proposed the elaboration of a *Restatement* of European Insurance Contract Law⁴.

His project was supported by Prof. *Jürgen Basedow*, who was also lecturing at the conference in Basel on European aspects of insurance legislation. *Basedow* held that in the European Internal Market cross border provision of insurance services was scarce as a

^{*} This article is based on the presentation given by Professor Helmut Heiss before the audience invited by the 'Internationale Juristenvereinigung Osnabrück' on 19th January 2006.

^{**} The author is Professor of Civil Law at the University of Mannheim in Germany and Chairman of the Project Group 'Restatement of European Insurance Contract Law' in Innsbruck. The Project Group is a member of the Network of Excellence on European Private Law established by the European Commission in May 2005.

¹ The conference was hosted by *Fritz Reichert-Facilides* together with Prof. *Anton K. Schnyder*; the materials of the conference have been published in *Reichert-Facilides/Schnyder* (eds.), *Versicherungsrecht in Europa – Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts*, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 2000 Beiheft 34.

² *Reichert-Facilides*, *Gesetzgebung in Versicherungsvertragsrechtssachen: Stand und Ausblick*, in *Reichert-Facilides/Schnyder* (note 1) 1 (6-9).

³ *Reichert-Facilides* (note 2) 1 (9-11).

⁴ *Reichert-Facilides* (note 2) 1 (10-11).

result of the then current European regime of international insurance law⁵. The Brussels Convention allowed the policyholder to bring action in his home country⁶. In addition, the private international law rules contained in the Directives on insurance law required in most cases to apply the law of the habitual residence of the policyholder⁷. As a result, an insurance product sold cross border would have to comply with the mandatory rules applicable in the country of the habitual residence of the policyholder⁸. Such interference of mandatory law with the contractual terms could disturb the balance between the risk covered and the premium paid and jeopardise the functioning of the law of large numbers which is essential to the insurance business⁹.

Based on this analysis, the experts gathered at the Innsbruck meeting strongly felt the need for a Restatement to give impulse to the internal insurance market. Even though at that time it could not be foreseen whether the EC Commission would ever be interested in their work, they decided to start drafting a “Restatement of European Insurance Contract Law”.

At about the same time, as member of a Study Group on a European Civil Code, *Basedow* was chairing a Hamburg team, which had taken over the chapter on insurance contracts. In spite of this engagement, *Basedow* decided to join the Project Group and lend support to its work, thus endowing the Innsbruck Group with his personal expertise. Simultaneously, *Basedow* also announced that the Hamburg project was, from then on, focusing on a comparative analysis of insurance contract law in Europe¹⁰, leaving the drafting of a Restatement to the Project Group. As a consequence the Project Group can

⁵ *Basedow*, Die Gesetzgebung zum Versicherungsvertrag zwischen europäischer Integration und Verbraucherpolitik, in *Reichert-Facilides/Schnyder* (eds.), *Versicherungsrecht in Europa – Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts*, 13 (17 et seq).

⁶ Regulation 44/01/EC, art. 9 par.1 lit b; see *Heiss*, Stand und Perspektiven der Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts in der EG, in *Pohlmann* (ed.), *Veröffentlichungen der Münsterischen Forschungsstelle für Versicherungswesen an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster („Münsteraner Reihe“)*, Heft 99, 2005, 1 (8 et seq).

⁷ Art. 32 (1) of the consolidated Directive 2002/83/EC of the European Parliament and of the Council of 5 November 2002; Art. 7 and 8 of the second Directive on general insurance law, 88/357/EEC of 22 June 1988; *Clarke/Heiss*, Towards a European Insurance Contract Law? Recent Developments in Brussels, *J.B.L.* (2006), 600 (601); *Weber-Rey*, Harmonisation of European Insurance Contract Law, in *Vogenaue/ Weatherill* (ed.), *The harmonisation of European contract law: implications for European private laws, business and legal practice* (2006), 207 (221 et seq).

⁸ *Clarke/Heiss*, (note 7) 600 (601); see *Heiss* (note 6) 1 (5 et seq); *European Economic and Social Committee (EESC)*, Opinion on “The European Insurance Contract”, of December 15 and 16, 2004, CESE 1626/2004, no. 4.2.4.1.

⁹ See *Weber-Rey* (note 7) 207 (210).

¹⁰ Results are published in *Basedow/Fock* (eds.), *Europäisches Versicherungsvertragsrecht*, Volumes I & II (2002), Volume III (2003).

rely on the research work performed at the Max-Planck-Institute, providing them with a comparative legal guideline for its discussions.

Additionally, *Reichert-Facilides* was in a position to offer institutional support to the Project Group. The Austrian Science Fund granted the financial support which allowed him to maintain a Restatement Bureau at the University of Innsbruck. Two assistants were part time employed and took over the administration of the Project.

This is how the Innsbruck Group was born with *Reichert-Facilides* as founding chairman. He chaired the Project Group until his death on 23 October 2003. From then on the author of this article took over the chairmanship.

II. Current Composition of the Project Group

The Project Group has steadily grown since its foundation in September 1999. Today 18 members participate in the work and it is intended to invite some more members from countries which are not yet represented in the work. The current members are: *Jürgen Basedow*, Max-Planck-Institut for Foreign Law and Private International Law, Hamburg; *Juan Bataller Grau*, University of València; *John Birds*, University of Sheffield; *Zdzisław Brodecki*, University of Gdansk; *Diana Cerini*, Università degli Studi di Milano; *Malcolm A. Clarke*, University of Cambridge; *Herman Cousy*, Catholic University of Leuven; *Bill W. Dufwa*, University of Stockholm; *Helmut Heiss* (Chairman), University of Mannheim; *Jérôme Kullmann*, University of Paris I; *Jorge Pegado Liz*, Lisbon/Brussels; *Ioannis Rokas*, University of Economics and Business, Athens; *Bernhard Rudisch*, University of Innsbruck; *Anton K. Schnyder*, University of Zurich; *Jaana Norio-Timonen*, University of Tampere; *Peter Takáts*, Eötvös Loránd University Budapest; *Pedro Pais de Vasconcelos*, University of Lisbon.

III. Working Method

1. Preparation of Drafts by Individual Group Members

Individual members of the Group take over commitments to draft *Principles* of European Insurance Contract Law (PEICL) along with *Comments* which explain the proposed rules, stating the grounds they are based on as well as illustrating them with examples. At the same time the Comments mention whether the existing *acquis communautaire* or the

Principles of European Contract Law (PECL)¹¹ already contain rules corresponding with the proposed draft.

2. Approval of Drafts in Workshops of the Project Group

Draftspersons present their drafts at workshops of the Group which take place three times a year. The Group discusses the proposals, alters them when necessary and finally approves a text.

3. Revision of Approved Texts by the Drafting Committee

In 2002 a Drafting Committee (DC) has been set up with *Malcolm Clarke* acting as head of the committee, together with *Jürgen Basedow*, *John Birds*, *Herman Cousy* and *Helmut Heiss* as members. The DC meets three times a year in Mannheim.

The object is to revise the texts approved by the Group in order to polish and unify the language used, not only to provide for proper English but also to ensure uniform and consistent application of legal terms, both within the Restatement of European Insurance Contract Law and in relation to the Principles of European Contract Law (PECL).

As far as the contents of the PEICL are concerned, the DC tries to eliminate incoherencies or even contradictions which may appear, because different parts of the Restatement were drafted by different members and discussed at different stages in the development of the Project. When that happens, the DC elaborates a proposal on how to eliminate discrepancies and refers the matter back to the Group for final approval.

4. Drafting of Notes by the Max-Planck-Institute (Hamburg)

Principles and Comments are accompanied by *Notes* indicating the *status quo* of insurance contract law within each Member State. These Notes are drafted by the Max-Planck-Institute for Foreign and Private International Law in Hamburg with the supervision of *Jürgen Basedow* and later revised by Group members contrasting them with their own national insurance law.

¹¹ *Lando/Beale*, Principles of European Contract Law, Parts I and II (2000), and Principles of European Contract Law, Part III (2003).

IV. Regulatory Approach

1. Internal Market Orientation: Principles of *Mandatory Insurance Contract Law*

In spite of the fact that the Restatement is academic in character and with no binding force, its regulatory aim is to provide the European legislator with a model law suitable to be enacted as a future European Insurance Contract Regulation. Since any possible future EC-regulation on insurance law must restrict itself to rules necessary for the proper functioning of the internal insurance market (see i.p. art. 95 EC-Treaty), the Project Group drafts European Principles only to the extent considered necessary to accomplish the Internal Market¹².

The most important consequence of this Internal Market orientation is the restriction of the work to *mandatory* insurance contract law. As mentioned above, mandatory rules of insurance contract law are what impedes the proper functioning of the internal insurance market¹³. They force the insurer to adapt its products to the local laws of each Member State where business is conducted¹⁴. On the contrary, non-mandatory rules appear to be of minor influence in the functioning of the Internal Market. Insurers are usually able to substitute differing non-mandatory rules in national insurance laws by using general contract terms, uniformly applied to all their insurance contracts¹⁵. Indeed, experience with non-mandatory insurance contract law in national legal orders shows that such rules are commonly replaced by the general contract terms of the insurer. Non-mandatory legal rules appear to be “dead law”, whereas the general contract terms of the insurers are referred to as the “living law of insurance”¹⁶.

¹² See *Clarke/Heiss* (note 7) 600 (605).

¹³ See *Clarke/Heiss* (note 7) 600 (605); see also *EESC* (note 8) no. 2.2.4 et seq. and no. 3.4.5; *Heiss* (note 6) 1 (30); *Weber-Rey* (note 7) 207 (208); Communication of the *Commission*, COM (2003) 68 final para 26; *Clarke/Heiss* (note 7) 600 (605); as to the regulation in a European comparison see *Clifford Chance LLP* (ed.), *Insurance Regulation in Europe* (2002); as to the creation of an Internal Market for financial services see *Schnyder*, *Europäisches Banken- und Versicherungsrecht* (2005), § 1.

¹⁴ *Heiss* (note 6) 1 (9 et seq, 12); *Basedow* (note 5) 13 (18); as to the so-called Umbrella-Contracts see *Mächler-Erne*, *Internationale Versicherungsverträge – Formen und Inhalte*, in *Reichert-Facilides/Schnyder* (ed.), *Versicherungsrecht in Europa – Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts*, ZSR 2000, Beiheft 34, 153 (160 et seq).

¹⁵ See *Clarke/Heiss* (note 7) 600 (605); (as to this aspect/from a historical point of view) see *Reichert-Facilides*, *Europäischer Versicherungsvertrag*, in *Basedow/Hopt/Kötz* (eds.), FS Drobniig (1998), 121; also *Reichert-Facilides*, *Verbraucherschutz – Versicherungsnehmerschutz: Überlegungen im Blick auf das Projekt Restatement des 'Europäischen Versicherungsvertragsrechts'*, in *Eccher/Nemeth/Tangl* (eds.), FS Mayrhofer (2002), p. 185; *Heiss*, *Stand und Perspektiven der Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts in der EG*, p. 13; as to the influence of general contract terms see also Communication of 11 October 2004 “European Contract Law and the revision of the *acquis*: the way forward” COM (2004) 651 final, no. 2.2.1.

¹⁶ *Heiss* (note 6) 1 (30); *Clarke/Heiss* (note 7) 600 (605).

2. The relationship between the PEICL and the PECL

In essence, the PEICL are intended to regulate insurance contracts in the context of general European contract law. This is why the Project Group treats the PECL as *lex generalis* to the PEICL and applies as much as possible their legal terminology. Moreover, when the special nature of insurance does not require deviations from the PECL, no new rules are produced. Exceptionally, where a rule of the PECL is required to be mandatory to protect the policyholder, that rule is incorporated into the PEICL.

B. Common Frame of Reference of European Contract Law

I. The Common Frame of Reference of European Contract Law in general

The EC Commission published a Communication dated 11th of October 2004 on “European Contract Law and the revision of the *acquis*: the way forward”.¹⁷ This Communication announces first steps towards harmonization of contract law in Europe, favouring the elaboration of a so called “Common Frame of Reference”.¹⁸

The goal is to establish a set of rules stating definitions, structure and contents of European contract law developed from a comparative legal analysis of national contract laws¹⁹. Strictly speaking, these definitions and principles will not be of a binding nature since they will not be enacted as law²⁰. However, the Commission has clearly set out to adhere to the terminology and system of the Common Frame of Reference in any later legislation concerning contracts²¹.

The Common Frame of Reference could become an important aid for interpretation of the existing *acquis communautaire* to the European Court of Justice in procedures for preliminary rulings and also for national courts applying the *acquis*.

Last but not least, cross border academic discussion in Europe could be based on common rules such as those contained in the Common Frame of Reference. In a way, this

¹⁷ Communication of 11 October 2004 “European Contract Law and the revision of the *acquis*: the way forward” COM (2004) 651 final; see *Heiss* (note 6) 1 (26 et seq).

¹⁸ As to this aspect see *von Bar/Schulte-Nölke*, Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld- und Sachenrecht, ZRP 2005, 165 et seq; *Weber-Rey*, (note 7) 207 and 223 et seq; for an overview on the functioning of the CFR-net, including 180 members, see *Fricke*, Entgrenztes Zivilrecht? – Zu den Perspektiven des Common Frame of Reference und der europäischen Schuldrechtsharmonisierung für die Versicherungswirtschaft, *Versicherungsrecht* (2005), 1474.

¹⁹ COM (2004) 651 final, no. 2.2.1. and 3.1.; see also *EESC* (note 8) no 6.1.

²⁰ COM (2004) 651 final, no. 2.1.3.

²¹ COM (2004) 651 final, no. 2.1.2.

instrument would give Europe a common legal language, as it was the case with Latin until national codifications replaced the *ius commune*. It would allow law faculties to teach contract law with a European and comparative perspective.

National legislators could contribute to harmonization by adopting the rules of the Common Frame of Reference on future reforms of national contract law. This is particularly true for the former socialist countries, which are revising their contract law²².

Ultimately, one may regard the Common Frame of Reference as a European *lex mercatoria*²³ and as such it may find application in arbitration proceedings.

II. Insurance Contracts within the Common Frame of Reference

Insurance contract law plays an important role in the Communication of the EC Commission of 2004. Regarding the structure of a Common Frame of Reference the 2004 communication states: "Two types of contract which were concretely specified were ... consumer and insurance contracts". The Commission expects that in the development of the common reference framework these two areas should receive special attention".²⁴ This position is also reflected in the draft layout of the Common Frame of Reference, as it specifically mentions insurance contracts.²⁵ This contract is part of chapter III, section IX of the Common Frame of Reference and – next to sales contracts – the only type separately treated.

III. Sponsoring under the FP6

The strong determination of the Commission to create a Common Frame of Reference may be seen in the fact that the Sixth Framework Programme is dedicated to European Contract Law²⁶. A *Network of Excellence* consisting of several research groups became

²² See also *EESC* no. 4.3.1.; as to the overall topic *Heiss* (ed.), *An Internal Insurance Market in an Enlarged European Union* (2002); as to the transformation of the market see *Münchener Rück*, *Die mittel-osteuropäischen Versicherungsmärkte auf dem Weg zur EU* (2000); *Bayerische Rück*, *Primary insurance market Central and Eastern Europe – Overview* (2000).

²³ See also Art. 1:101 PECL (Application of the Principles):

“ ...

(3) These Principles may be applied when the parties:

(a) have agreed that their contract is to be governed by "general principles of law", the "lex mercatoria" or the like; ...”.

²⁴ Communication of 11 October 2004 “European Contract Law and the revision of the *acquis*: the way forward” COM (2004) 651 final, no. 3.1.3.; see *Heiss* (note 6) 1 (27 et seq).

²⁵ Communication of 11 October 2004 “European Contract Law and the revision of the *acquis*: the way forward” COM (2004) 651 final, Annex I “Possible structure of the CFR”.

²⁶ *Clarke/Heiss* (note 7) 600 (604).

effective on 1 May 2005.²⁷ The Project Group “Restatement of European Insurance Contract Law” is part of this Network and drafts the Common Frame of Reference on Insurance Contract Law. It will consist of two parts, covering general rules for all types of insurance contracts²⁸ as well as special rules for indemnity insurances²⁹. The Network will present its work by the end of 2007.

IV. The Common Frame of Reference and the Regulatory Approach of the Restatement Group

The Common Frame of Reference should provide the structure, definitions and content of a European Contract Law³⁰. This would apply to contracts in general and also to the chapter on Insurance Contract Law. The Project Group drafts its Principles according to these requirements, defining technical terms of insurance contract law in the first chapter and structuring the rest in several Parts. Part One deals with “Provisions Common to All Contracts Included in this Restatement” and Part II with “Special Provisions for Indemnity Insurance”³¹. These two Parts will form the Common Frame of Reference of insurance contract law. On completion of the Common Frame of Reference the Group will continue working on new chapters, covering “Group Insurance and Insurance Based on Collective Agreements”, “Special Provisions for Insurances of Fixed Sums” as well as “Provisions for Specific Branches of Insurance”.

As mentioned above³², the Internal Market focus of the Restatement Group restricts its work to mandatory rules of insurance contracts. E.g. the Restatement will not establish any legal consequences in case the insured risk is increased by the policyholder, limiting such possible agreements of the insurer and the policyholder on the subject only through mandatory rules. This approach is in line with the general observation that non-mandatory rules of insurance contract law play a minor role in practice because they are commonly replaced by contractual provisions, i.e. the general contract terms of the insurer³³. As a consequence, the Common Frame of Reference of European insurance contract law will

²⁷ Regarding the Network and for more information see www.copecel.org.

²⁸ See *EESC* (note 8) no 6.4. and 7.5.

²⁹ *Clarke/Heiss* (note 7) 600 (606).

³⁰ See above note 18; *Clarke/Heiss* (note 7) 600 (602).

³¹ *Heiss* (note 6) 1 (33 et seq); see *EESC* (note 8) no 7.4. and 7.5.

³² See A. IV., p. 5.

³³ See above note 14; as to the idea of general contract terms of the insurer see *Heiss* (note 6) 1 (29 et seq); *Clarke/Heiss* (note 7) 600 (606 et seq).

have a tendency just to limit freedom of contract and not so much to give positive rules on the subject³⁴.

C. *Optional Instrument of European Insurance Contract Law*

I. Optional Instrument

1. What is an optional instrument?

An optional instrument of European contract law is characterized by the fact that its application depends on a choice by the parties to the contract³⁵. Therefore, it would not replace national contract law but would provide the parties with an alternative³⁶. Thus, a possible future optional instrument has been called the 26th regime of contract law in Europe³⁷. In general terms it may be compared to the UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) which allows parties to opt out in its Art 6, i.e. to agree that the Convention will not apply to their contract³⁸. However, in a European optional instrument it is quite likely that an opt-in approach will be used by the European legislator as opposed to the opt-out approach in Art. 6 CISG³⁹.

2. Advantages of an optional instrument

An optional instrument would allow parties to conclude their contract on the basis of European law instead of national law. This choice would offer advantages particularly to “multiple players” such as entrepreneurs doing business in the European Internal Market; such parties would consequently not have to be concerned with the impact of diverging

³⁴ *Heiss* (note 6) 1 (30).

³⁵ *Heiss/Downes*, Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law. Reflections from a Private International Law Perspective, *ERPL* (2005), 693 (695); *Clarke/Heiss* (note 7) 600 (605); some authors also mention a choice of the member state, see e.g. *Grundmann/Kerber*, European System of Contract Law – A Map for Combining the Advantages of Centralised and Decentralised Rule-making, in *Grundmann/Stuyck* (eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law* (2002), 295 at 310; this alternative will not be discussed in this article; as to yet another way of understanding ‘optional’ see *Lando*, *Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law*, *ERPL* (2002), 59.

³⁶ *Heiss/Downes* (note 35) 693 (695); see *Staudenmayer*, Ein optionelles Instrument im Europäischen Vertragsrecht?, *ZEuP* (2003), 828 at 832.

³⁷ *Heiss* (note 6) 1 (35); about the optional European Contract Law in general *Staudenmayer*, Ein optionelles Instrument im Europäischen Vertragsrecht?, *ZEuP* 2003, 828; regarding Insurance Contract Law see *Basedow*, Der Versicherungsbinnenmarkt und ein optionales europäisches Vertragsgesetz, in *Wandt et al.* (eds.), *FS Egon Lorenz* (2004), 100 et seq.

³⁸ *Schlechtriem*, *Internationales UN-Kaufrecht* (2005), 15 et seq.

³⁹ *Basedow*, Ein optionales Europäisches Vertragsgesetz – Opt-in, Opt-out, wozu überhaupt?, *ZEuP* 2004; as to the advantages and disadvantages of the possible models of regulation *Heiss/Downes* (note 35) 693.

national contract law on their transactions⁴⁰. The costs of legal research and adaptation of the contract to each national system of contract law would disappear. Overall, a European optional instrument would facilitate transactions⁴¹.

However, the aforementioned advantages are not specific to an optional instrument. They could also be achieved by a non-optional European contract law replacing national systems. The predominant reasons in favour of an optional instrument are to be found elsewhere. First of all, an optional instrument is more likely to find political approval than a non-optional instrument. National legislators, encouraged by national representatives of the legal profession, would be more inclined to resist an instrument which would replace national contract law. They would, however, have no reason to resent to a 26th regime of contract law leaving national law untouched⁴². Secondly, an optional instrument appears to be economically more efficient because it does not force parties to alter their traditional ways of doing business but only provides them with an additional choice⁴³. Entrepreneurs acting internationally will be more likely to take that chance than others acting only locally. In other words, there is no need to submit an everyday contract such as the sale of bread concluded between the owner of a bakery in London and his neighbour to the rules of European contract law. Replacing English common law of contract would only impose costs on the owner as well as the customer, since they would be forced to adapt their way of contracting with each other to new European rules without any advantage. On the other hand, the producer of electronic devices who sells cross border has a substantial interest to conclude all contracts on the basis of one and the same (i.e. European) set of rules of contract law, no matter whether he sells to an English, German or French customer.

II. The Optional Instrument and European Insurance Contract Law

1. The need for an optional European insurance contract law

The need for an optional instrument is particularly pressing in the field of insurance. Since the insurance business is based on the law of large numbers – i.e. the pooling of a magnitude of risks within a community of risk bearers, organised and managed by the insurer⁴⁴ – the insurance business becomes easier as the individual risks get more similar. Risks depend, first of all, on factual circumstances such as the way a house is built, the general health of a policyholder etc. Such differences cannot be abolished, but taken into

⁴⁰ *EESC* (note 8) no 4.2.3.; as to further disadvantages concerning the solution of a permission of general freedom of choice of law see *Weber-Rey* (note 7) 207 (222 et seq).

⁴¹ *Heiss* (note 6) 1 (36).

⁴² *Heiss* (note 6) 1 (36); as to the aspect of competition between legal orders see *Heiss/Downes* (note 35) 693 (696 and fn. 11).

⁴³ *Heiss* (note 6) 1 (36).

⁴⁴ See *Weber-Rey* (note 7) 207 (233).

account they will decrease or increase the premium asked by the insurer. Furthermore, the risk of the insurer also depends on the law applicable to the insurance contract because insurance contract laws frequently regulate, or at least influence, the contents of the insurance cover⁴⁵. This is the reason why, when drafting products and calculating premiums, the insurer must take into consideration the insurance law of the Member State where he is doing business. Quite frequently this will make it impossible for the insurer to sell the same insurance product in more than one Member State. On the contrary, if an optional instrument of European insurance contract law was enacted, the insurer could base all its transactions on community law and sell its insurance products in the same manner everywhere in the Community. Obviously, an optional instrument of insurance contract law would strongly support the establishment as well as the proper functioning of the internal insurance market⁴⁶.

2. Specialties of the insurance contract to be taken into account in the optional instrument

a. Scope of application of the optional instrument

The facilitation of insurance transactions in the single European market will only take full effect if all the contracts of a particular insurer may be submitted to the optional instrument. Therefore, parties must be given that option even in purely domestic contracts, i.e. insurance contracts between a policyholder and insurers having their seat or habitual place of residence in the same Member State and concerning a risk situated also in this Member State. Otherwise, domestic insurance contracts, which usually represent the biggest share of the business of an insurer, would have to be designed and calculated according to national law and only cross border insurance services could be submitted to the optional instrument. As a consequence the pooling of risks would be more burdensome and many insurers would most likely not enter cross border transactions⁴⁷. For this reason, as far as insurance is concerned, restrictions of the scope of application of an optional instrument of European contract law to cross border transactions, as proposed by some authors, must be rejected.

⁴⁵ *EESC* (note 8) no 4.2.2.3. et seq; Communication of the Commission COM (2003) 68 final, no 47, http://ec.europa.eu/consumers/policy/developments/contract_law/com_2003_68_en.pdf; see *Weber-Rey* (note 7) 207 (210); *Basedow*, Insurance Contract Law as Part of an Optional European Contract Act, LMCLQ 2003, 500; as to further obstacles deriving from the nature of insurance contracts see *Comité Européen des Assurances*, CEA Policy Report on 'The European Retail Insurance Market(s)' (2004), <http://www.cea.assur.org/cea/download/publ/article192.pdf>.

⁴⁶ *Heiss* (note 6) 1 (16 et seq).

⁴⁷ *Basedow* (note 37) 108 et seq; *Heiss* (note 6) 1 (38 et seq).

b. Comprehensive instead of minimum standard regulation

Insurance law is similar to consumer law in that it protects the weaker party⁴⁸. Several EC Directives have been enacted in the field of consumer contract law and most of them contain so called minimum standard clauses which allow national legislators to provide consumers with a higher standard of protection than required, as long as such national rules do not violate the fundamental economic freedoms of the EC-Treaty⁴⁹. It is worth mentioning that, lately, in the Directive concerning the distance selling of financial services to consumers, the EC did not enact a general minimum standard clause⁵⁰. This may indicate a shift of EC legal policy. Be that as it may, in the case of an optional instrument in the insurance sector, a minimum standard clause would seriously jeopardise its fundamental purpose, i.e. to allow the insurer to sell and the policyholder to buy insurance anywhere in Europe, based on the same legal provisions. That objective would be frustrated if national legislators could impose higher levels of protection⁵¹. The optional instrument must regulate the insurance contract comprehensively⁵². This is not to say that a partial or minimum standard regulation would not help at all. It just would not be sufficient to achieve completion of the internal insurance market, which is, after all, what should be aspired.

c. Optional instrument and mandatory insurance contract law

In order to achieve its aims, an optional instrument must allow parties to opt-out not only of non-mandatory but also of mandatory rules of national insurance contract law⁵³. In turn, the EC is obliged to apply a high level of policyholder protection in the optional instrument⁵⁴, in the same way as it must do with community acts based on Art. 95 par 3 EC-

⁴⁸ *Reichert-Facilides* in *Reichert-Facilides/Schnyder* (note 1) 1 (6 et seq); *Heiss* (note 6) 1 (32); *Weber-Rey* (note 7) 207 (208).

⁴⁹ See Art. 8 of the Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts (OJ 1993 L 95/29); Art. 11 of the Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis (OJ 1994 L 280/83); Art. 14 of the Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts (OJ 1997 L 144/19); Art. 8 par. 2 of the Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees (OJ 1999 L 171/12).

⁵⁰ Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC (OJ 2002 L 271/16).

⁵¹ See *Heiss* (note 6) 1 (32 et seq); *Weber-Rey* (note 7) 207 (220); *European Commission*, Green Paper on Financial Services Policy, COM (2005) 177; *EESC* (note 8) no 6.3.1.

⁵² *Basedow* (note 37) 104; *EESC* (note 8) no 7.3. and 7.4.

⁵³ As to the proposal of unification of general policy conditions in the 2003 Communication see *Clarke/Heiss* (note 7) 600 (604).

⁵⁴ See *EESC* (note 8) no 6.2.

Treaty. Consequently, the optional instrument must provide appropriate mandatory rules of insurance contract law, substituting the protection of the policyholder under national law⁵⁵.

It may appear to be contradictory to ask for an optional instrument which would only be applicable if parties opt in favour of it and at the same time to request a comprehensive regulation of mandatory rules on insurance contract law in such optional instrument. However, the apparent contradiction disappears when the option of the parties is restricted to choosing the instrument as a whole or not at all⁵⁶. Thereby a national system with high protection of the policyholder would be replaced by a European system offering a different kind, although just as high a level, of protection⁵⁷.

Since a partial choice would be excluded, the insurers would not be allowed to pick and choose parts of each system to their own benefit. Thus, the optional instrument must exclude a partial choice⁵⁸.

d. Optional instrument and third parties

aa) Ex post choice of law

It is a general principle of European international contract law that a choice of law agreed by the parties after the contract is concluded (ex-post-choice) must not infringe the legal position of third parties⁵⁹. This rule should also apply to a European optional instrument of contract law in general and in insurance contract law in particular⁶⁰. The optional instrument must rule out the use of the option ex post to the detriment of third parties⁶¹.

bb) *Acquis communautaire* protecting third party victims in motor vehicle liability insurance

Moreover, the legal position of the third party victim in motor vehicle liability insurance has been subjected in the EC to intensive harmonisation endeavours. Currently, five

⁵⁵ Heiss (note 6) 1 (39); as to mandatory rules in optional contract law in general see Heiss/Downes (note 35) 693 (697 at 699); EESC (note 8) no 6.3.; as to the aspect of private international law see Heiss, Das Kollisionsrecht der Versicherungsverträge nach Rom I und II, Versicherungsrecht (2006), 185 (186).

⁵⁶ Basedow (note 37) 105; Heiss/Downes (note 35) 693 (709 et seq); Heiss (note 6) 1 (39).

⁵⁷ Heiss/Downes (note 35) 693 (699).

⁵⁸ Heiss/Downes (note 35) 693 (703).

⁵⁹ See Art. 3 par. 2 of the Rome Convention.

⁶⁰ Heiss (note 6) 1 (40).

⁶¹ Heiss/Downes (note 35) 693 (711).

Directives on motor vehicle liability insurance are in force⁶². In this area of insurance, offering the parties the chance to choose an optional instrument of European insurance contract law should not allow them to opt-out of the *acquis communautaire* protecting third party victims, regardless of whether such choice was taken ex ante or ex post. This is why the optional instrument must either preserve the application of national laws transposing the motor vehicle liability insurance Directives or, preferably, directly implement the Directive in its regulation; thereby preventing the situation in which choosing the optional instrument would entail the opting out of the protection of third party victims provided for by the *acquis communautaire*⁶³.

III. The Option

1. Choice of general principles of European contract law by the parties?

a) Art. 3 par. 2 of the proposed Rome-I-Regulation

It has been held that under the current European regime of international contract law, – art. 3 Rome Convention – the parties may not only choose the law of a country but also “General Principles of Contract Law” such as the *Lando-Principles* (PECL) or the UNIDROIT-Principles as the law applicable to the contract⁶⁴. This means that non binding rules would become binding by the choice of the parties, replacing the national legal regime, which would have been applicable in the absence of a choice⁶⁵. Of course, this view is still heavily disputed in legal literature and, so far, it has not been confirmed by any

⁶² Council Directive 72/166/EEC of 24 April 1972 on the approximation of the laws of Member States relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, and to the enforcement of the obligation to insure against such liability (OJ 1972 L 103/1); amended by the Council Directive 72/430/EEC of 19 December 1972 amending Council Directive 72/166/EEC of 24 April 1972 on the approximation of the laws of the Member States relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles and to the enforcement of the obligation to insure against such liability (OJ 1972 L 291/162); Second Council Directive 84/5/EEC of 30 December 1983 on the approximation of the laws of the Member States relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles (OJ 1984 L 008/17); Third Council Directive 90/232/EEC of 14 May 1990 on the approximation of the laws of the Member States relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles (OJ 1990, 129/33); Directive 2000/26/EC of the European Parliament and of the Council of 16 May 2000 on the approximation of the laws of the Member States relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles and amending Council Directives 73/239/EEC and 88/357/EEC (Fourth motor insurance Directive) (OJ 2000 L 181/65); Directive 2005/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 amending Council Directives 72/166/EEC, 84/5/EEC, 88/357/EEC and 90/232/EEC and Directive 2000/26/EC of the European Parliament and of the Council relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles (Text with EEA relevance) (OJ 2005 L 149/14).

⁶³ See *EESC* (note 8) no 6.5.2.4.; *Heiss/Downes* (note 35) 693 (711).

⁶⁴ *Reithmann/Martiny*, Internationales Vertragsrecht (2004), no. 71 et seq.; *Looschelders*, Internationales Privatrecht – Art. 3 – 46 EGBGB (2004), Art. 27 EGBGB no 12.

⁶⁵ *Heiss* (note 6) 1 (13).

court decision. However, art. 3 par. 2 of the recently proposed Rome-I-Regulation⁶⁶, which is intended to convert the Rome Convention into a Community instrument⁶⁷, suggests the introduction of a choice by the parties of generally accepted non binding rules of contract law⁶⁸. Thus, parties could make the Principles of European Contract Law (PECL) the law applicable to their contract. In principle, the range of choice should also include the Principles of European Insurance Contract Law (PEICL). As a result parties would enjoy an “optional instrument” without being enacted as a binding Community instrument. Thus, the proposal of the EC Commission seems to be an easy way or even a shortcut towards the establishment of an optional European (insurance) contract law.

b) Structural deficiencies of the approach

Nevertheless, it has already been pointed out by *Downes* and *Heiss* that such an approach implies structural deficiencies, partly frustrating the purposes of an optional instrument⁶⁹. This would occur mainly because a choice of law under art. 3 Rome-I-Regulation would be subjected to several exclusions and restrictions. In purely domestic cases national mandatory rules must not be derogated from⁷⁰. The choice of the parties would be excluded for consumer contracts⁷¹ and restricted in labour contracts⁷². National courts would be allowed to enforce internationally mandatory laws even if the optional instrument would be chosen⁷³. It follows that national law would still have a high impact on contracts concluded in the Community⁷⁴.

c) Special deficiencies in the insurance sector

Above all, the choice granted to the parties by art. 3 par. 2 of the proposed Rome-I-Regulation will not apply to insurance contracts related to the Internal Market, i.e. insurance contracts covering risks situated within the EU and concluded with insurers based in the EU. Article 22 (a) and appendix I of the proposed Rome-I-Regulation

⁶⁶ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), COM (2005) 650 final.

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0650en01.pdf.

⁶⁷ *Heiss* (note 55) 185.

⁶⁸ *Heiss* (note 55) 185 (186).

⁶⁹ *Heiss/Downes* (note 35) 693 (701 et seq).

⁷⁰ Art. 3 par. 4 Rome-I-Regulation.

⁷¹ Art. 5 par. 1 Rome-I-Regulation; see *EESC* (note 8) no 6.3.3.

⁷² Art. 6 par. 1 Rome-I-Regulation.

⁷³ Art. 8 par. 2 Rome-I-Regulation; see also art. 3 par. 5 Rome-I-Regulation; *Heiss* (note 54) 185 (186).

⁷⁴ See *Schnyder*, Partiautonomie im europäischen Versicherungskollisionsrecht, in *Reichert-Facilides* (ed.), *Aspekte des internationalen Versicherungsvertragsrechts im Europäischen Wirtschaftsraum* (1994), 49 (66 et seq) who speaks in favour of greater freedom of choice.

excludes from its scope of application, international insurance contract law contained in the Directives on insurance law, mainly the 2nd Non-Life Insurance Directive as well as the Life Insurance Directive. Strangely enough, as a result of the proposed art. 22 and art. 3 par. 2 Rome-I-Regulation, an insurance contract may be governed by the Principles of European Insurance Contract Law if either the insurer is not based or the risk covered is not situated within the EC. This is quite the opposite of what is required by the internal insurance market!

An alternative could be offered by art. 7 par. 3 of the 2nd Non-Life Insurance Directive as well as art. 32 par. 5 of the Life Insurance Directive. Both articles provide for a subsidiary application of the general rules of private international law to matters not regulated in the Directives. It may be inferred that art. 3 par. 2 of the proposed Rome-I-Regulation be considered a general provision of international contract law and thus applied also to contracts covered by the insurance Directives. However, the argument appears to be rather faulty⁷⁵. The Directives on insurance law regulate and limit the choice of the parties in a rather detailed manner⁷⁶. There is no regulatory gap in the Directives which would call for a subsidiary application of general rules such as art. 3 par. 2 of the proposed Rome-I-Regulation⁷⁷.

Nevertheless, Member States may open the choice of the PEICL to a certain degree. According to art. 7 par. 1 lit a 2nd sentence and lit d) 2nd sentence Non-Life Insurance Directive as well as art. 32 par. 1 Life Insurance Directive Member States parties may be granted a greater freedom of choice under certain circumstances. Following the enactment of art. 3 par. 2 of the proposed Rome-I-Regulation this option of Member States should include the extension of the choice to generally accepted Principles of Insurance Contract Law. This option of the Member States, however, would not satisfy the needs of the Internal Market. It can hardly be expected that all Member States would avail themselves of this option and allow a choice of the PEICL. Consequently, insurers will not be able to conclude all their transactions on the basis of one and the same rule of insurance contract law within Europe. The internal insurance market will remain incomplete.

2. EC-regulation

Another way to provide the parties with a choice of the PECL and/or PEICL as optional instruments would be to enact them as EC-regulations⁷⁸. As a result, the PECL and the

⁷⁵ Heiss (note 54) 185 (186).

⁷⁶ See *Schnyder* (note 73), 49 (54 et seq).

⁷⁷ See Art. 7 par. 1 lit. g and h of the 2nd Non-Life Insurance Directive.

⁷⁸ *Basedow* (note 36) 109; *Heiss* (note 6) 1 (30 et seq); *Clarke/Heiss* (note 7) 600 (605 et seq).

PEICL would not represent a 26th regime of (insurance) contract law in Europe but a 2nd regime of (insurance) contract law in each Member State⁷⁹. The EC-regulations could at the same time grant an option to the parties by way of a unilateral conflict norm allowing them to replace the applicable national (insurance) contract law with the PECL and/or the PEICL. An analysis conducted by *Downes* and *Heiss* indicates that this approach will avoid the structural deficiencies mentioned in the context of art. 3 par. 2 of the proposed Rome-I-Regulation⁸⁰. It is, therefore, a preferable solution.

IV. Political Chances of an Optional Instrument

It has been mentioned that the political chances of an optional instrument are higher than those of a European Contract Law replacing national laws. Nonetheless, that does not mean that an optional instrument will in fact be enacted. Its chances will depend on the willingness of the EC-Commission to take action and the Member States as well as the interested parties (the insurance industry and the consumer protectionists) to cooperate for the sake of a properly functioning internal insurance market.

There are, however, affirmative signals coming from EC-Institutions. The European Economic and Social Committee published an own-initiative opinion on “The European Insurance Contract” at the end of 2004⁸¹. In this opinion the EC Commission was encouraged to consider legislative harmonisation of insurance contract law in Europe and the Member States were invited to cooperate. Furthermore, two communications of the EC Commission of 2003⁸² and 2004⁸³ on European contract law mentioned the possibility of an optional instrument. Finally and most important, the proposed Rome-I-Regulation shall not prejudice the adoption of Community acts which “govern contractual obligations and which, by virtue of the will of the parties, apply in conflict-of-law situations” according to art. 22 lit. b). This is the first legislative proposal explicitly referring to an optional instrument. It promises exciting years of discussions on European contract law with a particularly prominent position for the insurance rules to come.

⁷⁹ See *Heiss* (note 6) 1 (38).

⁸⁰ *Heiss/Downes* (note 35) 693 (707 et seq).

⁸¹ *EESC*, Opinion on “The European Insurance Contract”, of December 15 and 16, 2004, CESE 1626/2004; see *Heiss* (note 6) 1 (25 et seq).

⁸² COM (2003) 68 final, http://ec.europa.eu/consumers/policy/developments/contract_law/com_2003_68_en.pdf; see *Weber-Rey* (note 7) 207 (223).

⁸³ COM (2004) 651 final, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com2004_en.pdf.

Die Akzeptanz des UN-Kaufrechts im Common Law^{*}

Das CISG – Stiefkind des Common Law?

von

Dr. Petra Butler^{**}

I. Einleitung

Bisher haben 67 Staaten¹ die United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) ratifiziert. Es wird gesagt, dass zwei Drittel des Welthandels mit Hilfe des CISG abgewickelt werden.² Zudem muss noch einmal betont werden, dass das CISG eines der modernsten Vertragsrechte hinsichtlich der Regelung von Verträgen und Vertragsbrüchen darstellt, an dessen Entwurf nicht nur kontinentaleuropäische Länder, sondern auch *Common Law*-Länder beteiligt waren.³ Die Verfasser haben ein Regelwerk entworfen, das die Gegebenheiten des modernen internationalen Warenverkehrs, der schnell und oft ohne formale Vertragsschlüsse oder jegliche Dokumentation vor sich geht, berücksichtigt. Hinsichtlich der Regelung von Vertragsbrüchen berücksichtigt das CISG, dass Geschäftspartner oft ein Interesse daran haben, Geschäfte aufrecht zu erhalten.⁴

Trotz dieser vielen Vorzüge hat Großbritannien, das Mutterland des *Common Law* und eine der weltweit wichtigsten Handelsnationen, das CISG noch nicht ratifiziert,⁵ und in Kanada, Australien und Neuseeland wird in der Regel die Anwendung des CISG vertraglich ausgeschlossen. In allen drei Ländern ist Rechtsprechung, in denen das CISG auch nur erwähnt wird, fast nicht vorhanden.⁶ Soweit man von der Anzahl der Entscheidungen auf

*Vortrag gehalten am 20. April 2006 vor der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück.

**Die Autorin ist Senior Lecturer an der Victoria University of Wellington in Neuseeland.

¹ Stand: September 2006.

² H. Lutz, "The CISG and Common Law Courts: Is there really a Problem?" (2004) 35 VUWLR 711; H. S. Burmann, "Building on the CISG: International Commercial Law Development and Trends for the 2000's" (1998) 17 J L and Commerce 355.

³ P. Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht – CISG (4. Auflage, München 2004) Einl.

⁴ Siehe Artikel 30 ff. und Artikel 53 ff. CISG.

⁵ Dies ist etwas überraschend, da Großbritannien die Vorgänger des CISG – ULIS und ULF von 1964 – ratifiziert hat.

⁶ Unter Zuhilfenahme der Pace Website (<http://www.cisg.law.pace.edu>) (22.09.06) ist bis 2006 in 9 neuseeländischen Entscheidungen das CISG erwähnt worden; in 14 kanadischen Entscheidungen und in 10 australischen. Zum Vergleich: das CISG wurde in 74 österreichischen Entscheidungen erwähnt.

die Häufigkeit der Anwendung des CISG und damit auf die Beliebtheit des CISG schließen kann, scheint allein in den USA sich das CISG einiger Beliebtheit zu erfreuen.⁷ Wenn man die *Common Law*-Länder hingegen mit kontinentaleuropäischen Ländern vergleicht, wird der Unterschied noch deutlicher. Im Jahr 2004 wies die Pace Website 350 deutsche Entscheidungen, 102 niederländische, 101 schweizerische, 96 belgische und 90 österreichische Entscheidungen auf.⁸ Das bedeutet, dass die neuseeländischen, australischen und kanadischen Fälle nur ein Drittel des österreichischen Fallvolumens erreichen. Es stellt sich daher die Frage, warum die Akzeptanz des CISG bei Juristen, aber auch Geschäftsleuten so gering ist. Es kann, um dies schon einmal vorweg zu nehmen, nicht an der mangelnden Literatur liegen. Eine Vielzahl von Literatur liegt auch in englischer Sprache vor.⁹

Es gibt zwei Konzepte im *Common Law*-Vertragsrecht, die im Rahmen des CISG für den *Common Law*-Juristen Schwierigkeiten bereiten: zum einem die „*parole evidence rule*“ und zum anderen die Vertragsvoraussetzung der „*consideration*“. Dieser Aufsatz wird zuerst analysieren, ob und inwieweit die *parole evidence rule* ein Hindernis für den *Common Law*-Juristen bei der Anwendung des CISG darstellt. Später wird die Arbeit untersuchen, ob die Vertragsvoraussetzung der *consideration* ein wirkliches Hindernis für die Anwendung des CISG darstellt. Die Autorin kommt zu dem Ergebnis, dass die Rechtsentwicklung beider Rechtsinstitute im *Common Law* dazu geführt hat, dass in der praktischen Anwendung kein großer Unterschied zwischen dem CISG und dem *Common Law* hinsichtlich der Ermittlung des Vertragsinhalts sowie der Modifikation eines Vertrages vorliegt.

II. Die Parol Evidence Rule

Die *parole evidence rule* verbietet das Einbeziehen eines mündlich vereinbarten Vertragsbestandeils in den schriftlichen Vertrag, der vorher oder zeitgleich mit dem

⁷ Die Pace Website weist zurzeit 74 US-Entscheidungen auf (<http://www.cisg.law.pace.edu>) (22.09.06). Allerdings kann man von den USA höchstens als Land mit *Common Law*-Tradition sprechen. Es ist nicht mehr ein *Common Law*-Land im klassischen Sinne.

⁸ H. Lutz, „The CISG and Common Law Courts: Is there really a Problem?“ (2004) 35 VUWLR 711, 714. Die Zahlen müssen allerdings mit Vorsicht angesehen werden, da die Datei sich auf die freiwillige Mitteilung von Landesrepräsentanten verlässt.

⁹ Siehe zum Beispiel: J. Honnold, *Uniform Law For International Sales under the 1980 United Nations Convention* (3. Aufl., Den Haag 1999); A. Kritzer, *Guide to Practical Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Deventer/Boston 1989).

schriftlichen Vertrag vereinbart worden ist.¹⁰ Die *parol evidence rule* wirft daher hauptsächlich zwei Probleme für den *Common Law*-Juristen auf:

1. ob *parol evidence* benutzt werden kann, um die Existenz und den Umfang eines Vertrages nach Artikel 11 CISG zu bestimmen.
2. ob eine Vertragsänderung, wie in Artikel 29 CISG vorgesehen, möglich ist.

Artikel 11 CISG befreit die Parteien ausdrücklich von der Schriftform des Vertrages und erlaubt Parteien ihren Vertrag jederzeit in jeder Form, das bedeutet auch mündlich, zu modifizieren oder aufzuheben. Artikel 8 III CISG erlaubt ausdrücklich und gebietet es sogar, dass durch Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien entstandene Geflogenheiten und Gebräuche zu berücksichtigen sind, um den Willen der Parteien hinsichtlich des Vertrages zu ermitteln.

Das Prinzip der Formfreiheit beantwortet jedoch nicht die Frage, wie ein Richter oder Schiedsrichter den Beweis gewichten soll und was für Beweismittel eine Partei vorlegen kann. Denn das wird generell vom Prozessrecht des Forums bestimmt. Daher kann es passieren, dass ein Richter oder eine Richterin dem schriftlichen Vertrag mehr Gewicht als der mündlichen Vereinbarung der Parteien gibt.¹¹ Die Beweiswürdigung und generelle Regel im internationalen Privatrecht, dass Beweisregeln nach dem Forumrecht (*lex fori*) angeknüpft werden, erlaubt – auf Umwegen – eine Anwendung der *parol evidence rule* in CISG Mitgliedstaaten, die dem *Common Law* nahe stehen.

Es gibt nur zwei bedeutende Fälle hinsichtlich der Kompatibilität des CISG mit der *parol evidence rule*, beide wurden von US Court of Appeals entschieden. Die Entscheidungen nehmen einen gegensätzlichen Standpunkt ein, so dass nur eine Entscheidung des US Supreme Court Klarheit bringen kann.

Die Mehrheit der US-amerikanischen Gerichte wenden die *parol evidence rule* nicht an,¹² wenn das CISG Anwendung auf einen Vertrag findet. Eine Ausnahme ist *Beijing Metals &*

¹⁰ Dieses ist die Arbeitsdefinition für diesen Aufsatz. Es muss darauf hingewiesen werden, dass die Definition und die Voraussetzungen der *parol evidence rule* in den verschiedenen *Common Law*-Ländern variiert. Siehe zur *parol evidence rule* auch B. Zeller, „The Parol Evidence Rule and the CISG - a Comparative Analysis“ (2003) 36 Comparative Law Journal of South Africa: <http://cisgw3.law.pace.edu> (22.09.2006); CISG Advisory Council Opinion No 3, Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG (23 October 2004): <http://www.cisg.law.pace.edu> (22.09.2006) para 1.2.1. ff.

¹¹ *RBV NV v JV BV* (Rechtbank von Koophandel Hasselt, Belgium, 22 May 2002): <http://www.law.kuleuven.ac.be/ipr/eng/cisg/> (2.10.2006).

¹² Das heißt, S. 2-201 Uniform Commercial Code.

Minerals v American Business Centre.¹³ In diesem Fall verteidigte sich eine texanische Firma gegen einen Anspruch aus Vertrag mit einer chinesischen Firma, in dem sie sich auf mündliche Vereinbarungen zwischen den Parteien berief. Die mündlichen Vereinbarungen waren nicht in den schriftlichen Vertrag einbezogen worden. Die Klägerin argumentierte, dass texanisches Recht Anwendung fände, wohingegen die Beklagte das CISG anwenden wollte. Der 5th Circuit Court of Appeals entschied, dass die *parol evidence rule* Anwendung finden soll. Es sei unerheblich, ob das CISG oder materielles texanisches Recht Anwendung fände, da es sich bei der *parol evidence rule* um eine Frage des Prozeßrechts handele und daher das Recht des Forums Anwendung fände.¹⁴ Allerdings artikulierte das Gericht dies nicht sehr deutlich. Das Gericht betonte zudem das Fehlen von Entscheidungen zum CISG, die dem Gericht hätten helfen können, sich besser mit der Problematik auseinandersetzen zu können.¹⁵ Lutz hat nachvollziehbar angemerkt, dass sich das Gericht wohl in den sicheren Hafen des eigenen Rechts zurückgezogen hat, was als eine zusätzliche Erklärung für die fehlende Auseinandersetzung mit der Problematik anzusehen ist.¹⁶

Fünf Jahre später, 1998, bezog der 11th Circuit Court of Appeals in *MCC Marble Ceramic Center v Ceramica Nuova D'Agostino* eine deutlichere Position. In diesem Fall hatten ein italienischer Fliesenhändler und ein amerikanisches Unternehmen die Lieferung von Fliesen vereinbart. Nachdem der Käufer die vereinbarten Kaufpreisraten nicht zahlte, stoppte der italienische Fliesenhändler den Versand weiterer Fliesen. Der amerikanische Käufer klagte wegen Vertragsbruchs. Der italienische Verkäufer verteidigte die Klage auf Grund der Nichtzahlung. Der Verkäufer wies auf die Vertragsklausel im schriftlichen Vertrag hin. Diese sah eine Auflösung des Vertrages bei Nichtzahlung der monatlichen Raten vor. Im Prozess versuchte der Käufer Beweis zu erbringen, dass die Parteien diese Vertragsklausel in einer mündlichen Vereinbarung ausgeschlossen hatten. Das Gericht stellte zuerst fest, dass es sich bei der Frage der *parol evidence rule* um eine Frage des materiellen Rechts handele und *nicht* um eine Frage des Beweisrechts. Gerichte könnten daher die *parol evidence rule* nicht als Prozeßrecht qualifizieren und dem Forumrecht unterwerfen.¹⁷ Die *parol evidence rule* selbst sage nicht aus, dass eine mündliche Vereinbarung ein schlechteres Beweismittel als ein schriftlicher Vertrag sei, sondern bedeute, dass es den Parteien verwehrt sei, eine Tatsache an sich zu beweisen, nämlich die Tatsache, dass es noch andere Vertragsvereinbarungen gibt als die, die schriftlich vereinbart worden sind. Das Gericht entschied, dass das CISG keine *parol evidence rule* enthält,

¹³ 993 F2d 1178 (5th Circ CA, 1993).

¹⁴ *Beijing Metals & Minerals v American Business Centre Inc* 993 F2d 1178, 1182, 1183 (5th Circ CA, 1993).

¹⁵ Der Fall ist von 1993.

¹⁶ H. Lutz "The CISG and Common Law Courts: Is There Really a Problem?" (2004) 35 VUWLR 711, 719: "haste to reach the safe harbour of domestic law."

¹⁷ *MCC Marble Ceramic Center v Ceramica Nuova D'Agostino* 114 F3d 1384, 1389 (11th Circ CA).

sondern dass im Gegenteil das CISG „freie“ Vertragsvereinbarungen zuließe.¹⁸ Das Gericht stützte sich bei seiner Begründung nicht nur auf Artikel 11 CISG, sondern auch auf Artikel 8 I und 8 III CISG. Das Gericht wies dabei ausdrücklich die Entscheidung des 5th Circuit Court of Appeals zurück. Diese Entscheidung des 11th Circuit Court of Appeals wurde in der Literatur sehr begrüßt.

Die unterschiedlichen US-amerikanischen Entscheidungen machen deutlich, warum für viele *Common Law*-Juristen die Anwendung des CISG eine Hürde darstellt. Zum einen stellt die Anwendung eines anderen Rechts, auch wenn es eine internationale Konvention ist, an sich schon eine Hürde dar. In diesem Sinne unterscheidet sich der *Common Law*-Jurist nicht von seinem zivilrechtlichen Kollegen. Was es für den *Common Law*-Juristen jedoch schwerer macht, ist das Fehlen von Entscheidungen, an denen sich die Gerichte orientieren können. Darauf hat auch der 5th Circuit Court of Appeals hingewiesen. Die fehlende Auseinandersetzung mit dem CISG in US-amerikanischen Entscheidungen zum Zeitpunkt von *Beijing Metals* hat erheblich dazu beigetragen, dass das Gericht sich auf das ihm bekannte Recht zurückzog. Eine Analyse, wie Vertragsverhandlungen im Rahmen des CISG bewertet werden, d.h. nach Artikel 8 CISG, kommt nämlich zu dem Schluss, dass die Divergenz zwischen der Anwendung der *parol evidence rule*, wie sie sich in den letzten Jahren unter dem *Common Law* entwickelt hat, und Artikel 8 CISG nicht besonders groß ist. Die englischen Gerichte hatten schon kurz nach der Postulation der *parol evidence rule* herausgefunden, dass eine rigide Anwendung dieser Regel zu Ungerechtigkeiten führt. Es sind daher viele Ausnahmen postuliert worden. Die englische *Law Commission* hat bereits 1986 hinterfragt, ob die *parol evidence rule* auf Grund der zahllosen Ausnahmen nicht schon größtenteils ausgehöhlt sei.¹⁹ Eine der wichtigsten Ausnahmen besteht, wenn die Parteien nur einen Teil des Vertrages schriftlich fixieren, den anderen aber mündlich vereinbaren kann. In diesem Fall lassen die Gerichte *parol evidence* zu.²⁰ Auch hinsichtlich von Verträgen zwischen Kaufleuten wird die *parol evidence rule* nur noch eingeschränkt angewandt.²¹

Zusammenfassend lässt sich hinsichtlich der *parol evidence rule* feststellen, dass das Konzept der *parol evidence rule* als Hinderungsgrund für die Anwendung des CISG oft im Vordergrund steht. Eine genauere Betrachtung der *parol evidence rule* zeigt jedoch, dass

¹⁸ *MCC Marble Ceramic Center v Ceramica Nuova D'Agostino* 114 F3d 1384, 1390 (11th Circ CA).

¹⁹ Law Commission, *Law of Contract -- The Parol Evidence Rule* (Working Paper No 70, London 1986) 13.

²⁰ Vgl. *Malpas v L & SW Ry Co* (1866) LR 1 CP 336 (HL); *Couchman v Hill* [1947] KB 554; *Turner v Forwood* [1951] 1 All ER 746.

²¹ Vgl. *Hutton v Warren* (1836) 1 M & W 466, 475; 150 ER 517, 521; *Smith v Wilson* (1832) 3 B & Ad 728; 110 ER 266. Im letzteren Fall wurde bewiesen, dass die schriftliche Vereinbarung des Kaufs von 1000 Kaninchen in Wirklichkeit eine Vereinbarung über 1200 Kaninchen war.

sie nicht direkt inkompatibel mit dem CISG ist, und dass sie selbst im englischen Recht nicht so rigide angewandt wird, wie oft vermutet wird. Den Beweiswert der Schriftform wird auf der anderen Seite auch vom CISG nicht verkannt. So stipuliert, zum Beispiel Artikel 29 II CISG, dass ein Vertrag, der eine vertragliche Bestimmung enthält, wonach jede Änderung oder Aufhebung durch Vereinbarung schriftlich zu erfolgen hat, nicht durch eine andere Art aufgehoben werden darf. Kommentatoren zum CISG sind sich zudem einig, dass schriftlichen Vereinbarungen ein besonderer Beweiswert auch unter dem CISG zukommt.²²

III. Consideration

Die „*consideration*“ ist ein Vertragsbestandteil, der beinhaltet, dass der Kläger für das Versprechen des Beklagten eine Gegenleistung erbringen muss, um sich auf einen gültigen Vertrag berufen zu können.²³ Damit werden vor allem Schenkungen aus dem Anwendungsbereich des *Common Law*-Vertragsrechts ausgeschlossen. Hinsichtlich des CISG taucht die Frage der *consideration*, aus Sicht des *Common Law*-Juristen, vor allem bei der Vertragsänderung nach Artikel 29 CISG auf. Das CISG spricht sich eindeutig gegen die Vertragsvoraussetzung der *consideration* aus. Der offizielle Kommentar des UNCITRAL Sekretariats nimmt explizit zur Frage der *consideration* Stellung: eine Frage, die nicht nur hinsichtlich anderer Artikel diskutiert und gleichfalls abgelehnt worden war.²⁴ *Honnold* ist soweit gegangen, aus der konstanten Ablehnung des Prinzips der *consideration* während der Verhandlungen des CISG zu schließen, dass der Ausschluss der *consideration* ein allgemeiner Grundsatz im Sinne des Artikel 7 II CISG sei.²⁵ Nichts desto trotz haben Autoren wie auch Gerichte die Frage der *consideration* im Rahmen des CISG behandelt und der Frage ein unverhältnismäßiges Gewicht gegeben, indem sie die *consideration* als Frage der Vertragsgültigkeit im Rahmen des Artikel 4 a CISG qualifiziert haben. Auf die *consideration* würde danach nicht mehr das CISG Anwendung finden, sondern das nach den international privatrechtlichen Vorschriften des Forumstaates berufene Recht.²⁶

²² Vgl. P. Schlechtriem/I. Schwenzer (Hrsg.) Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) (2. Aufl., Oxford 2005) Art. 11 para. 13; J. Honnold Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention (3. Aufl., New York 1999) § 110.

²³ J. F. Burrows/J. Finn/S. Todd, Law of Contract in New Zealand (8. Aufl., Wellington 1997) 93.

²⁴ Secretariat Commentary, Artikel 27 des Entwurfs von 1978 (Entwurfsequivalent zu Artikel 29 CISG) para 2.3: <http://www.cisg.law.pace.edu> (25.09.2006). Siehe auch, zum Beispiel: *Shuttle Packaging Systems LLC v Jacob Tsonakis, INA Plastics Corporation* (17.12.2001) 1:01-CV-691 (WD Mich SD).

²⁵ J. Honnold, Uniform Law for International Sales (2.Aufl., Deventer 1991) 284, para. 204.4.

²⁶ Vergleiche *Geneva Pharmaceuticals Technology Corp v Barr Laboratories Inc* (2002) 201 F Supp 2d 236 (SD NY): Ein kanadischer Hersteller chemischer Produkte lieferte an die Klägerin, eine US-amerikanische Firma, Proben einer chemischen Substanz. Die kanadische Firma stimmte zu, die Klägerin bei dem Zulassungsantrag für diese Substanz an die US-amerikanische *Food and Drug Administration* zu unterstützen. Nachdem die *Food and Drug Administration* die Beklagte als Zulieferer für diese Substanz zugelassen

Es stellt sich ähnlich wie bei der *parol evidence rule* jedoch die Frage, ob die *consideration* im *Common Law* wirklich noch die Rolle spielt, die die Kritiker des CISG ihr zuschreiben. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: insgesamt kann auch hinsichtlich der *consideration* eine allgemeine Unzufriedenheit festgestellt werden. Noch früher als bei der *parol evidence rule* – nämlich bereits 1937 hatte das englische *Law Revision Committee* festgestellt, dass das Konzept der *consideration* überholt sei.²⁷ Im Rahmen des CISG entsteht für einen *Common Law*-Juristen die Problematik der *consideration* vor allem im Rahmen des Artikels 29 CISG – der Vertragsänderung. Denn beim eigentlichen Vertrag im Rahmen des CISG ist es schwer vorstellbar, dass eine der Parteien keine Gegenleistung erbringt. Die Fälle zur Vertragsänderung im *Common Law* zeigen jedoch deutlich die Kreativität der Gerichte, eine Vertragsänderung nicht an einem Mangel der *consideration* scheitern zu lassen.²⁸ In dem englischen Fall *Williams v Roffey Brothers*, zum Beispiel, hat der Court of Appeal Geld, das zusätzlich gezahlt wurde, um Erfüllung zu garantieren, als ausreichende *consideration* für eine spätere Vertragsänderung angesehen.²⁹

Die Gerichte betrachten entweder die *consideration* im eigentlichen Vertrag auch als *consideration* für die spätere Vertragsänderung oder sie stützen ihre Entscheidung auf den Parteiwillen bei Vertragsschluss, um die Frage der *consideration* bei Vertragsänderung zu umgehen. In einigen Fällen haben die Gerichte *equitable estoppel* herangezogen, um die Voraussetzung einer *consideration* zu umgehen.

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass gerade im Bereich der Vertragsänderungen die Voraussetzung einer *consideration* in der *Common Law*-Rechtsprechung mittlerweile erheblich aufgeweicht worden ist. Die Vertragsvoraussetzung einer *consideration* stellt daher für den *Common Law*-Juristen im praktischen Sinne kein Hindernis mehr da, dass es rechtfertigen würde, sich gegen die Anwendung des CISG zu sträuben.

hatte, bestellte die Klägerin bei der Beklagten die Substanz. Die Beklagte nahm das Angebot nicht an, da sie Verpflichtungen aus einem anderen Vertrag hatte. Die kanadische Beklagte brachte unter anderem vor, dass auf Grund der fehlenden *consideration* kein Vertrag vorläge. Ohne sich mit dem CISG hinsichtlich der Frage der *consideration* auseinander zu setzen, befand das New York District Court, dass nach Artikel 4 (a) CISG die Frage der Gültigkeit des Vertrages eine Frage des nationalen Rechts sei. Das Gericht befand dann, dass nach dem Recht von New Jersey in diesem Fall eine *consideration* vorgelegen hätte.

²⁷ H. Lutz, "The CISG and Common Law Courts: Is there really a Problem?" (2004) 35 VUWLR 711, 721.

²⁸ Siehe zum Beispiel *Shuttle Packaging System v Tsonakis et al* (<http://www.pace.edu.cisg/> (2.10.2006)); *Century Yuasa Batteries (NZ) Ltd v Johnson* (unreported 27 Oct 2004, AA 346/04, AEA 847/04); *Simon Container Machinery Ltd v Emba Machinery AB* [1998] 2 Lloyd's Rep 429, 434, 435 (QB, Com Ct).

²⁹ *Williams v Roffey Brothers & Nicholls (Contractors) Ltd* [1991] 1 QB 1, 20 (CA).

IV. Zusammenfassung

Eine mögliche Erklärung, warum sich Widerstände gegen die Ratifizierung der CISG in Großbritannien bildeten und warum weder in Kanada, Australien noch in Neuseeland das CISG Fuß fassen konnte, ist, dass zwei traditionell wesentliche Konzepte des Vertragsschlusses im *Common Law* nicht in das CISG Einzug erhalten haben beziehungsweise als Konzepte des CISG explizit verworfen wurden: nämlich die *consideration* und die *parol evidence rule*. Eine genauere Analyse beider Konzepte zeigt jedoch, dass ihre Weiterentwicklung innerhalb des *Common Law* sich den modernen Gegebenheiten angepasst hat und die Gerichte zum Teil die Konzepte fast bis zur Aufhebung verwässert haben. Das Festhalten an der Nichtanwendung des CISG kann daher nicht darauf beruhen, dass eine Anwendung zu Verträgen führen würde, die nach dem *Common Law* Vertragsrecht undenkbar wären. Im Gegenteil, ein praktischer Vergleich besonders im Falle der *consideration* zeigt, dass in vielen Fällen das *Common Law* und das CISG zu kompatiblen Ergebnissen kommen würden.

Woran liegt es dann, dass die *Common Law*-Staaten, die schon seit über zehn Jahren das CISG ratifiziert und in ihren Gesetzessammlungen haben, immer noch keine wesentliche Jurisprudenz zum CISG aufweisen können? Als wahrscheinlichste Erklärung gilt die fehlende Vorreiterrolle Großbritanniens und damit das fehlende Volumen an Entscheidungen, die als Vorbild gelten können. Obwohl keines der drei *Common Law*-Länder mehr den Rechtsweg zum Privy Council ermöglicht und auch in anderen Gebieten eine erhebliche Abweichung zum Beispiel der neuseeländischen Rechtsentwicklung von der englischen erfolgt ist,³⁰ kommt der Bemerkung in *Beijing Metals*, die die fehlenden *precedents* in den USA beklagt, erhebliche Bedeutung zu. Für den *Common Law*-Juristen sind *precedents* ein Rettungsanker. Rechtsgebiete werden durch schrittweise Entwicklung erschlossen. Hinsichtlich des CISG steht den *Common Law*-Ländern lediglich die US-amerikanische Rechtsprechung zur Verfügung, da den meisten *Common Law*-Juristen die deutsch- oder französischsprachige Literatur und Jurisprudenz verschlossen bleibt. Das bedeutet, das *Common Law* musste ohne Sicherheitsnetz von Null beginnen. Es wird daher sicherlich noch einige Jahre dauern, bis sich ein komfortables Entscheidungsvolumen entwickelt hat. Sollte Großbritannien sich entscheiden, das CISG zu ratifizieren, würde dessen Popularität mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch in den anderen *Common Law*-Staaten zunehmen.

³⁰ Siehe zum Beispiel in Bereich des Deliktsrecht und der Haftung des Staates für Fehler seiner Bediensteten: *Invercargill City Council v Hamlin* [1994] 3 NZLR 513 (CA), der Privy Council, Appeal [1996] 1 NZLR 513 (PC), stellte fest, dass die Rechtsentwicklung und die sozialen Gegebenheiten in Neuseeland Unterschiede zum englischen Recht und der englischen Gesellschaft aufwiesen und dass der neuseeländische Court of Appeal berechtigt war, seinen eigenen Weg zu gehen.

Bulgarisches Deliktsrecht*

Allgemeine Darstellung

von

Dr. Christian Takoff**

Die historische Entwicklung des allgemeinen bulgarischen Deliktsrechts (Art. 45 ff. des Gesetzes über die Schuldverhältnisse und Verträge¹, des weiteren „SVG“) beruht auf der Rezeption des romanischen Regelungsmodells der Art. 1382 ff. des französischen *Code Civil*. Diese Rezeption ist aufgrund der Art. 2043 ff. des Codice Civile Italiano vom Jahre 1942 vollzogen worden. Dadurch ist der alten romanischen Tradition des alten Gesetzes über Schuldverhältnisse und Verträge (1892) Folge geleistet.

Neben der allgemeinen Reglementierung des SVG sind die unerlaubten Handlungen auch in einer Reihe von Spezialgesetzen geregelt. Die wichtigeren darunter sind der Kodex der Handelsschifffahrt², das Gesetz zum Schutz der Verbraucher (VerbrSchGes)³, das Arbeitsgesetzbuch (ArbGB)⁴ und das Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden für verursachte Schäden (StGemHftGes)⁵.

Die allgemeine Reglementierung im Obligationenrecht (SVG) setzt sich aus einer Generalklausel und mehreren Spezialtatbeständen zusammen.

Der Gang der weiteren Darstellung umfasst:

- Die Unterschiede zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung;
- Die Arten deliktischer Haftung;
- Die Voraussetzungen der deliktischen Haftung für eigene Handlungen und
- Fragen der Bemessung des Schadenersatzes.

Stand der Gesetzgebung ist Juni 2006.

*Vortrag gehalten am 01. Juni 2006 vor der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück.

**Der Autor ist Privatdozent an den Universitäten Sofia und Veliko Ternovo in Bulgarien.

¹ Veröffentlicht Darzhaven Vestnik (DV) Nr. 275/1950, in Kraft seit 01. Januar 1951, letzte Änderung DV Nr. 43/2005.

² Veröffentlicht DV Nr. 55/1970, letzte Änderung DV Nr. 30/2006.

³ Veröffentlicht DV Nr. 99/2005, letzte Änderung DV Nr. 30/2006.

⁴ Veröffentlicht DV Nr. 26/1986, letzte Änderung DV Nr. 30/2006.

⁵ Veröffentlicht DV Nr. 60/1988, letzte Änderung DV Nr. 33/2006.

1. Unterschiede zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung

Die Unterschiede zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung sind nur tabellarisch und orientierungshalber dargestellt. Die Unterschiede unter den Nummern 3, 5, 13 und 15 sind m.E. nicht überzeugend zu rechtfertigen. Sie sind eher auf Zufallsentscheidungen des jeweiligen Gesetzgebers zurückzuführen und unterliegen dabei keinem systematischen Rechtfertigungsgrund. Die bulgarische Doktrin bzw. die Gerichtspraxis haben allerdings dazu weder Stellung genommen noch sind Versuche unternommen worden, die entsprechenden Regelungen durch *interpretatio correctiva* zu überwinden oder zu ändern.

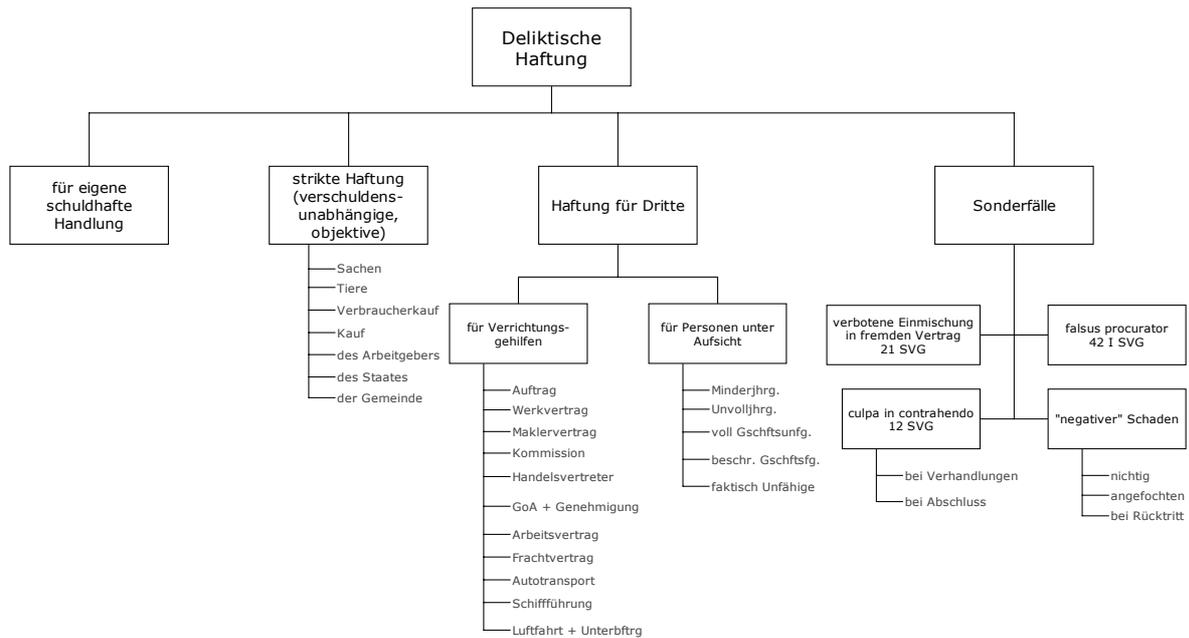
	Delikt	Vertrag
1. Tatbestand	Verletzung eines rechtlich geschützten Wohls. Generalklausel (45 SVG) und Spezialvorschriften (47 ff. SVG, Sondergesetze).	Nichterfüllung einer Verpflichtung, begründet durch Rechtsgeschäft (einschl. Vertrag).
2. Eintritt von Schäden erforderlich?	Ja.	Nicht immer (Vertragsstrafe, Draufgabe).
3. Haftung für immaterielle Schäden?	Ja.	Nein; Doktrin und Rechtsprechung allerdings geteilter Meinung.
4. Voraussehbarkeit der Schäden erforderlich?	Nicht ausdrücklich, Doktrin und Rechtsprechung allerdings einig über analoge Anwendung von 82 SVG auf Delikt.	Ja, bis auf die Fälle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit (82, Satz 2 SVG).
5. Minderung oder Wegfall des Ersatzes?	Nur Minderung (51 SVG).	Sowohl Minderung als auch Wegfall möglich (83 I SVG).
6. Bedarf es der Geschäftsfähigkeit / Zurechenbarkeit?	Die Handlungsunfähigen haften nicht (47 I SVG), aber Haftung für fremde Handlungen der Eltern, Vormunde und Aufsichtspersonen.	Irrelevant.
7. Haftung juristischer Personen für ihre Organe?	Ja, keine ausdrückliche Regel.	Ja, abgeleitet von der Regelung über die gesetzliche Vertretung (36 II SVG).
8. Gesamtschuld bei mehreren Schädigern / Schuldnern?	Ja (53 SVG).	Nein. Nur unter Kaufleuten (304 bgHGB) (lex propria).
9. Haftung für Dritte	Ja, für Minderjährige und Geschäftsunfähige (47 II, 48 I und II SVG) und für Verrichtungsgehilfen (49 SVG und Spezialgesetze).	Nur bei Beauftragung mit der Erfüllung (keine ausdrückliche Regelung).
10. Anfang des Verzugs	Ab Schädigung (84 III SVG).	Ab Fristablauf bzw. Vorladung (84 I und II SVG).
11. Verjährungsbeginn	Ab Feststellung des Täters (114 III SVG).	Ab Fälligkeit der Forderung (114 I, II, IV SVG).
12. Verjährungsfrist	5 Jahre (110 SVG).	½, 1, 3, 5 oder 10 Jahre je nach Art der Forderung.
13. Aufrechnung gegen die Forderung möglich?	Bei vorsätzlicher Schädigung nur mit Zustimmung des Gläubigers (105 SVG).	Grundsätzlich immer zulässig, nur ausnahmsweise nicht (103 II und III, 105 SVG).
14. Objektive Haftung (strikte, verschuldensunabhängige Haftung, für Dritte)	Ja: Für Kinder, Geschäfts- und Handlungsunfähige, Sachen und Tiere; Gegen den Arbeitgeber, den Hersteller, Importeur, Vertreter, Verkäufer, den Staat.	Nur für Schäden aus Fehlern und Mängeln im Kaufrecht.
15. Unpfändbarkeit bei Zwangsvollstreckung wegen Forderungen aus Delikt / Vertrag	Die Zwangsvollstreckung kann auch in prinzipiell unpfändbare Objekte eingeleitet werden (340 II bgZPO).	Unpfändbarkeit kann nur durch Hypothek und Pfand aufgehoben werden (340 I bgZPO).

Aus den aufgelisteten Unterschieden zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung ergibt sich unmittelbar die Frage nach der Konkurrenz zwischen diesen beiden Arten der Haftung, da es nicht gleichgültig ist, ob der jeweilige Schuldner aus Delikt oder aus Vertrag haften wird. Dabei ist von der Lehre die Regel entwickelt worden, dass Vertrag Delikt vorgeht. Dieser Satz beruht auf dem Zusammenspiel zwischen *lex specialis* und *lex generalis*, wobei die *differentia specifica* der (speziellen) vertraglichen Haftung im Vergleich zum (allgemeinen) Delikt der Ursprung der Forderung ist (Nichterfüllung nicht irgendwelcher Verpflichtung, sondern die Nichteinhaltung einer solchen, die durch Vertrag begründet ist). Der Sinn des Vorzugs der vertraglichen vor der deliktischen Haftung liegt in den schon erwähnten Unterschieden zwischen den beiden Haftungsarten. Wäre die Art der Haftung frei vor Gericht wählbar, käme es z.B. zu einer willkürlichen Festlegung einer Minderung, eines Wegfalls des Ersatzes, kürzerer oder längerer Verjährungsfristen, willkürlicher Bestimmung der Gesamt- bzw. Individualschuld sowie der zusätzlichen Haftung für Dritte; schließlich käme es auch zu schwerwiegenden praktischen Folgen hinsichtlich möglicher Vorzüge bei der Zwangsvollstreckung.

Keine Konkurrenz zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung liegt allerdings in den Fällen vor, wenn die Erfüllung eines Vertrages ein Delikt ermöglicht oder nach sich zieht, oder wenn der „vertragliche“ und der „deliktische“ Schuldner dieselbe Person ist. In diesen Fällen existieren beide Haftungsarten nebeneinander, da sie aus verschiedenen Sachverhalten entspringen.

2. Arten deliktischer Haftung

Die des Weiteren vorgeschlagene Klassifizierung beruht auf dogmatischer Spekulation und nicht auf ausdrücklichen gesetzlichen Regeln. Das Differenzierungskriterium betrifft die Tatbestandsmerkmale. Die Folgen aller weiteren Haftungsarten sind prinzipiell gleich. Diese Gleichheit der Folgen ruiniert z.T. den Sinn der Klassifizierung *de lege lata*. Immerhin hat die Aufteilung einen Sinn *de lege ferenda*, da insbesondere bei einigen Sonderfällen die Folgenreichheit aller Arten deliktischer Haftung zu Ungerechtigkeiten führen kann. Die einzelnen Arten deliktischer Haftung lassen sich in folgendem Schema kurz darstellen:



2.1. Haftung für eigene schuldhaft Handlungen

Diese Haftung ist in der Generalklausel 45 SVG geregelt: „*Jeder hat den Schaden wiedergutzumachen, den er einem anderen schuldhaft zugefügt hat*“. Eingehende Erörterung dieser Haftungsart findet sich weiter unten, in P. 3.

2.2. Strikte (verschuldensunabhängige, objektive) Haftung

Diese Haftung kann folgendermaßen definiert werden: Sie ist eine immer ausdrücklich und konkret im Gesetz geregelte Haftung für Schäden, bei der das Verschulden des Haftenden irrelevant ist und daher keine Exkulpation möglich ist. Die strikte Haftung ist ein rechtliches Instrument der Allokation des Schadens aus Billigkeitsgründen und setzt sich aus mehreren unterschiedlichen und miteinander in keinem systematischen Zusammenhang stehenden Tatbeständen zusammen.

Strikte Haftung liegt in folgenden Tatbestands-/Fallgruppen vor:

Tatbestand	Haftung zulasten von / Gesamt- oder Individualschuld
Schäden durch Sachen (Fahrnis und Immobilie)	Eigentümer + Aufseher (Gesamtschuld)
Schäden durch Tiere	Eigentümer + Aufseher (Gesamtschuld)
Schäden aus gekaufter Sache bei Verbraucherkauf	Hersteller + Importeur + Vertreiber + Einzelhändler (VerbrSchGes) („Kaskade-Haftung“, ähnliche Funktion wie die Gesamtschuld)
Schäden aus gekaufter Sache beim Zivil- u. Handelskauf (keine Anwendung auf Verbraucherkauf)	Hersteller (TR OSGK ⁶ 54/1986)
Schäden bzgl. Leben/Gesundheit des Arbeiters	Arbeitgeber (Artikel 200 ArbGB)
Schäden von Staats- und Gemeindeorganen	Der Staat / die Gemeinde (StGemHftGes)

2.3. Haftung für Verrichtungsgehilfen

Diese Haftung lässt sich wie eine abstrakt im Gesetz beschriebene Haftung bestimmen, bei der das Verschulden des Haftenden wieder irrelevant ist (wie bei der strikten Haftung), für deren Begründung allerdings für den konkreten Verursacher die Voraussetzungen des Generaldelikts erfüllt sein müssen und daher die Exkulpation des Haftenden zwar möglich ist, aber nur über Bestreiten der Haftung des konkreten Verursachers.

Die Generalklausel dieser Haftung ist Art. 49 SVG; Spezialtatbestände sind in Sondergesetzen zu finden. Die wichtigeren gesetzlich geregelten Fallgruppen der Haftung für Verrichtungsgehilfen sind folgende:

- Geschäftsbesorgungsverhältnisse (Auftrag, Werkvertrag, Maklervertrag, Kommission, Handelsvertreter usw.);
- Geschäftsführung ohne Auftrag bei nachträglicher Genehmigung, bei deren Voraussetzungen die Regeln über den Auftrag Anwendung finden (Art. 62 SVG);
- Arbeitsvertrag (Art. 200 ArbGB);
- Frachtvertrag (Art. 374 des bulgarischen Handelsgesetzes⁷);
- Autotransportvertrag (Art. 44 des bulgarischen Autotransportgesetzes⁸) und
- Schiffführungsvertrag (Art. 315 des Kodex der Seeschifffahrt).

⁶ TR OSGK: Auslegungsentscheidung der Generalversammlung der Zivilkollegien des Obersten Gerichts der (Volks-)Republik Bulgaren.

⁷ Veröffentlicht DV Nr. 48/1991, letzte Änderung DV Nr. 105/2005.

⁸ Veröffentlicht DV Nr. 82/1999, letzte Änderung DV Nr. 30/2006.

2.4. Haftung für beaufsichtigte Personen

Die Haftung für beaufsichtigte Personen nimmt eine Zwischenstellung zwischen der strikten Haftung (s.o., P. 2.2) und der Haftung für fremde Handlungen/Verrichtungsgehilfen (s.o., P. 2.3) ein. Sie bezieht sich auf zwei streng bestimmte Personenkreise – den der Haftenden und den für die gehaftet wird. Die Deliktfähigkeit der Personen, für die gehaftet wird (zweiter Personenkreis), ist irrelevant. Wenn diese allerdings deliktsfähig sind, führt ihre Exkulpation zu Enthaltung des Haftenden. Die Exkulpation des Haftenden wegen sich auf ihn selbst beziehender Umstände ist – wenn auch unter schwer zu beweisenden Umständen – auch möglich. Die einschlägige Regelung dieser Haftung ist Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 SVG.

Der Kreis derjenigen, für die gehaftet wird, hat folgende Grenzen:

- Minderjährige (0 – 14 J.) und voll Geschäftsunfähige;
- Nicht Volljährige (14 – 18 J.) und beschränkt Geschäftsfähige und
- Faktisch Unfähige (keine gerichtlich festgelegte Geschäftsunfähigkeit).

Der Personenkreis der Haftenden ist je nach Fallgruppe unterschiedlich und kann u.a. Eltern, Vormund, Lehrer und Erzieher umfassen.

2.5. Spezielle (atypische) Tatbestände

Diese speziellen Tatbestände werden oftmals als deliktische Haftung verkannt. Immerhin stellen sie atypische Fälle eben dieser Haftung dar. Es handelt sich dabei um folgende vier Fallgruppen: *culpa in contrahendo*, Vertreter ohne Vertretungsmacht, Einmischung in fremdes Schuldverhältnis und der sog. „negative“ Schäden.

Die *culpa in contrahendo* ist in Art. 12 SVG geregelt und hat zwei grundsätzliche Erscheinungsformen: unredliches Verhalten während der Verhandlungen zum Vertragsschluss und unredliches Verhalten beim Vertragsschluss selbst. Weitere Ausführungen dieser beiden Erscheinungsformen sind in der Standardliteratur weitgehend einstimmig festgelegt. Kontroversen gibt es hingegen in der Literatur, was die Frage anbelangt, ob es sich bei dieser Haftung um eine vertragliche, eine deliktische oder eine Haftung mit einer Zwischenstellung zwischen diesen beiden („*sui generis*“) handelt. Die Mehrheit der Gerichtsentscheidungen zu diesem Problem vertritt die Auffassung von der deliktischen Natur der Haftung.

Die Handlungen des Vertreters ohne Vertretungsmacht (Art. 42 Abs. 1 SVG) sind in der Materie der Vertretung geregelt, stellen ihrer Natur nach jedoch eine unerlaubte Handlung dar – solange es dabei zu Schäden gekommen ist und soweit der Scheinvertreter schuldhaft gehandelt hat.

Die verbotene Einmischung in ein fremdes Schuldverhältnis (Art. 21 SVG) ist als eine Konkretisierung der Generalklausel des Art. 45 SVG zu verstehen, und nicht als Spezialnorm, denn die Rechtsfolgen der zwei Vorschriften (Art. 21 und 45 SVG) stimmen überein.

Der „negative“ Schaden hat weder eine gesetzliche Regelung noch eine unstrittige gesetzliche Grundlage im bulgarischen Recht. Die einzige sich darauf beziehende Vorschrift ist die teilweise Reglementierung des Schadensersatzes bei Irrtumsanfechtung (Art. 28 Abs. 3 SVG).

In der Literatur wird die deutsche doktrinäre Auffassung vertreten, die auf § 122 I und § 179 II BGB beruht. Dieser Auffassung fehlt allerdings im bulgarischen Recht jegliche rechtliche Grundlage. Als Fallgruppen der „negativen“ Schäden werden die Fälle der erfolgten Anfechtung, der Nichtigkeit und des vollzogenen Rücktritts hervorgehoben. Unklarheit herrscht auch bezüglich der Frage nach dem Umfang der „negativen“ Schäden im Vergleich zu den „positiven“ – was die einzige Rechtfertigung einer solchen Unterteilung wäre.

3. Voraussetzungen der deliktischen Haftung für eigene Handlungen

Da diese Haftung die praktisch wichtigste von allen anderen Haftungsarten ist und da sie Teil des Tatbestandes anderer Hypothesen der Haftungen ist (s.o., PP. 2.3 – 2.5), wird sie hier eingehender erörtert. Die Tatbestandsmerkmale der Haftung für eigene Handlungen sind zahlenmäßig fünf: Handlung, Rechtswidrigkeit, Schuld, Schaden und rechtliche Kausalität zwischen der Handlung und dem Schaden. Am Ende dieses Abschnittes wird auch kurz auf die Beweislast der einzelnen Tatbestandsmerkmale eingegangen.

3.1. Handlung

Die Handlung kann entweder in aktivem Handeln, oder im (passiven Handeln) Unterlassen bestehen. Damit das Unterlassen als „unerlaubt“ gilt, muss eine gesetzliche Verhaltenspflicht vorliegen, die aktives Handeln auferlegt. Die Handlung kann auch aus mehreren einzelnen Akten zusammengesetzt sein, dann wird von „Verhalten“ gesprochen.

Dieses Tatbestandsmerkmal ist im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, wird jedoch durch Auslegung gewonnen („*Wer ... verursacht*“, Art. 45 Abs. 1 SVG).

3.2. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit hat auch keine ausdrückliche Regelung im Gesetz, wird aber von der Doktrin als notwendiges Merkmal der deliktischen Haftung eingeführt (v.a. unter deutschem Einfluss).

In der Literatur werden diverse Auffassungen über die Rechtswidrigkeit vertreten. Danach hat die Rechtswidrigkeit folgende Bedeutung:

1. Verhalten, das gegen die *neminem-laedere*-Regel verstößt. (Diese Auffassung stellt die Rechtswidrigkeit mit dem Schaden gleich und ist daher nicht akzeptabel.)
2. Verstoß gegen Grundpflichten, die die Grundlagen der Rechtsordnung bilden. (Diese Stellung ist zu eng und kann die Spezialvorschriften für gefährliche Aktivitäten nicht erfassen.)
3. Verletzen eines fremden absoluten Rechts. (Diese Meinung ist wiederum zu eng und neigt zur antiquierten *Lex-Aquillia*-Auffassung. Sie trägt nicht dem Umstand Rechnung, dass nicht nur absolute, sondern auch relative Rechte verletzt werden können. Darüber hinaus kann ein absolutes Recht im Grunde durch Unterlassen nicht verletzt werden, was zum Ergebnis hätte, dass die Unterlassungen keine unerlaubte Handlung darstellen können.)
4. Verletzen eines rechtlich geschützten Guts/Wohls. (Das ist die akzeptabelste Stellungnahme, da sie den meisten Fallvarianten Rechnung trägt. Sie hat allerdings den immanenten Nachteil der Unbestimmtheit, der bei der Rechtsanwendung zur Unvorhersehbarkeit führen kann).

Daher stellt sich die Frage, ob die Rechtswidrigkeit in der Tat eine notwendige Voraussetzung der unerlaubten Handlung sein soll. Die einzige Rechtfertigung zum Erfordernis der Rechtswidrigkeit ist die Möglichkeit, diese auszuschließen und daher die Haftung zu paralysieren (nebst den Exkulpationsgründen). Das wäre der Fall in den klassischen Beispielen von:

- rechtmäßigem schädigendem Eingriff (hoheitliche schädigende Handlungen);
- Schädigung trotz Einhalten von Sondervorschriften (bei rechtlich geregelten Tätigkeiten);
- Notwehr;

- Notstand;
- Verfolgung und Sicherstellung des Täters;
- Gerechtfertigtem wirtschaftlichen Risiko (Analog zu Art. 13a des bulgarischen Strafgesetzbuches, StGB⁹) und
- *Volenti non fit injuria*.

3.3. Schuld

Die Schuld ist *conditio sine qua non* bei der Haftung für eigene Handlungen und für diejenigen atypischen Tatbestände, die Untergruppen dieser Haftungsart sind (s.o., PP. 2.3-2.5).

Die Schuld ist nicht nur Voraussetzung der Haftung, sondern zugleich ein Allokationsmaßstab. Ersatzfähig ist nur derjenige Schaden, der zum Zeitpunkt der Handlung vorhersehbar gewesen ist. Die Vorhersehbarkeit ist ihrerseits untrennbar und *per definitione* mit der Schuld verbunden.

Das Prinzip *nulla culpa nulla reparatio* gilt nicht in den Sondergruppen der strikten deliktischen Haftung und der Haftung für fremde Handlungen (s.o., PP. 2.2 und 2.3).

Die Schuld wird vermutet (Art. 45 Abs. 2 SVG), nicht aber ihre Form. Wer sich auf Vorsatz bzw. grobe Fahrlässigkeit beruft, um die Folgen dieser zu beanspruchen, muss die jeweilige schwere Form der Schuld beweisen. Bei den entsprechenden Sondervorschriften kann dies zu Beweislastschwierigkeiten führen.

Relevant sind prinzipiell alle Formen der Schuld. Die schweren Formen der Schuld gewinnen an Bedeutung allerdings bei (1) der Höhe des Schadensersatzes, bei (2) Minderung des Ersatzes bei Mitverschulden, bei (3) den Fällen von Haftung nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (v.a. zugunsten des Beamtentums) und bei (4) der beschränkten Haftung der Arbeitnehmer (die Beschränkung greift nur bei leichten Schuldformen, nicht jedoch bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit).

Zum Ausschluss der Schuld kommt es in folgenden Fallgruppen:

- bei Unzurechnungsfähigkeit;
- bei Erfüllung einer scheinbar rechtmäßigen Dienstanweisung (analog auch in Art. 16 StGB);

⁹ Veröffentlicht DV Nr. 26/1968, letzte Änderung DV Nr. 88/2005.

- bei „Zufall“ (unvorsehbares Ereignis, analog auch Art. 15 StGB) und
- bei höherer Gewalt (*fait du prince*, nicht zu überwindende Dritteinwirkung).

3.4. Schaden

Ersetzbar sind sowohl die materiellen, als auch die immateriellen Schäden (Schmerzensgeld) (Art. 52 SVG).

Ersetzbar ist nur der „direkte und unmittelbare“ Schaden (Art. 51 SVG, vgl. Art. 82 SVG). In der Doktrin und in der Gerichtspraxis sind allerdings keine handfesten Kriterien zu finden, was als „direkt und unmittelbar“ gelten soll.

Die Voraussehbarkeit des Schadens ist im Gesetz nicht erwähnt, wird aber von der Doktrin gefordert. Dieser Umstand ist dadurch zu begründen, dass der unvorhersehbare Schaden grundsätzlich kein schuldhaft zugefügter Schaden ist und daher nicht ersatzfähig ist.

Ausdrücklich als ersatzfähig geregelt sind die künftigen (Folge-) Schäden nur bei Verlust der Arbeitsfähigkeit (Art. 51 III SVG).

Die restlichen Schadensarten sind nicht gesetzlich geregelt und werden von der Doktrin kaum erörtert.

3.5. Rechtliche Kausalität

Die rechtliche Kausalität zwischen Handlung und Schaden wird mit der gängigen *conditio-sine-qua-non*-Theorie *erklärt*, wobei diese wiederum durch die Adäquanztheorie und durch die Theorie der Vorhersehbarkeit eingeschränkt wird.

3.6. Beweislast

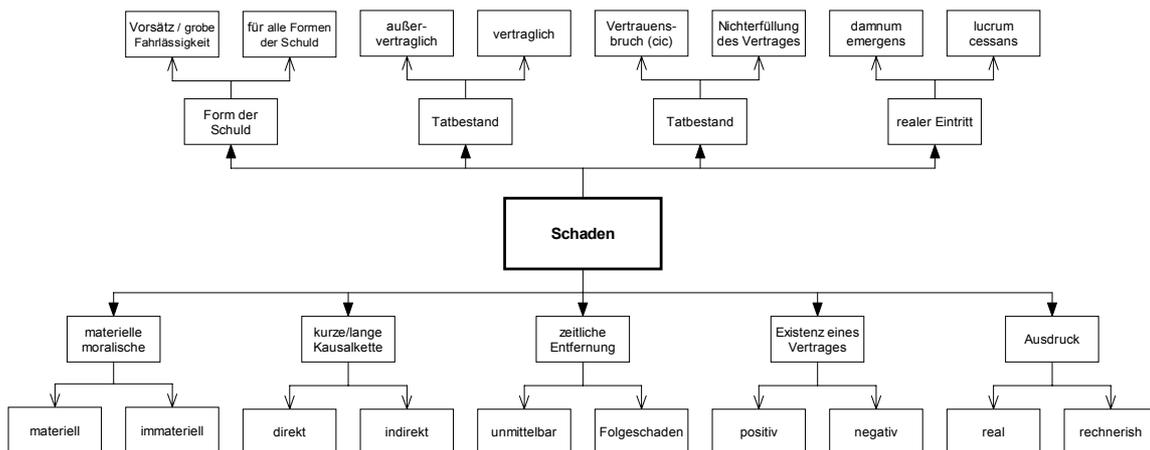
Wie in den restlichen romanischen Rechtsordnungen „*wird die Schuld in allen Fällen von unerlaubten Handlungen vermutet*“ (Art. 45 Abs. 2 SVG). Hier ist wieder zu betonen, dass nur die Schuld, nicht aber ihre Form von der Vermutung umfasst wird. Eine solche *praesumptio* gibt es allerdings nur hinsichtlich der Schuld, nicht aber auch hinsichtlich der restlichen Tatbestandsmerkmale. Daher hat der Geschädigte folgende Voraussetzungen zu beweisen: Handlung, Rechtswidrigkeit, Schaden und Kausalität. Die Kausalität wird in der Praxis meistens nicht bewiesen. Die Gerichte berufen sich (auch stillschweigend) auf *praesumptiones ad hominem* und auf triviale Zusammenhänge. Eine erschwerte Beweislast

in dieser Hinsicht kommt v.a. bei Folgeschäden der Gesundheit in Frage. Die Rechtswidrigkeit wird auch nicht bewiesen; hier gilt der Satz *curia novit iura*.

4. Bemessung des Schadensersatzes

4.1. Arten von Schäden

Die unterschiedlichsten Arten von ersatzfähigen Schäden sind schematisch in der nachfolgenden Illustration dargestellt. In der Praxis der bulgarischen Gerichte werden v.a. folgende Schadensarten einbezogen und für ersatzfähig gehalten: je nach (1) Form der Schuld, (2) Tatbestand, (3) realem Eintritt und je nach (4) materiellem oder moralischem Charakter. Die restlichen Schadensarten kommen nur in isolierten Entscheidungen zur Geltung und darüber herrscht keine ausreichende Klarheit, weder in der Rechtsprechung noch in der Doktrin.



4.2. Begründende/ausschließende Voraussetzungen

Der Schadenersatz setzt voraus, dass alle Elemente des Delikts vorliegen, und zwar: (1) Handlung, (2) Schuld (ggf. schwere Form der Schuld, s.o., P. 3.3), (3) Rechtswidrigkeit, (4) Schaden und (5) Kausalität zwischen Handlung und Schaden.

Das Fehlen eines dieser Elemente hindert bereits die Ersatzfähigkeit des eingetretenen Schadens. Daher ist ein jedes von ihnen eine haftungsbegründende bzw. -ausschließende Voraussetzung. Zwei dieser Elemente – Schuld und Kausalität – dienen allerdings zugleich auch als Bemessungskriterien für den Umfang der Haftung. Besonderheiten der – vorliegenden – Schuld können für die Bemessung des Ersatzes von Bedeutung sein (s.o., P. 3.3). Die Kausalität nach der *conditio-sine-qua-non*-Theorie führt zu einer endlosen Kette. Diese wird durch die Adäquanztheorie in allen ihren möglichen Unterarten und Verständnisweisen eingeschränkt bzw. die endlose Kette wird unterbrochen. Eine Unterbrechung

der rechtlichen Kausalität erfolgt auch durch die fehlende Schuld (Voraussehbarkeit) (s.o., P. 3.5) bezüglich des jeweiligen Folgeschadens; dadurch kommt es zu einer unterschiedlichen Bemessung des Volumens des Schadensersatzes.

4.3. Mindernde Umstände

Wird festgestellt, dass die fünf haftungsbegründenden Voraussetzungen vorliegen, stellt sich die Frage nach den haftungsmindernden Umständen. Diese führen zu einer Einengung des Volumens des geschuldeten Schadensersatzes. Solche allgemein anerkannten Umstände sind (1) die Schuld des Geschädigten, (2) die Nicht-Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt zur Vermeidung der Schäden, (3) die *compensatio lucri cum damno* und (4) die Besonderheiten bei nachträglicher Schadenzufügung.

Die eigene Schuld des Geschädigten (Mitverschulden) (Art. 51 Abs. 2 SVG) führt prinzipiell zur Minderung des Schadensersatzes. Die „ausschließliche Schuld“ des Geschädigten nimmt die Gerichtspraxis allerdings als Grund zur Annahme des vollständigen Wegfalls des Schadensersatzes an.

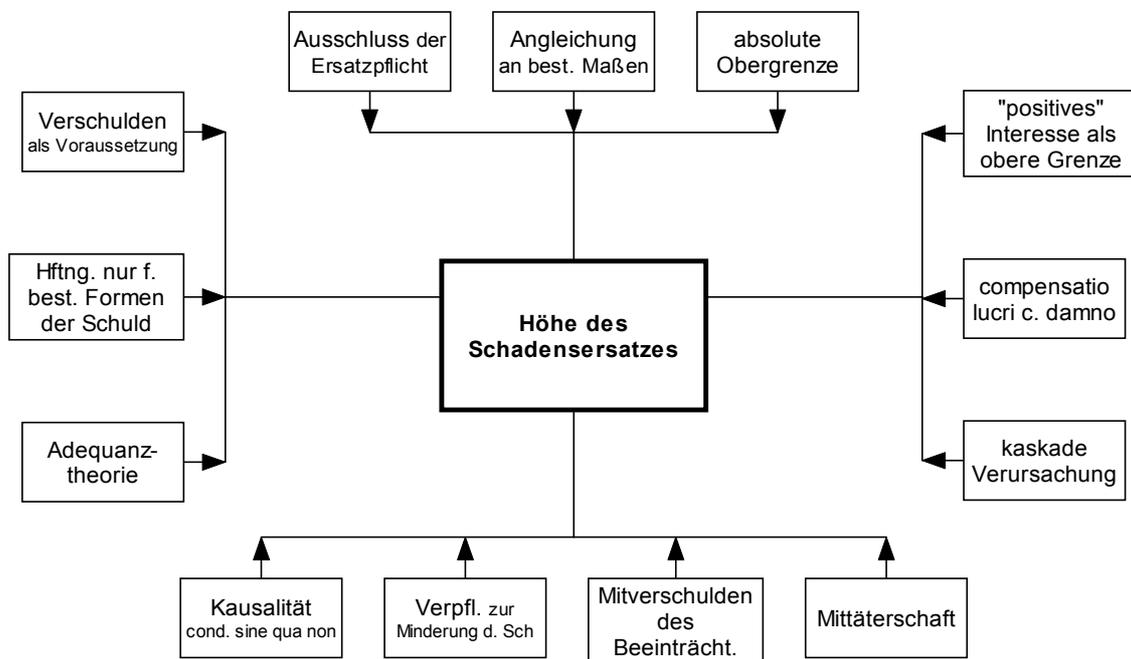
Gehaftet wird ferner nicht für den entwendbaren Schaden (analog von Art. 83 S. 2 SVG). Art. 83 SVG befindet sich systematisch in der Materie der vertraglichen Nichterfüllung. Die analoge Anwendung dieser Vorschrift beruht auf der allgemeinen Gültigkeit des Prinzips *quod quis ex culpa sua damnum sentit non intellegitur damnum sentire*, welches nicht nur im Vertrags-, sondern auch im Deliktsrecht gilt.

Die *compensatio lucri cum damno* – Aufrechnung des Gewinns mit den Schäden – hat keine ausdrückliche Regelung im Gesetz erfahren, wird allerdings einstimmig angewandt. Dazu bedarf es natürlich eines aus der Schädigung resultierenden „Gewinns“ und einer Aufrechnungseinrede des beklagten Schädigers im Prozess. Diese *compensatio* gilt allerdings nicht für Lebensversicherungszahlungen und für Spenden Dritter, da in diesen Fällen keine notwendige Kausalität zwischen Schädigung und „Gewinn“ zu erkennen ist.

Bei mehreren Schädigern (Mittäterschaft) kommt es zu einer Gesamtschuld (Art. 53 SVG). Die Gesamtschuld ist an sich kein mindernder Umstand, sondern vielmehr eine Erfüllungsgarantie für den Geschädigten. Durch die nachträgliche Aufteilung unter den Gesamtschuldnern (Mehrheit von Schädigern, Art. 127 SVG) kommt es allerdings praktisch zu einer Minderung des geschuldeten Ersatzes für jeden einzelnen von ihnen (im Vergleich zum Sachverhalt, in dem ein einziger Schädiger die unerlaubte Handlung allein zu verantworten hat).

Eine nachträgliche Schadenszufügung liegt in den Fällen vor, in denen jeder weitere Schaden seine Ursache in dem vom vorherigen Schaden hergestellten Zustand hat (z.B. Körperverletzung mit nachträglicher unsachgemäßer medizinischer Behandlung, die zu weiterer Verschlechterung der Gesundheit führt). Bei solchen nachträglichen Schäden, die nur in ausreichender (*conditio sine qua non*), nicht allerdings in notwendiger Beziehung zueinander stehen, haftet jeder Schädiger nur für seine Handlung; eine Gesamtschuld ist nicht zu begründen. Daher sind die Fälle nachträglicher Schadenszufügung keine „echten“ Minderungsstände, sondern eher Einschränkungskriterien für den Schadensersatz.

Das nachfolgende Schema illustriert die bisher erörterten Minderungsstände. Es beinhaltet auch weitere Faktoren, die ebenfalls zur Herabsetzung des Ersatzes führen können, wie z.B. (1) ausdrücklicher Ausschluss der Ersatzpflicht in seltenen vom Gesetz bestimmten Fällen (Notwehr, Notstand, rechtlich erlaubte gefährliche Tätigkeiten usw.), (2) Angleichung an bestehende Maßstäbe (z.B. konstante Gerichtspraxis zum Volumen des Schadensersatzes), (3) gesetzlich gesetzte Obergrenze des Schadens (im Verbraucherschutz- und im Transportrecht) und (4) das „positive“ Interesse als Obergrenze des „negativen“ Schadens in den Fällen eines nicht zustande gekommenen oder weggefallenen Vertrages (s.o., P. 2.5).



Anhang:**GESETZ ÜBER SCHULDVERHÄLTNISSE UND VERTRÄGE****(Auszug)**

(Veröffentl., DV, 275/22.11.1950; bericht. Izwestija (Izw.), 2/51; geänd. Izw. 69/51, Izw. 92/52; DV 85/63, 27/73, 16/77, 28/88, 30/90; geänd. u. ergänzt DV 12 und 56/93, 83/96; geänd. DV 104/96, 83/99 und 103/1999; geänd. u. ergänzt DV 34/2000; ergänzt DV 19/28.02.2003)

ALLGEMEINER TEIL**I. ALLGEMEINE REGELN****II: QUELLEN DER VERPFLICHTUNGEN****1. Verfügungen der Planung und Regulierung der Volkswirtschaft (aufgeh.)****2. Verträge****a) Abschluss der Verträge****b) Wirkung der Verträge**

Art. 12 (Treu und Glauben) Bei den Vertragsverhandlungen und beim Abschluss von Verträgen müssen die Parteien nach Treu und Glauben handeln. Andernfalls schulden sie Schadenersatz.

Art. 21 (2) Dritte, welche wider Treu und Glauben die Erfüllung des Vertrags hindern, schulden Schadenersatz.

c) Unwirksamkeit der Verträge**d) Vertretung**

Art. 42 (1) Die Person, die als Vertreter gehandelt hat, ohne Vertretungsmacht zu haben, schuldet der anderen Partei Schadenersatz, sofern letztere gutgläubig gewesen ist.

3. Einseitige Willenserklärungen**4. Unerlaubte Schädigung**

Art. 45 (1) Jeder ist verpflichtet, die Schäden zu ersetzen, die er einem anderen schuldhaft zugefügt hat.
(2) In allen Fällen unerlaubter Schädigung wird das Verschulden bis zum Beweis des Gegenteils vermutet.

Art. 46 (1) Bei Notwehr besteht keine Haftung für Schäden.
(2) Bei Notstand wird Ersatz der zugefügten Schäden geschuldet.

Art. 47 (1) Wer unfähig ist, seine Handlungen zu verstehen oder zu lenken, haftet nicht für die Schäden, die er in diesem Zustand verursacht hat, es sei denn, dass die Unfähigkeit von ihm selbst schuldhaft verursacht ist.

(2) Für die von einem Unfähigen verursachten Schäden haftet die Person, die verpflichtet ist, die Aufsicht über ihn auszuüben, es sei denn, dass diese nicht in der Lage gewesen ist, den Eintritt der Schäden zu verhindern.

Art. 48 (1) Eltern und Adoptiveltern, welche die elterlichen Rechte ausüben, haften für die von ihren Kindern verursachten Schäden, welche die Volljährigkeit nicht erreicht haben und die bei ihnen wohnen.

(2) Der Vormund haftet für die vom Minderjährigen verursachten Schäden, der sich unter seiner Vormundschaft befindet und bei ihm wohnt.

(3) Diese Personen haften nicht, wenn sie nicht in der Lage gewesen sind, den Eintritt der Schäden zu verhindern.

Art. 49 Wer eine andere Person mit einem Geschäft beauftragt hat, haftet für die Schäden, die von dieser bei oder anlässlich der Ausführung dieses Geschäftes verursacht worden sind.

Art. 50 (Haftung für Sachen) Für Schäden, die von Sachen jeglicher Art hervorgegangen sind, haften der Eigentümer und die Person, unter deren Aufsicht diese sich befinden, als Gesamtschuldner. Sind die Schäden durch ein Tier verursacht, haften diese Personen auch dann, wenn das Tier entlaufen oder verloren gegangen ist.

Art. 51 (1) Ersatz wird für alle Schäden geschuldet, die eine direkte und unmittelbare Folge der Schädigung sind. Dieser kann einmalig oder periodisch zahlbar sein.

(2) Hat der Geschädigte zum Eintritt der Schäden beigetragen, kann die Entschädigung herabgesetzt werden.

(3) Ist Schadenersatz für verlorene Arbeitsfähigkeit zuerkannt worden, kann dieser herabgesetzt oder erhöht werden, wenn sich die Arbeitsfähigkeit des Geschädigten im Zusammenhang mit den verursachten Schäden verändert.

Art. 52 Schadenersatz für immaterielle Schäden wird vom Gericht nach Billigkeit festgesetzt.

Art. 53 Ist die Schädigung von mehreren verursacht worden, haften diese als Gesamtschuldner.

Art. 54 Die Person, die für von einem anderen schuldhaft verursachten Schäden haftet, hat einen Anspruch gegen diesen auf das, was sie gezahlt hat.

5. Ungerechtfertigte Bereicherung

6. Geschäftsführung ohne Auftrag

III: WIRKUNG DER VERPFLICHTUNGEN

1. Erfüllung

2. Nichterfüllung

Art. 82 Der Schadenersatz umfasst den erlittenen Verlust und den entgangenen Gewinn, soweit diese eine direkte und unmittelbare Folge der Nichterfüllung sind und bei Entstehung der Verpflichtungen vorhergesehen werden konnten. War der Schuldner jedoch bösgläubig, so haftet er für alle direkten und unmittelbaren Schäden.

Art. 83 (1) Beruht die Nichterfüllung auch auf Umständen, die der Gläubiger zu verantworten hat, so kann das Gericht den Schadenersatz herabsetzen oder den Schuldner von der Haftung befreien.

(2) Der Schuldner schuldet keinen Ersatz für die Schäden, die der Gläubiger bei Beachtung der Sorgfalt eines guten Hauswirts hätte vermeiden können.

Art. 84 (2) Ist der Tag der Erfüllung nicht bestimmt, gerät der Schuldner in Verzug, nachdem er vom Gläubiger gemahnt worden ist.

(3) Bei einer Verpflichtung aus unerlaubter Schädigung gilt der Schuldner auch ohne Mahnung als im Verzug befindlich.

3. Verzug des Gläubigers

IV: ÜBERTRAGUNG VON FORDERUNGEN UND VERPFLICHTUNGEN

V: ERLÖSCHEN DER VERPFLICHTUNGEN

1. Aufrechnung, Novation und Erlass

Art. 105 Ohne Zustimmung des Gläubigers kann nicht gegen Forderungen aufgerechnet werden, in die nicht vollstreckt werden darf, gegen Forderungen aus vorsätzlichen unerlaubten Taten und gegen steuerliche Forderungen.

Die Reform des französischen Code Civil – Rapport Catala –*

Die Schuldrechtsreform in Frankreich

von

Prof. Dr. Pascal Ancel**

1- Die Entstehung des Schuldrechtsreformentwurfs – den wir in Frankreich den „*Catala-Entwurf*“ nennen – ist mit der Feier des 200. Jubiläums des französischen *Code Civil* eng verbunden. Die französische Regierung wollte bei dieser Gelegenheit eine hervorstechende Erneuerung eines bisher unveränderten Teils des *Code Civil* realisieren. Das Justizministerium hatte aber das Sicherheitenrecht gewählt, das in einer kurzen Zeit leicht zu reformieren schien, und setzte zu diesem Ziel eine offizielle Arbeitsgruppe ein – was zu einem neuen Gesetz in diesem Bereich führte, das 2006 in Kraft trat¹. Diese Entscheidung wurde allerdings von einigen Juristen kritisiert, welche der Auffassung waren, man hätte unter einem symbolischen Gesichtspunkt besser das Schuldrecht erneuern sollen. Die erste Initiative dafür kam von *Geneviève Viney* (Professorin in Paris und eine bekannte Spezialistin des Haftungsrechts), die mit *Pierre Catala*, einem ehemaligen Professor in Paris, darüber sprach. Dieser entschied, die Leitung eines solchen Projekts zu übernehmen. So bildete sich ab 2003 eine inoffizielle Arbeitsgruppe, um die Erneuerung des Schuldrechts vorzubereiten. Diese aus 34 Personen – fast ausschließlich Universitätsprofessoren – bestehende Gruppe arbeitete sehr schnell, im Sommer 2005 war bereits ein mehr als 200 Artikel umfassender Entwurf fertiggestellt. Diese kurze Zeit erklärt sich durch die gewählte Arbeitsmethode: Die Vorbereitung des Entwurfs entstand nicht durch kollektive Arbeit. Das Schuldrecht wurde in etwa 20 Themen aufgeteilt, dabei wurde jedes Thema einer kleinen Gruppe von zwei Personen, oder in manchen Fällen sogar nur einer einzigen Person, anvertraut. Erst am Ende wurden alle Beiträge durch einen von älteren und hervorragenden Professoren gebildeten „Rat der Weisen“ (*comité des sages*) miteinander in Einklang gebracht. Nur mit dem Haftungsrecht verhielt es sich anders: dieser Bereich – der zu schwer zu teilen schien – wurde von einer aus sechs Professoren bestehenden

* Vortrag gehalten am 21. Juni 2006 vor der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück. Der Vortragsstil wurde im Wesentlichen beibehalten.

** Der Autor ist Professor an der Jean Monnet Universität in St. Etienne, Frankreich. Er ist Direktor des Zentrums für kritische Rechtsforschung („Directeur du Centre de Recherches Critiques sur le Droit“) und Mitglied der ‚Catala-Gruppe‘.

¹ Ordonnance n° 2006-346, 23 mars 2006 – die im *Code Civil* ein viertes Buch über die Sicherheiten einfügt.

Gruppe unter der Leitung von *Geneviève Viney* bearbeitet. An dieser Gruppe war auch ich beteiligt.

2- Wie ich am Anfang erwähnte, war dieser Entwurf zunächst inoffiziell: die Gruppe war nicht von der Regierung beauftragt. Später wurde sie aber von Seiten des Staates anerkannt. Schon am Tag der großen Feier zum 200. Geburtstag des *Code Civil* im Senat am 11. März 2004, sprach Staatspräsident *Jacques Chirac* in seiner feierlichen Ansprache von dem Entwurf. Später wurde der Text offiziell Justizminister *Clément* überreicht, der den Entwurf auf der Website des Ministeriums veröffentlichte². Das heißt nicht, dass der Entwurf bald zu einem Gesetz wird. Im Moment wird er von den französischen Juristen diskutiert. Zwei Kolloquien wurden bereits zu dem Entwurf organisiert – das erste im Oktober 2005 über das Vertragsrecht, und das zweite, vor wenigen Wochen, über das Haftungsrecht. Das Ministerium hat seinerseits eine Anhörung von Praktikern organisiert und letzten Informationen zufolge wurde eine Arbeitsgruppe in der *Cour de Cassation* gebildet. Am Anfang entschied das Ministerium, keinen allgemeinen Gesetzentwurf vorzulegen, sondern einige Teile des Entwurfs durch Rechtsverordnungen (d.h. ohne Debatte im Parlament) in das französische Recht zu integrieren. Eine Verordnung über die Verjährung war schon in Vorbereitung. Man spricht aber jetzt doch von einem Gesetzentwurf vor dem Senat.

3- Ich wollte mit dieser kurzen Geschichte der Entstehung des Entwurfs beginnen, bevor ich über die zentralen Fragen, d.h. über die Gründe und Ziele der Reform, spreche. Eine Reform des Schuldrechts heute: warum und wofür? Die Gründe und Ziele sind keine offiziellen, von staatlicher Seite erdachten Gründe und Ziele, sie spiegeln die Meinungen einer Gruppe von Professoren wider, die wahrscheinlich nicht für die gesamte französische Rechtslehre repräsentativ sind und wohl auch nicht für alle Teilnehmer der Gruppe genau gleich sind.

Um diese Frage zu verstehen, muss man zuerst daran erinnern, dass die Texte des *Code Civil* zum Schuldrecht seit 200 Jahren fast unverändert geblieben sind. Anlässlich des 200. Jubiläums haben zahlreiche Kollegen eine Aufstellung vorgenommen, wonach von den 281 ursprünglichen Artikeln, die den Titel III des Dritten Buches des *Code Civil* (Schuldrecht) bilden, noch 269 nahezu unverändert in Kraft sind! Dies steht in einem starken Kontrast zu der völligen Erneuerung des Personen- und Familienrechts im ersten Buch, welche seit den sechziger Jahren kontinuierlich durchgeführt wird. Wie man aber weiß, betrifft diese Beständigkeit des Schuldrechts nur die Artikel des *Code Civil*: das Schuldrecht hat sich außerhalb des *Codes* weiterentwickelt und verändert; solche Veränderungen

² In 2006 wurde der Entwurf durch La documentation française herausgegeben.

finden sich in zahlreichen besonderen Gesetzen und anderen Gesetzbüchern, besonders auch in der Rechtsprechung, die zu manchen Fragen ganz neue Lösungen entwickelt hat. So gibt es heute eine tiefe Kluft zwischen dem geschriebenen Recht im *Code Civil* und dem praktizierten Recht. Als Folge davon ist das französische Schuldrecht, besonders im Ausland, heute schwer zu verstehen und zu erklären. *Marcel Fontaine*, ein belgischer Autor, schrieb einmal, der französische *Code Civil* sei heute ein Gespenst!³

4- So stellt sich nun eine doppelte Frage. Warum hat man so lange gewartet, um das Schuldrecht zu erneuern? Und warum will man es ausgerechnet jetzt reformieren?

Bei der ersten Frage kann man an verschiedene Gründe denken. Der wichtigste ist, dass eine Reform des Schuldrechts nie ein dringendes Bedürfnis schien. Viele französische Juristen dachten, – und einige denken vielleicht immer noch so – dass diese langsame Veränderung des Schuldrechts, ausgehend vom unveränderten Originaltext, auch sein Gutes hat, da sie ein Beweis für die Anpassungsfähigkeit des *Codes* ist. Warum sollte man diese alten, schönen, traditionsreichen Texte verändern, wo sie doch seit 200 Jahren eine perfekte Entwicklung des Rechts erlaubt haben?⁴ Anders steht es natürlich um das Personen- und Familienrecht, wo nur neue Gesetze der gesellschaftlichen Entwicklung folgen können. Im Gegensatz dazu war der Fortbestand der ursprünglichen Texte im Schuldrecht eine Möglichkeit, den Mythos des perfekten *Code Civil* zu verewigen. Dazu kommt noch, dass einige Juristen in den sechziger Jahren, als die wichtigsten Reformen des Familienrechts unter der Leitung von *Jean Carbonnier* durchgeführt wurden, dachten, es sei zu spät, um solche gesetzlichen Veränderungen im Schuldrecht zu realisieren. Eine solche Reform, meinten sie, sollte bald im Rahmen Europas durchgeführt werden⁵. Seitdem wurde nie mehr – bis zum aktuellen Entwurf – eine solche französische Reform ernsthaft in Betracht gezogen.

Wenn man sich heute an diese Gedanken erinnert, darf man erstaunt sein, dass ein solcher Entwurf jetzt kommt, in dem Augenblick, wo sich die Entwürfe für ein europäisches Zivilgesetzbuch konkretisieren und wo die Europäische Gemeinschaft die Initiativen der Privatgruppen ablösen zu wollen scheint. Warum jetzt?

³ M. Fontaine, *Les obligations contractuelles: 1804-1904-2004 et l'avenir*, in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code Civil*, sous la direction de P. Wery, La Chartre, Bruxelles, 2004 – adde P. Rémy, *Regards sur le Code*, in *Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, s 99 ff.

⁴ S. z. B. A. Sériaux, *Vanitas vanitatum, De l'inanité d'une refonte du Titre III du Livre III du Code civil*, RDC 2004/4 s 1187 ff.

⁵ Witz C., *La longue gestation d'un code européen des contrats, Rappel de quelques initiatives oubliées*, *Revue trimestrielle de droit civil* 2003, p. 447.

5- Zu dieser zweiten Frage könnte man den Verdacht äußern, dass der gegenwärtige französische Entwurf eine Abwehrreaktion gegen die europäischen Vorhaben ist. Es ist allgemein bekannt, dass ein nicht unerheblicher Teil der französischen Juristengemeinschaft den europäischen Entwürfen feindselig gegenübersteht. Typisch für diese Tendenz ist der bissige Artikel, den *Yves Lequette*, ein hervorragender französischer Professor, und auch ein Mitglied der *Catala*-Gruppe, gegen das europäische Zivilgesetzbuch von „Monsieur von Bar“ schrieb⁶. So könnte man denken, dass der *Catala*-Entwurf von diesem "nationalistischen" Teil der französischen Rechtslehre als eine gute Gelegenheit gesehen wird, die Kraft der französischen Tradition gegenüber den europäischen "Bedrohungen" zu beweisen.

Diesen Verdacht kann ich vielleicht nicht völlig zerstreuen. Es ist möglich und sogar wahrscheinlich, dass einige Teilnehmer und selbst einige Anführer dieses Unternehmens solche Gedanken hegen. Als Teilnehmer des Projektes kann ich aber versichern, dass dies keine allgemeine Einstellung in der Gruppe war. Wie ich schon erwähnte, war die Gruppe nicht einheitlich: die Professoren, die zu dieser Arbeit eingeladen wurden, hatten ganz unterschiedliche Meinungen, besonders über die europäischen Entwürfe. Und viele, die an diesem Entwurf arbeiteten, sind diesbezüglich sehr aufgeschlossen.

Sicher ist, dass die zunehmende Bedeutung der europäischen Entwürfe ein Auslöser für den französischen Entwurf war. In seiner Präsentation des Entwurfs erklärte *Pierre Catala* selbst, dass ihm das Erfordernis einer französischen Reform zum ersten Mal anlässlich eines Kolloquiums über die *Lando*-Prinzipien klar wurde⁷. Einige werden das so verstehen, dass er mit seinem Entwurf gegen diese nicht-nationalen Regelungen kämpfen wollte. Lieber aber folge ich einer anderen Interpretation; viele französische Juristen denken, dass die Bewegung hin zu einer Vereinheitlichung oder Harmonisierung des Schuldrechts, zumindest des Vertragsrechts, heute unumkehrbar und nur noch eine Frage der Zeit und der Methoden sei. Wenn wir an dieser Bewegung wirksam teilnehmen wollen, liegt es vielmehr in unserem Interesse in Frankreich ein erneuertes, klareres und für Juristen anderer Länder lesbareres Schuldrecht zu haben. Eine solche Modernisierung haben schon mit Erfolg die Niederländer und die Deutschen realisiert. Warum nicht auch die Franzosen? Und noch ein weiteres Argument ist, dass diese Erneuerung eine Gelegenheit sein kann, um in das französische Recht einige Regeln zu integrieren, die bereits Bestandteil eines europäischen Schuldrechts sind.

⁶ Lequette Y., Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar, D. 2002.2202.

⁷ P. Catala, Présentation générale de l'avant-projet, La documentation française, 2006, s.11- Die Vorträge dieses Kolloquiums wurden veröffentlicht in : Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, sous la direction de P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003.

6- Was aber ist mit dem Ergebnis? Welche Teile im Entwurf stammen aus der rein französischen, nationalen Tradition und welche Teile von ausländischen und europäischen Vorbildern? Gibt dieser Text das Bild eines von der Außenwelt abgeschlossenen Rechts, oder, im Gegenteil, eines offenen, sich erneuernden Rechts wieder? Auch wenn ich den Entwurf nicht aus der Sicht ausländischer Juristen beurteilen kann, denke ich, dass die Antwort wahrscheinlich nuanciert ausfallen wird.

Sicher ist, dass in den meisten Untergruppen des Projekts die Arbeitsmethode nicht rechtsvergleichend war. Anders als in den europäischen Gruppen haben wir nicht zu allen Rechtsfragen alle möglichen Lösungsalternativen herangezogen – etwa die Lösungen der verschiedenen nationalen Rechte, die der PECL, der *Gandolfi*-Gruppe, des Wiener Übereinkommens usw. –, um daraus die beste Lösung auszuwählen. Auf alle Fälle war das französische Recht der Ausgangspunkt: was steht im *Code Civil*? Haben wir dazu eine ständige Rechtsprechung? Was sagt die Rechtslehre zu strittigen Fragen? Wenn die französischen Lösungen zufriedenstellend erschienen, haben die meisten Untergruppen nicht in anderen Systemen nach einer anderen Antwort gesucht. Getreu *Portalis* (dem Vater) und *Carbonnier* (dem Erneuerer des Familienrechts in den sechziger Jahren), war die Leitlinie „*alles zu behalten, was man nicht zerstören muss*“ („*conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire*“). Nur wenn die traditionelle Lösung veraltet erschien, oder wenn zu einer Frage keine herrschende Meinung in der Rechtslehre existierte, haben die Teilnehmer der Gruppe nach „außen“ geschaut.

7- Das Ergebnis ist, wie *Pierre Catala* es bemerkt, ein „Anpassungsentwurf und kein Bruch mit dem *Code* („*un code d'ajustement, et non un code de rupture*“)⁸, eine Klärung des französischen Schuldrechts und nicht eine vollständige Erneuerung. Jedoch kann man nicht nur von einer Kodifizierung des ständigen (richterlichen) Rechts sprechen.

Zwar ist deutlich, wenn man den Entwurf im Allgemeinen bedenkt, dass es keinen Bruch mit dem französischen Schuldrechtssystem gibt, man behält die Struktur des französischen Rechts bei, die Anknüpfung an die französische Rechtstradition ist im ganzen Entwurf erkennbar (I);

Andererseits jedoch, wenn man die Einzelheiten beobachtet, sieht man, dass viele Regeln, die in dieses im Allgemeinen unveränderte System integriert wurden, ziemlich neu sind. und in einigen Fällen einen klaren Einfluss der anderen europäischen Rechtsordnungen oder gar der aktuellen europäischen und internationalen Rechtstexte erkennen lassen. Zwar

⁸ P. Catala, *Présentation générale de l'avant-projet*, p 13.

ist diese Veränderung der Lösungen relativ gemäßigt, sie darf aber nicht übersehen werden (II).

I- Fortbestand des französischen Schuldrechtssystems

8- Wenn ein französischer Jurist den Entwurf liest, findet er leicht seine in der französischen Ausbildung gelernten Orientierungspunkte wieder, er ist in seinem Element, in seiner juristischen Welt. Nicht nur weil der Text im französischen Rechtsstil geschrieben ist⁹, auf halbem Wege zwischen der Abstraktion der deutschen Rechtssprache und der konkreten, detaillierten Sprache des *Common Law*, sondern auch, weil wir im Text einige charakteristische Artikel des heutigen *Code*, manchmal sogar mit denselben Nummern, wiederfinden (Artikel 1134, 1135, 1165...). Vor allem sind wir in der französischen Welt, weil man im Entwurf dieselben Strukturen (A) und dieselben Begriffe (B) wie im geltenden Recht wiederfindet.

A- Die Struktur

9- Freilich beginnt der Text mit einem Vorkapitel „De la source des obligations“ (Über die Entstehung von Schuldverhältnissen), der ganz neu ist. Der erste Artikel dieses Kapitels betrifft die Unterscheidung zwischen Rechtsgeschäften (*actes juridiques*) – Willenserklärungen, die auf die Herbeiführung rechtlicher Folgen gerichtet sind – und anderen "Rechtstatsachen" (*faits juridiques*) – Handlungen oder Ereignisse, an die das Gesetz rechtliche Folgen anknüpft, ohne dass der Wille eine Rolle spielt. Diese Unterscheidung findet man nicht im *Code Civil*. Sie wurde aber am Ende des 19. Jahrhunderts unter dem Einfluss der deutschen Rechtswissenschaft in die französische Dogmatik eingeführt¹⁰, und ist seitdem allgemein verbreitet; alle Lehrbücher und Vorlesungen im Schuldrecht beginnen mit dieser Unterscheidung. So ist diese Neuerung nur formeller Art. Man muss aber auch betonen, dass die Unterscheidung sehr oberflächlich ist. In der französischen Dogmatik wurde der Begriff des Rechtsgeschäfts nie tief durchdrungen: er ist nicht ausreichend verwendet worden, um daraus eine allgemeine Lehre ableiten zu können. Anders als in der deutschen Dogmatik haben wir den Willen als Grundlage rechtlicher Folgen immer direkt auf die Figur des Vertrags bezogen und nicht auf die allgemeinere Figur des Rechtsgeschäfts zugeschnitten. Und so ist es auch im jetzigen Entwurf. Nach dem Vorkapitel kommt kein allgemeiner Teil über die Rechtsgeschäfte, sondern, wie im aktuellen *Code Civil*, ein Teil über den Vertrag. Der Vertrag ist, wie bisher, nur als schuldrechtlicher Vertrag gedacht und geregelt; in diesem Teil finden sich

⁹ Viele Artikel wurden von G. Cornu geschrieben.

¹⁰ P. Ancel, *Acte juridique et de déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français des obligations*, in *Traditions savantes et codifications*, Colloque Aristec, Poitiers, 2005.

jedoch, wie bislang auch, nicht nur die Regeln über Abschluss, Gültigkeit, Wirkungen und Verletzung von Verträgen, sondern auch alle allgemeinen Regeln über Entstehung, Wirkungen und Übertragung von Schuldverhältnissen, auch wenn sie nicht durch einen Vertrag entstehen. Nur die Verjährung ist, wie im heutigen *Code* auch, an anderer Stelle geregelt (Artikel 2234 bis 2281).

10- Im Allgemeinen ist die Struktur des Teils über das Vertragsrecht von der heutigen Struktur nicht sehr weit entfernt. Die bemerkbarste Neuigkeit ist hier ein ganz neuer Abschnitt über den Abschluss des Vertrages (Artikel 1104 bis 1107): Angebot und Annahme, Gespräche, Versprechen und andere Vorverträge. Über all diese Fragen sagt der jetzige *Code Civil* nichts aus: für die Verfasser des *Code* war der Wille nur ein innerer Wille, sie kannten die Willenserklärungen nicht und waren nicht an dem konkreten Vorgang des Vertragsabschlusses interessiert. Seit dem 19. Jahrhundert hat die Rechtsprechung auf diese in der Praxis sehr wichtigen Fragen Antworten gegeben, nicht immer jedoch auf sehr klare Weise¹¹. Der Entwurf füllt diese wichtige Lücke aus. Meistens antwortet er auf diese Fragen mit einer Bestätigung und einer Klärung der heutigen Rechtsprechung. Jedoch sind hier einige wichtige Neuheiten zu bemerken, worin – den Aussagen der Verfasser dieses Teils zufolge – ein klarer Einfluss der europäischen und internationalen Texte zu sehen ist. Z.B. haben die Verfasser im Gegensatz zu der heutigen französischen Rechtsprechung die Annahme des Vertragsangebots als empfangsbedürftige Willenserklärung geregelt (Artikel 1107).

Das folgende Kapitel über die Gültigkeit des Vertrags ist auf den heutigen vier Gültigkeitsvoraussetzungen eines Vertrages des Artikels 1108 aufgebaut: Wille, Geschäftsfähigkeit, Gegenstand des Vertrags und causa. Symbolisch wurde dieser Text fast mit denselben Wörtern und mit derselben Nummer beibehalten. Die meisten folgenden Artikel zu diesen vier Voraussetzungen stellen eine Kodifizierung der Rechtsprechung dar. Jedoch erscheinen in diesem Teil drei neue Abschnitte. Erstens gibt es im Rahmen der Regelung der Geschäftsfähigkeit sieben neue Artikel über Vollmacht – die im heutigen *Code Civil* nur im Rahmen des Auftrags geregelt sind. Zweitens haben wir im Entwurf einen Abschnitt über Formvoraussetzungen: hier findet man die ausdrückliche Bestätigung des Prinzips des Konsensualismus, mit Ankündigung der Ausnahmen. Drittens haben wir einen neuen Abschnitt über die Nichtigkeit des Vertrags. Darüber enthielt der *Code Civil* nur unklare und verstreute Artikel, woraus die Rechtslehre eine komplizierte Theorie aufstellte, welche die Rechtsprechung teilweise inspirierte. Darüber, wie über viele andere

¹¹ P. Rémy-Corlay, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous la direction de P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003.

Aspekte, erscheinen die Artikel des Entwurfs mehr als eine Klärung des heutigen Rechts, denn als eine Neuregelung.

Was die Struktur betrifft, sind noch einige Neuigkeiten im Kapitel III über die Wirkungen des Vertrags zu bemerken: ein neuer Abschnitt über die Rückgaben nach der Vernichtung und nach dem Rücktritt wegen Nichterfüllung und die Anknüpfung der Regelung dieses Rücktrittsrechts („résolution pour inexécution“) an die anderen Folgen der Nichterfüllung in den Artikeln 1157 bis 1160-1. Hieran erkennt man aber mehr eine Wiederausstattung als eine Rekonstruktion unseres Rechtes.

11- Von einer Rekonstruktion kann man hingegen im folgenden Teil über die anderen Entstehungsgründe eines Schuldverhältnisses sprechen. Nicht bedeutend ist, dass diese Normen nicht mehr in einem Titel zusammengefasst (als „außervertragliche Schuldverhältnisse“), sondern in zwei Untertitel eingeteilt sind, wobei das eine rein äußerliche Neuerung ist. Der erste Untertitel über die vertragsähnlichen Schuldverhältnisse („*quasi-contrats*“) ist auch grundsätzlich nicht neu: hier hat man nach einer traditionellen französischen Darstellung die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag, die *condictio indebiti*¹² und – neu geregelt – die ungerechtfertigte Bereicherung zusammengefasst. Ganz anders ist es mit dem folgenden langen Untertitel über die zivilrechtliche Haftung. Was die Struktur betrifft, ist dieser Untertitel die größte Neuerung des Entwurfs. Nicht nur, weil wir aus den heutigen fünf Artikeln des *Code Civil* über die außervertragliche Haftung (Artikel 1382 bis 1386) 75 neue Paragraphen entworfen haben, sondern auch und vor allem deswegen, weil in diesem Teil alle Regeln über die zivilrechtliche Haftung – die außervertragliche und die vertragliche – vereint sind. Diese Entscheidung wurde – das kann ich bezeugen – in unserer kleinen Gruppe kontrovers diskutiert. Seit einigen Jahren führen wir in Frankreich in der Rechtslehre eine Debatte über die „Natur“ der vertraglichen Haftung. Einige Autoren – vor allem *P. Remy* – behaupten, dass die so genannte „vertragliche Haftung“ keine Haftung im richtigen Sinn sei¹³. Ihre Funktion sei nicht, den durch die Verletzung einer vertraglichen Pflicht verursachten Schaden zu ersetzen. Vielmehr sei Schadensersatz eine Art der Erfüllung des Vertrags durch Geld statt *in natura*. Dieser Auffassung ist unsere Gruppe nicht gefolgt. In Übereinstimmung mit der herrschenden Rechtslehre¹⁴ und mit der französischen Rechtsprechung¹⁵ waren alle Mitglieder der

¹² « paiement de l'indu », ist im französischen Recht von der ungerechtfertigten Bereicherung zu trennen.

¹³ *P. Rémy*, La « responsabilité contractuelle », histoire d'un faux concept, *Rev trim dr civ* 1997 s 323 ff – dieselbe Meinung ist von anderen Autoren entwickelt :*D. Tallon*, L'inexécution du contrat : pour une autre présentation, *Rev trim dr civ* 1994, 223 P. *Le Tourneau*, Droit de la responsabilité et des contrats, *Dalloz Action* 2006/2007 n° 802 s.

¹⁴ *G. Viney*, La responsabilité contractuelle en question ? in *Le contrat à la fin du XXème siècle*, *Etudes en l'honneur de J. Ghestin*, LGDJ 2001, p 921 s ; *C. Larroumet*, Pour la responsabilité contractuelle, *Mélanges*

Ansicht, dass Schadensersatz anlässlich einer Vertragsverletzung dieselbe Funktion wie der Schadensersatz wegen einer unerlaubten Handlung hat, nämlich den Schaden des Opfers zu ersetzen. Jedoch waren in unserer Gruppe einige der Auffassung, dass die vertragliche Haftung spezifisch sei, weil sie unmittelbar die Fortsetzung der unerfüllten Vertragspflicht sei. Daher plädierten sie dafür, die vertragliche Haftung mit ihren Eigentümlichkeiten im Rahmen des Vertragsrechts zu regeln – wo sie im heutigen französischen *Code*, in fast allen europäischen Gesetzbüchern und natürlich in den europäischen Entwürfen steht. Die Vertreter dieser Meinung konnten sich jedoch nicht durchsetzen, so wurde entschieden, eine allgemeine Regelung der beiden Haftungen mit einigen für die Vertragshaftung besonderen Artikeln in einem einzigen Untertitel darzustellen. Im Vergleich zur aktuellen Struktur des *Code Civil* ist dies zwar neu, knüpft jedoch an eine Tendenz in der französischen Dogmatik und der Rechtsprechung an, die im Laufe der Zeit die vertragliche und die deliktische Haftung vereinheitlicht hat.

B- Die Begriffe

12- Über die Begrifflichkeiten des Entwurfes kann man vergleichbare Bemerkungen treffen. Im *Catala*-Entwurf findet man nicht nur die Begriffe des Schuldrechts wieder, die im geltenden *Code* stehen. Auch neue Begriffe werden integriert, soweit sie von der französischen Dogmatik im Laufe der Zeit anerkannt wurden. Daher ist diese Neuerung nur formeller Art.

13- Erstens kann man bemerken, dass der Entwurf fast alle traditionellen Begriffe des *Code Civil* beibehält. Bezüglich der Entstehungsgründe für Schuldverhältnisse hat man zwar auf den inzwischen unüblich gewordenen Unterschied zwischen „délits“ und „quasi-délits“ verzichtet, aber die „quasi-contrats“ wurden beibehalten, aus denen die *Cour de Cassation* vor kurzem eine eigene Kategorie gemacht hat¹⁶. Im neuen Text erkennt man auch alle traditionellen Vertragstypen wieder (Artikel 1102 ff), sowie alle Typen der vertraglichen Pflichten, auch wenn sie in der Rechtslehre umstritten waren. Ein typisches Beispiel dafür ist die „obligation de donner“ (*obligatio de dare*) des Artikels 1138 – d.h. die Pflicht, den Vertragsgegenstand zu liefern und dadurch das Eigentum zu übertragen. In

Catala, Litec 2001, p 543 s – pour une opinion nuancée : E. Savaux, La fin de la responsabilité contractuelle ? Rev trim dr civ 1999 , p 1 s, n° 32-33.

¹⁵ z.B : Cass civ3 3 décembre 2003 : D 2005, pan 185, obs D. Mazeaud ; RDC 2004/2, 280, obs Stoffel-Munck., RTDCiv 2004, p 295, note Jourdain (diese Entscheidung wendet die allgemeinen Bedingungen der außervertraglichen Haftung auf die vertraglichen Haftung an).

¹⁶ Cass Ch. Mixte 6 septembre 2002: Bulletin 2002 MIXTE N° 4 p. 9 ; Le Dalloz, 2002, n° 39, Jurisprudence, p. 2963-2967, note D. Mazeaud. La semaine juridique, Entreprise et affaires, n° 47, 21 novembre 2002, J, p. 1869-1870, note Geneviève Viney. Répertoire du notariat Defrénois, 2002-12-30, n° 37644, p. 1608-1614, note E. Savaux. Contrats-Concurrence-Consommation, n° 12, décembre 2002, Chronique, p. 4-9, note Philippe Le Tourneau et Alexandre Zabalza. Gazette du Palais, 19-20 février 2003, n° 50 à 51, Jurisprudence, p. 30-32, note M.-L. Niboyet.

einem System, wo, wie in Frankreich, die Eigentumsübertragung normalerweise mit dem Abschluss des Vertrags automatisch eintritt, zweifeln viele Autoren an der Nützlichkeit dieses traditionellen Begriffs¹⁷. Nach langen Debatten darüber (bis hinauf zum „Rat der Weisen“) wurde die „obligation de donner“ jedoch beibehalten!

14- Das beste Beispiel für das Festhalten an der Tradition ist natürlich die Übernahme der alten „causa“. Dieser aus dem römischen Recht stammende Begriff ist in der französischen Rechtslehre immer umstritten gewesen und wurde dennoch von vielen Autoren aufrechterhalten. In der heutigen Rechtsprechung ist die „causa“ ein sehr wichtiger vielseitiger Begriff, der für verschiedene Zwecke gebraucht wird, die in anderen Rechtsordnungen oder in den europäischen Entwürfen mit anderen Instrumenten erreicht werden. Zum Beispiel erlaubt die „causa“ im subjektiven Sinn den Vertrag für nichtig zu erklären, wenn die Motive einer Partei sittenwidrig oder widerrechtlich sind¹⁸. In einem anderen, objektiven Sinn, gibt sie heute den Richtern die Möglichkeit, unausgeglichene Verträge oder Übermaßklauseln zu annullieren. Das ist besonders in den berühmten Entscheidungen „Chronopost“ und „Videokassetten“ (1996) erkennbar geworden¹⁹. Diese Vielseitigkeit der „causa“ hat jedoch eine völlige Verformung des ursprünglichen Begriffs „causa“ verursacht, so dass schon lange kein französischer Jurist mehr klar und kurz erklären kann, was genau die „cause“ ist. *„Wenn Sie die „cause“ verstanden haben, sagte vor einigen Jahren ein Pariser Professor, dann deshalb, weil Ihnen dieser Begriff schlecht erklärt wurde!“*²⁰. So waren auch viele Stimmen in der *Catala*-Gruppe zu hören, die auf diesen Begriff verzichten wollten, um sich so der Mehrheit der europäischen Rechtsordnungen anzunähern²¹. Jedoch blieb hier am Ende doch die Tradition stärker: *„Nach reiflicher Überlegung, schreibt G. Cornu, waren wir der Überzeugung, dass in der herrschenden Auslegung die Doppelfunktion der „cause“ gut gemeistert wird... Letztlich schafft der Fortbestand des*

¹⁷ S. z.B. M. Fabre-Magnan, *Le mythe de l'obligation de donner*, Rev trim dr civ 1995, p 85 s.

¹⁸ Cass civ1 7 octobre 1998 : JCP 1998, n° 50, p. 2163, note M.-H. Maleville. Dalloz, 1999, n° 22, p. 237, note O. Tournafond. Gazette du Palais, 2000-04-06, n° 97, p. 26, note F. Chabas.

¹⁹ Cass com 22 octobre 1996 (Chronopost) : Bulletin 1996 IV N° 261 p. 223 ; Dalloz, 1997-03-06, n° 10, p. 121, note A. Seriaux. Semaine Juridique, 1997-07-09, n° 28/29, p. 336, note D. Cohen. Gazette du Palais, 1997-08-16, n° 238, p. 12, note R. Martin. Defrénois, 1997, n° 5, p. 333, note D. Mazeaud. JCP ed E, n° 12, p. 49, note K. Adom – Cass civ1 3 juillet 1996 : Bulletin 1996 I N° 286 p. 200 ; Dalloz, 1997-10-30, n° 38, p. 500, note P. Reigné.

²⁰ A. Rouast, zitiert von : D. Mazeaud, *La cause*, in 1804-2004, *Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, s 452 ff.

²¹ In einem Vergleich des französischen Rechts mit den Lando-Prinzipien, hat D. Mazeaud gut gezeigt, dass ein Verzicht auf die „cause“ keine wesentliche Änderung der Lösungen zur Folge haben würde: D. Mazeaud, *La matière du contrat*, in : *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous la direction de P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003 s. 81 ff.

*Begriffs viel weniger Probleme als Auswege und Umwege, die nützlich sein könnten, um die von ihrer Abschaffung verursachten Lücken auszufüllen*²².

15- Im Entwurf sind jedoch auch viele neue Begriffe zu finden, die sich nicht ausdrücklich im *Code* von 1804 finden. Fast alle sind aber dem französischen Recht nicht neu, sie waren seit langem der Rechtslehre gut bekannt und sind oft von der Rechtsprechung bestätigt worden. So kennt man bereits gut den Unterschied zwischen „contrat consensuel“ und „contrat solennel“ (1102-4), „contrat d’adhésion“ und „contrat négocié“ (1102-5), „contrat-cadre“ und „contrat d’application“ (1102-6). Alle Lehrbücher kennen seit Anfang des 20. Jahrhunderts den Unterschied zwischen „capacité d’exercice“ (Geschäftsfähigkeit) und „capacité de jouissance“ (Rechtsfähigkeit) und den Unterschied zwischen den entsprechenden mangelnden „Fähigkeiten“, die sich jetzt in den Artikeln 1116ff des Entwurfs wieder finden. Genauso bestätigt der Entwurf den in den dreißiger Jahren in der Rechtslehre entwickelten und später von der *Cour de Cassation* angenommenen Unterschied zwischen der „relativen Wirkung des Vertrages“ (der Vertrag kann nur Pflichten und Rechte zwischen den Parteien begründen) und der „opposabilité“ („Geltendmachung“) des Vertrags (der Vertrag kann Dritten entgegengehalten werden und der Dritte kann sich auf den Vertrag berufen, um Ansprüche daraus geltend zu machen). Diese Begriffe sind heute umstritten, und vor kurzem wurde durch einen Vergleich mit dem deutschen Recht gezeigt, dass sich die angedeuteten Unterschiede nicht zwingend aus der Rechtsordnung ergeben.²³ Jedoch bleiben die meisten französischen Autoren dieser Darstellung verhaftet²⁴, wobei niemand darüber erstaunt sein kann, dass die Begriffe sich in Artikeln 1165 und 1165-2 wiederfinden. Es ist auch keine Überraschung, dass in den Artikeln 1149 und 1364 der – immer noch umstrittene – Unterschied zwischen „obligations de moyens“ und „obligations de résultat“ ausdrücklich bestätigt wird. Seit *Demogue* diese Begriffe in den dreißiger Jahren aus Italien importiert hat, sind sie eine der Grundlagen des Rechts der vertraglichen Haftung in Frankreich, dabei noch mit dem traditionellen Unterschied zwischen relativer und absoluter Nichtigkeit, auf dem die Regelung der Nichtigkeit im Entwurf gebaut ist: dieser Unterschied wurde schon in der französischen Rechtslehre des 19. Jahrhundert entwickelt, und er hat sich trotz der oft seit Anfang des 20. Jahrhunderts angeprangerten Starrheit in der Rechtsprechung tief verwurzelt.

Mit Blick auf die eingeführten Begriffe ist vielleicht der *Catala*-Entwurf dem *Code* von 1804 nicht ähnlich geblieben, er scheint aber dem Schuldrecht, das die französischen

²² G. Cornu, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Introduction, s. 22.

²³ R. Wintgen, *Etude critique de la notion d’opposabilité*, *Les effets du contrat à l’égard des tiers en droit français et allemand*, pref. J. Ghestin, LGDJ 2004.

²⁴ S. J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, 1. L’acte juridique, 12^{ème} ed 2006.

Professoren in den Universitäten lehren und das in den Lehrbüchern zu finden ist, sehr nahe.

Wenn man jetzt die verschiedenen Lösungen der konkreten Fragen beobachtet, kann man im Rahmen dieser unveränderten Rechtsstruktur mehrere wichtige Entwicklungen entdecken.

II- Eine inhaltliche gemäßigte Veränderung der Lösungen

16- Jetzt schlage ich einen kurzen Spaziergang in die verschiedenen Teile des Entwurfs vor, um zu sehen was in diesem Text richtig neu ist, und was auf einen Einfluss der anderen Systeme und der europäischen Vorhaben deutet. Ich will nur auf die Lösungen eingehen, die die allgemeinen Auffassungen des Entwurfs aufzeigen, sowohl im Rahmen des Vertragsrechts (A), wie auch im Rahmen der zivilrechtlichen Haftung (B).

A- Das Vertragsrecht

17- Was die allgemeinen Auffassungen des Vertragsrechts betrifft, zeigt der Entwurf keine tiefen Veränderungen. Wie im heutigen Recht und wie in allen Rechten europäischer Länder ist das Vertragsrecht im Entwurf das Recht einer freien Marktwirtschaft. Die Hauptrolle des individuellen Willens als Grundlage des Vertrags ist erneut bestätigt und der Artikel 1134 „Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites“ ist im Entwurf Wort für Wort wieder zu finden.

Jedoch war im *Code Civil* selbst die Privatautonomie nicht absoluter Natur. Im Laufe der Zeiten wurde sie immer mehr begrenzt, um eine gewisse Gerechtigkeit in den Vertrag einzuführen. In den letzten 20 Jahren entwickelte sich in der französischen Rechtslehre die Bewegung des „solidarisme contractuel“, die die Werte der Gerechtigkeit, der Rechtschaffenheit, der Fairness in das Vertragsverhältnis einbetten, und dem Richter eine Hauptrolle gibt, um diese Werten zu schützen.²⁵ Bis zu einem gewissen Grad ist der Entwurf von dieser Bewegung beeinflusst, deren einige Vertreter in der Arbeitsgruppe waren. Er sucht ein Gleichgewicht zwischen Freiheit und Solidarität, zwischen wirtschaftlicher Wirksamkeit und sozialen Werten.

18- In einigen Punkten ist die rechtliche Kraft des Vertrags stärker als im heutigen Recht abgesichert. Das sieht man besonders im Fall der Nichterfüllung, wo die Sicherheit des Gläubigers durch strengere Maßnahmen als heute geschützt wird.

²⁵ Für eine allgemeine Darstellung dieser Bewegung: Le solidarisme contractuel, sous la dir. De L. Grynbaum et M. Nicod, *Economica* 2004 – Beispiel für einen typischen Aufsatz für diese Ideen: D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? *Mélanges Terré*, Dalloz 1999, p. 60.

Erstens bestätigt klar der Artikel 1154 des Entwurfes das Prinzip der Erfüllung *in natura*, mit wenigen Ausnahmen: wenn die Erfüllung unmöglich ist und wenn sie mit der Freiheit oder der Würde des Schuldners unvereinbar ist (was schon in der Rechtsprechung angenommen wurde). Die Lösung scheint eine Umkehrung des Prinzips des heutigen Artikels 1142, der ausdrücklich diese Erfüllung *in natura* für Handlungs- oder Unterlassungspflichten (*obligations de faire ou de ne pas faire*) ausschließt. Zwar hatte die Rechtsprechung seit langer Zeit die Wirkung dieses Textes aufgehoben, und die Erfüllung *in natura* war nur in Ausnahmefällen ausgeschlossen (in einer der neueren Entscheidungen hat die *Cour de Cassation* sogar ein wirkliches Recht zur Erfüllung *in natura* auch bei unerheblichen Nichterfüllungen bestätigt²⁶), jedoch waren diese Lösungen in einem Teil des Rechtslehre mit rechtsvergleichender Sicht umstritten²⁷. So ist es interessant zu beobachten, wie der Entwurf an einer strengen und typisch französischen Auffassung, der rechtlichen Kraft des Vertrags festhält, auch wenn diese Auffassung oft gegen die wirtschaftliche Wirksamkeit geht. Hier bleiben wir von den *Lando*-Prinzipien sehr weit entfernt, die aus wirtschaftlichen Gründen viele Ausnahmen von der Erfüllung *in natura* annehmen (Artikel 9: 101 und 9:102). Besonders bemerkbar ist, dass der Entwurf auch in den Artikeln 1106 und 1106-1 die Erfüllung *in natura* bei Vorverträgen vorgeschlagen hat: damit verwirft er die traditionelle Rechtsprechung, die in diesem Fall eine wörtliche Anwendung des Artikels 1142 vornahm und Schadensersatz nur gegen den Versprechenden, der sein Versprechen verletzt, gewährte.²⁸

19- Das Bestreben der Verfasser des Entwurfs, die Sicherheit des Gläubigers und die Kraft des Vertrags zu schützen, sieht man auch klar in der neuen Regelung der „résolution pour inexécution“ (Artikel 1158 bis 1160-1). Im *Code Civil* (im aktuellen Artikel 1184) kennen wir kein Rücktrittsrecht im deutschen Sinn: wenn ein gegenseitiger Vertrag nicht erfüllt wird, kann der Gläubiger den Vertrag nicht durch eine Willenserklärung kündigen, er muss vor Gericht Klage erheben und warten, dass der Richter die Vernichtung des Vertrags beschließt. In unserer Tradition beurteilt in diesem Fall der Richter, ob die Nichterfüllung schwerwiegend genug ist, um die Ungültigkeit zu begründen. Er kann dem

²⁶ Cass civ3 11 mai 2005: Bull III n° 103- über diese Entscheidung mit einer Vergleichung mit der Lösungen des common law: B. Fauvarque-Cosson, Regards comparatistes sur l'exécution en nature, RDC 2006/ 2 p 529 s.

²⁷ F. Bellivier et R. Sefton-Green, Force obligatoire du contrat et exécution en nature du contrtra en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, Mélanges Ghestin, p 91 Y.M. Laithier, Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ 2004 ; auf diese Frage: Exécution du contrat en nature ou par équivalent , RDC 2005/1.

²⁸ Cass civ3 15 décembre 1993: D 1994, 507, note Bénac-Schmidt; JCP 1995, II, 22366, note D. Mazeaud; - Ich spreche hier in Imperfekt: am 26. Mai 2006 hat die „Chambre mixte“ (d.h. ein gemeinsamer Senat) der Cour de Cassation die Rechtsprechung über den Vorzugsvertrag geändert. Sie erlaubt jetzt die Ersetzung des Begünstigten im Vertrag, den der Versprechende, den Vorzug verletzend, mit einem nicht gutgläubigen Dritten abgeschlossen hat. Das ist genau die Lösung der Artikel 1106-1 Abs 3 des Catala Entwurfs; auf diesen Text wurde in den Debatten vor der Entscheidung ausdrücklich hingewiesen.

Schuldner eine längere Frist geben oder ihn nur zum Schadensersatz verurteilen. Im Laufe der Zeit ist dieses System ziemlich theoretisch geworden. Erstens hat die Rechtsprechung am Ende des 19. Jahrhundert die Gültigkeit der Rücktrittsklauseln (*clauses résolutoires*) angenommen, die dem Gläubiger erlauben, im Fall einer Nichterfüllung, aus dem Vertrag ohne richterliche Entscheidung zurückzutreten. Diese Gültigkeit ist im Entwurf bestätigt (Artikel 1159). Zudem hat die *Cour de Cassation* vor kurzer Zeit in viel bemerkten Entscheidungen eine sehr wichtige Ausnahme vom Prinzip des richterlichen Rücktritts angenommen: seit 1998 erlaubt sie dem Gläubiger, im Fall eines „tadelnswerten Verhaltens“ des Schuldners vom Vertrag durch eine Willenserklärung zurückzutreten. In diesem Fall kontrolliert der Richter *a posteriori* – wenn die andere Partei Klage erhebt – ob die Nichterfüllung erheblich genug war, um den Rücktritt zu rechtfertigen²⁹. Im Entwurf geht die gewählte Lösung noch weiter: in allen Fällen – und nicht nur, wenn das Verhalten des Schuldners besonders tadelnswert ist – hat der Gläubiger die Wahl zwischen einer richterlichen Klage und einem Rücktritt durch Willenserklärung. Klar wurden hier die Verfasser – wie vorher die *Cour de Cassation* – durch die ausländischen Beispiele und auch durch die europäischen Entwürfe inspiriert. Jedoch bleibt der Entwurf hier von diesen Vorbildern noch weit entfernt. Ein kurzer Vergleich mit den entsprechenden Artikeln der *Lando*-Prinzipien zeigt das. Der Vorgang dieses Rücktritts durch Willenserklärung bleibt im französischen Entwurf sehr kompliziert (mit einer Mahnung, einer Nachfrist in allen Fällen, und noch einer empfangsbedürftigen Mitteilung). Der französische Entwurf kennt den Rücktritt vor Eintritt der Fälligkeit der Leistung nicht. Besonders hier behält der Richter im Fall des Rücktritts durch Willenserklärung eine Hauptrolle: wenn er *a posteriori* schätzt, dass der Rücktritt nicht zu recht ausgeübt wurde, kann er nicht nur Schadensersatz zusprechen, er kann den Gläubiger sogar zur Erfüllung des Vertrags verurteilen. So versucht der Entwurf die Sicherheit des Gläubigers und die wirtschaftliche Gültigkeit des Vertrags mit dem Schutz des Schuldners und mit einer gewissen Gerechtigkeit zu kombinieren.

20- Von dieser Sorge der Gerechtigkeit im Vertrag sind mehrere andere Äußerungen getragen, auch wenn die Verfasser fast nie so weit gehen, wie die Anhänger des „solidarisme“ gewünscht hätten.

Erstens hatten die Autoren des Entwurfs den Gedanken, die schwache Vertragspartei zu schützen. Auch wenn sie Verbraucherverträge nicht besonders geregelt haben – diese

²⁹ Cass civ1 13 octobre 1998 : Bull. civ. I, n 300 ; D. 1999, jurispr. p. 197, note Ch. Jamin; *ibid.*, somm. p. 115, obs. Ph. Delebecque ; JCP G 1999, II, 10133, note N. Rzepecki ; Defrénois 1999, art. 36954, n° 17, obs. D. Mazeaud ; Cass civ1 20 févr. 2001 : Bull. civ. I, n° 40 ; D. 2001, jurispr. p. 1568, note Ch. Jamin ; *ibid.*, somm. p. 3239, obs. D. Mazeaud ; Defrénois 2001, art. 37365, n° 41, obs. E. Savaux ; RTD civ. 2001, p. 363, n° 9, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass civ1 28 octobre 2003 : Bull I n° 211, JCP 2004, II, 10108, note Lachièze, Defrenois 2004, p 378 note R. Libchaber.

Normen verbleiben im Verbrauchergesetzbuch – findet man im Entwurf einige Artikel, die von diesem Gedanken inspiriert werden. Einer der wichtigsten Texte ist hier der Artikel 1114-3. Dieser Text betrifft den Fall, in dem „*eine Partei sich unter der Wirkung einer Zwangs- oder Abhängigkeitslage verpflichtet, wobei die andere Partei diese Schwäche ausnützt, um einen offenbar übermäßigen Vorteil zu bekommen*“. Für diesen Fall sieht die Norm die Nichtigkeit des Vertrages vor. Dieser Text, der die Rechtsprechung der *Cour de Cassation* aufgreift³⁰, ist mit § 138 Abs. 2 BGB und mit 4:109 PECL vergleichbar. Typisch ist auch der Artikel 1110, der die Auskunftspflicht für die Partei erlässt, die eine Information „*kennt oder kennen muss, die von entscheidender Wichtigkeit für die andere Partei ist, was ihr auch bekannt ist*“. Jedoch haben die Verfasser keine allgemeine Regelung über missbräuchliche Klauseln, vergleichbar dem Artikel 4:110 PECL, vorgeschlagen: der Artikel 1122-2, auch wenn die Verfasser ihn als „*durch die Lando-Prinzipien inspiriert*“ darstellen, beschränkt sich darauf, auf besondere Gesetze (und besonders auf Verbrauchergesetze) zu verweisen. Meiner Ansicht nach erlaubt dieser Text nicht unmittelbar, eine missbräuchliche Klausel eines unter Geschäftsleuten abgeschlossenen Vertrags zu annullieren. Man kann aber annehmen, dass die „*causa*“ grundsätzlich das richterliche Mittel ist, um missbräuchliche Klauseln zu annullieren.

21- Zweitens soll die Privatautonomie mit den Anforderungen von Treu und Glauben kombiniert werden. Zwar erscheint im Entwurf die „*bonne foi*“ nicht ausdrücklich als ein allgemeines Prinzip – anders als in Artikel 1:201 der *Lando-Prinzipien*. Dieses Prinzip aber ist im ganzen Entwurf präsent, beim Abschluss des Vertrages (Artikel 1104 über die vorvertraglichen Verhandlungen) ebenso wie im Rahmen der Erfüllung des Vertrags (Artikel 1134 Abs. 3, der eine exakte Nachahmung des aktuellen Texts ist). Darüber hinaus scheint der Entwurf nichts Neues zu bringen. Seit den sechziger Jahren hatte die französische *Cour de Cassation* den Artikel 1134 Absatz 3 – der lange Zeit ungenutzt blieb – wieder entdeckt. Dieser Text ist in der heutigen Rechtsprechung ein vielseitiges Instrument – besonders um die Schuldner vor dem tadelnswerten Verhalten des Gläubigers zu schützen³¹. Auch wenn der Artikel 1134 Abs. 3 nur die „*bonne foi*“ bei der Erfüllung des Vertrags fordert, hat die *Cour de Cassation* diese Pflicht auf die Phase des Vertragsabschlusses ausgedehnt, um beispielsweise Auskunftspflichten zu begründen³². So ist es nicht richtig neu, wenn jetzt der Entwurf den Parteien diese Pflicht zu Treu und Glauben im Rahmen der vorvertraglichen Verhandlungen ausdrücklich auferlegt. Es ist jedoch

³⁰ Cass civ1 3 avril 2002 : D 2002, 1860, note Gridel et note Chazal ; Revue trimestrielle de droit civil, juillet-septembre 2002, n° 3, p. 502 503, note J. Mestre et B. Fages. Droit et patrimoine, n° 107, septembre 2002, p. 26-30, note G. Loiseau.

³¹ z. B : Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ 1989 ; D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? Mélanges Terré, Dalloz 1999, p. 60.

³² z.B : Cass civ1 10 mai 1989 : Bull I n° 187.

interessant zu beobachten, dass die Verfasser „Treu und Glauben“ nicht als allgemeines Prinzip an den Anfang des Textes stellen wollten. Im Ergebnis kommt es aber wohl doch nicht zu einem anderen Ergebnis als in den europäischen Texten, wie *O. Lando* selbst im Laufe des ersten Kolloquiums über den französischen Entwurf anerkannte³³.

22. Über die umstrittene Frage der Rolle des Richters im Vertragsverhältnis nimmt der Entwurf eine Mittelstellung ein. In der französischen Tradition herrscht ein gewisses Misstrauen dem Richter gegenüber. Zwar ist der Richter unumgänglich, um die Gültigkeit des Vertrags zu kontrollieren, und um die Nichterfüllung zu sanktionieren (jedoch in diesem Punkt sieht man im Entwurf einen Bedeutungsverlust seiner Rolle, wie ich bereits erklärte). Der Richter ist auch dafür da, um den Vertrag auszulegen, um die Lücken des Vertrags auszufüllen und sogar um zu Lasten einer Partei aufgrund der „bonne foi“ des Artikels 1134 Abs. 3 oder der „équité“ des Artikels 1135 neue Pflichten im Vertrag zu schaffen. Der Richter kann aber nach der französischen Tradition nie den Vertrag ändern, auch wenn der Vertrag völlig ungerecht ist, oder durch wechselnde Umstände ein Ungleichgewicht entstanden ist. Im Hinblick auf das Problem des „Wegfalls der Geschäftsgrundlage“ (*clausula rebus sic stantibus*) steht das französische Recht heute fast isoliert dar. Einige Autoren, besonders in der Bewegung des „solidarisme“, plädierten für einen Wechsel³⁴. Sie wurden nicht gehört, und die Verfasser des Entwurfs blieben, wie bei vielen Fragen, der Tradition treu. Anders als in den meisten modernen Rechten und in den europäischen Texten, wollten die Autoren keine richterliche Anpassungsmöglichkeit vorsehen. Zwar betrachtet der Artikel 1135-1 des Entwurfs den Fall, in dem „*durch die Umstände das Anfangsgleichgewicht der gegenseitigen Leistungen, in einem solchen Maße verändert wird, dass eine Partei kein Interesse mehr am Vertrag hat*“, in einem solchen Fall kann aber der Richter den Vertrag nicht anpassen. Er kann nur den Parteien eine neue Verhandlung befehlen. Wenn diese Verhandlung keinen Erfolg hat, kann jede gutgläubige Partei den Vertrag ohne weiteres kündigen – was im französischen Recht eine Neuigkeit ist.

B- Die zivilrechtliche Haftung

23- Es ist besser hier von der zivilrechtlichen Haftung und nicht vom Deliktsrecht zu sprechen, weil, wie ich schon erklärte, die Regelung im Entwurf eine allgemeine Regelung ist, die ebenso für die vertragliche wie für die deliktische Haftung gilt. Was die allgemei-

³³ O. Lando, L'avant-projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat : analyse de certaines différences, in La réforme du droit des contrats : projet et perspectives, RDC 2006/1, p 167 s.

³⁴ für eine allgemeine Darstellung der französischen Rechtslehre: B. Fauvarque-Cosson, Le changement de circonstances, RDC 2004, p 67-92.

nen Prinzipien betreffen, bleibt diese Regelung der französischen Tradition sehr nah, eine Tradition die im Vordergrund den Schutz des Opfers sieht. So sind im Entwurf wie im geltenden Recht auch alle Schäden zu ersetzen, ohne Rücksicht auf die Haftungsursache: die Verletzung eines Vertrags, das außervertragliche schuldhaftes Verhalten, die Haftung für eine Sache oder für Dritten usw. Der ersetzbare Schaden ist breit definiert, als „*die Verletzung eines im Vermögen oder in der Person innewohnenden, individuellen oder kollektiven Schadens*“ (Artikel 1343). Diese Auffassung gräbt eine Kluft zwischen unserem Entwurf und den anderen nationalen Rechten, mehr noch zu den europäischen Entwürfen. Diese Frage aber stellte sich der Arbeitsgruppe nicht, denn sie war nicht dazu da, um einen Bruch mit der französischen Tradition vorzuschlagen. Der Text ist ein Abbild der herrschenden Auffassung, wie sie seit zwei Jahrhunderten in der Rechtsprechung gebildet wurde. Im diesem unveränderten Rahmen wurden jedoch viele Neuerungen eingeführt, und der Text ist nicht immer eine reine Kodifizierung der Rechtsprechung. Das kann man kurz an einigen Beispielen belegen.

24- Was besonders das Deliktsrecht betrifft, ist der Text im Allgemeinen eine Bestätigung der Rechtsprechung. Die drei großen Fälle der deliktischen Haftung, die im heutigen *Code* in den Artikeln 1382 bis 1386 geregelt werden, wurden beibehalten; erstens die Haftung für eigenes Verschulden, mit einer allgemeinen Definition des Verschuldens, die nicht mehr zwischen Fahrlässigkeit (*délit*) und Absicht (*quasi-délit*) unterscheidet. Zweitens die Haftung für einen von einer Sache verursachten Schaden: diesbezüglich wurde im Artikel 1354 das seit der Entscheidung *Jandheur* (1930) entwickelte Prinzip einer objektiven Haftung ausdrücklich eingeführt. Dieses Prinzip und die folgenden Artikel (über den von der Sache verursachten Schaden, über die Bestimmung des Aufsehers (*gardien*) der Sache, über die Freistellung, usw.) kommen in große Zügen aus der Rechtsprechung. Über den dritten Fall, der deliktischen Haftung – die Haftung für Dritte – wurde nach vielen Debatten entschieden, kein allgemeines Prinzip zu bestätigen³⁵: der Artikel 1355 verweist auf die Fälle und Bedingungen der folgenden Artikel. Jedoch wurde die Liste der Fälle verlängert: Es haften für Dritte wie heute die Eltern für ihre Kinder, aber auch der Vormund, und die Personen, die durch eine richterliche oder behördliche Entscheidung oder durch einen Vertrag für das Kind zu sorgen haben. Wie jetzt haften die Auftraggeber (*commettants*) für ihre Bediensteten (*préposés*), aber auch die Personen, die „*die berufliche Tätigkeit einer anderen Person einrahmen oder organisieren und daraus*

³⁵ Die Frage ist seit der berühmten Entscheidung Blicq umstritten : Cass Ass plen 29 mars 1991: Bull A.P n° 1; JCP 1991 n° 21.673, conclusions et note D.-H. Dontenwille et J. Ghestin. Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, juin 1991, n° 2, p. 258, note E. Alfandari et M. Jeantin. Dalloz, 1991-06-13, n° 23, p. 324, note Chr. Larroumet. Répertoire du notariat Defrénois, 1991-06-30, n° 12, p. 729, note J.-L. Aubert. Revue trimestrielle de droit civil, septembre 1991, n° 3, p. 541, note P. Jourdain. Gazette du Palais, 1992-08-06, n° 219, p. 12, note Fr. Chabas. Dalloz, 30 octobre 1997, n° 38 p. 327, note G. Blanc.

einen wirtschaftlichen Vorteil ziehen“ oder gar „die wirtschaftliche Tätigkeit eines Fachmanns in einer Lage der Abhängigkeit kontrollieren“

25- Einige Neuigkeiten über die vertragliche Haftung sind auch zu bemerken. Die Bedingungen dieser Haftung sind unverändert: wenn auch die Regelung dem Vertragsrecht entrissen wurde³⁶, bleiben die Artikel 1363ff. des Entwurfs den aktuellen Artikeln 1146ff sehr ähnlich. Die Neuheit liegt mehr in der Kombination dieser vertraglicher Haftung mit der außervertraglichen. Was die jeweiligen Bereiche der beiden Haftungen betreffen, wurde zum Beispiel ein sehr erstaunlicher Artikel 1341 eingeführt, um den Dritten, die durch die Verletzung eines Vertrags einen Schaden erleiden, einen vertraglichen Anspruch zu gewähren. Diese Bestimmung kann man nur verstehen, wenn man die sehr komplizierten Lösungen der heutigen Rechtsprechung über diese Fälle kennt: heute hat der Dritte gegen den vertraglichen Schuldner einen deliktischen Anspruch, er kann aber diesen außervertraglichen Anspruch auf die Verletzung des Vertrags gründen, ohne ein deliktisches Verschulden zu beweisen.³⁷ Jedoch haben einige Dritte im Rahmen der „chaînes de contrats“ (Vertragsketten) einen vertraglichen Anspruch; diese aber können nicht, wegen des typisch französischen Prinzips der „non-cumul“ der vertraglichen und der außervertraglichen Ansprüche einen deliktischen Anspruch wählen. Ferner sind sie an einen Vertrag gebunden, auch wenn sie die Klauseln dieses Vertrags nicht angenommen haben! Die erstaunende Lösung des Entwurfs ist ein Versuch eine größere Gleichheit zwischen den Dritten zu finden. Übrigens behält der Entwurf das Prinzip des „non-cumul“ bei, allerdings mit zwei wichtigen Ausnahmen: für die geschädigten Dritten und für die Schäden, die den Körper oder das Leben einer Person betreffen (Artikel 1342).

26- Hier will ich noch kurz und ohne Ordnung, „pêle-mêle“, einige bemerkenswerte Lösungen erwähnen, die ebenso für die vertragliche wie für die außervertragliche Haftung gelten: die Gültigkeit auch im Rahmen der außervertraglichen Haftung der Klauseln oder Verträge, die die Haftung ausschließen oder begrenzen; die Möglichkeit des Strafschadensersatzes (Artikel 1371); der Artikel 1373, der dem Richter erlaubt, Schadensersatz zu reduzieren, wenn der Geschädigte nicht die nützlichen und vernünftigen Maßnahmen zur Schadensminderung vorgenommen hat (Einführung der „mitigation“ in die französische zivilrechtliche Haftung). Mit diesen Beispielen sieht man, dass der Entwurf, auch wenn er den allgemeinen Auffassungen des französischen Deliktsrechts treu bleibt, viele Neuerungen enthält, die punktuell einen Einfluss der ausländischen Systeme zeigen. Es wäre möglich viele andere Beispiele zu nennen, besonders im Bereich des allgemeinen Schuld-

³⁶ supra n° 11.

³⁷ Diese umstrittene Lösung wurde vor kurzem von der Assemblée Plénière bestätigt: Ass Plen 6 octobre 2006 (<http://www.courdecassation.fr/>).

rechts (Bedingung, Termin, Solidarität, Übertragung der Schuldverhältnisse, Verjährung usw.). Es ist natürlich unmöglich hier alle Punkte zu behandeln.

27- Zum Abschluss, es ist schwer eine Bilanz zu ziehen und es ist wahrscheinlich auch nicht meine Rolle, dies zu tun.

Mein Eindruck ist, dass der *Catala*-Entwurf eine wichtige Episode in der Entwicklung des französischen Rechts ist. Es ist aber nur eine Episode, andere werden bald folgen.

Wie ich es eingangs erklärte, weiß man noch nicht, ob der Entwurf im ganzen oder teilweise in den *Code Civil* eingeführt wird. Aber auch in diesem Fall ist es unmöglich zu denken, dass das neue Schuldrecht solange wie der *Code* von 1804 anhalten wird. Viele Juristen, auch in Frankreich, sind heute überzeugt, dass die Entwicklung des Schuldrechts in Europa in den nächsten Jahrzehnten – über kurz oder lang, das weiß niemand – sich auf einer anderen als der nationalen Bühne abspielen wird. Auch wenn man das für sicher hält, kann man jedoch denken, dass es für die französischen Juristen wichtig war, eine Klärung und eine Modernisierung des französischen Schuldrechts zu versuchen; ich bin stolz an diesem Unternehmen teilgenommen zu haben. Meine einzige Hoffnung ist, dass dieser Entwurf dem französischen Recht erlaubt, auf der europäischen Bühne wieder eine Rolle zu spielen.

Buchbesprechung

zu

Ranieri, Filippo, ‘Europäisches Obligationenrecht’



2. Aufl. Springer, Wien 2003. XIX, 742 S. (ISBN 3-211-01440-3)

von

Dr. Evlalia Eleftheriadou, LL.M.*

Das von Professor Ranieri als Lehr- und Textbuch im Jahre 1999 vorgelegte Werk „Europäisches Obligationenrecht“ ist im Jahre 2003 als Handbuch in einer deutlich erweiterten Ausgabe erschienen, in welcher der Verfasser zentrale Themenkomplexe des Vertrags- und Schuldrechts in den wichtigsten Privatrechtssystemen Europas untersucht. Auch die zweite Auflage wendet sich vorwiegend an Studierende im deutschsprachigen Raum und verfolgt, wie Professor Ranieri in Vorwort und Einführung ausführt, das gleiche Ziel wie die Erstauflage, die Grundlage für einen „europäischen Rechtsunterricht“ zu vermitteln (S. 8). Methodisch geht der Verfasser ähnlich wie bei der Erstauflage vor: Auf eine systematische Darstellung, die den gesamten Bereich des Schuldrechts analysieren würde, wird verzichtet; vielmehr steht eine an Gerichtsentscheidungen orientierte und fallbezogene Erörterungsweise im Vordergrund. Die Palette der untersuchten Rechtsordnungen ist breit, da es ein Anliegen des Autors war, nicht nur die vermeintlich „wichtigen“ Privatrechtsordnungen Europas zu berücksichtigen, sondern die Wirklichkeit des heutigen europäischen Zivilrechts zu schildern, welches auch aus der Vielstimmigkeit zahlreicher,

* Die Autorin ist Habilitandin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. h.c. Christian von Bar. Sie wurde im vergangenen Jahr für Ihre Doktorarbeit mit dem Thema: „Die Haftung aus Verkehrspflichtverletzung im deutschen und griechischen Deliktsrecht“ (erschieden in: Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 63, Carl Heymanns Verlag, Köln 2005) mit dem Preis der Universität Osnabrück und dem Preis der Deutsch-Griechischen Juristenvereinigung ausgezeichnet.

zwar vergleichbarer zugleich aber in ihrer Eigentümlichkeit nicht übersehbarer nationaler Rechtsvorschriften besteht (S. 5). So sind im Rahmen der jeweiligen Problematik Hinweise auf Rechtsquellen aus Skandinavien, Polen oder Griechenland zu finden. Der Schwerpunkt der Untersuchungen von Professor Ranieri liegt jedoch eindeutig in den deutschsprachigen Rechtsordnungen sowie der in Frankreich und der des *Common Law*. Diese Schwerpunktsetzung ist natürlich als unvermeidlich anzusehen, da eine ausführliche Berücksichtigung mehrerer Rechtsordnungen den Rahmen eines Lehrbuches definitiv sprengen würde.

Die ausgewählten Themen werden in fünfzehn Kapiteln erläutert. In der Regel beginnt jedes Kapitel mit der Darstellung des historischen Hintergrundes der jeweiligen Problematik. Sodann folgen Ausführungen zu den nationalen Rechtsordnungen, welche jeweils gut gewählten Materialien aus Gesetzen, Rechtsprechung und Wissenschaft enthalten. Dabei werden sowohl die gesetzgeberische Tätigkeit auf der Ebene der Europäischen Union als auch die erzielten Ergebnisse auf der Ebene des Einheitsrechts analysiert. Schließlich werden die in den letzten Jahren von den wichtigsten wissenschaftlichen Projekten zur Vereinheitlichung des europäischen Zivilrechts vorgelegten Vorschläge und Lösungen vorgestellt. So werden bei den vertragsrechtlichen Fragen vor allem die *Principles of European Contract Law* der Lando-Kommission herangezogen, während der Autor in Bezug auf die Probleme der auftragslosen Geschäftsführung und des Deliktsrechts auf die Entwürfe der *Study Group on a European Civil Code* zurückgreift. Damit wird dem Leser die gemeineuropäische Entwicklung im Rahmen der ausgewählten Grundprobleme besonders eindrucksvoll vor Augen geführt.

Im ersten Kapitel befasst sich der Autor mit der Stellung des Vertragsrechts im systematischen Kontext der Gesamtrechtsordnung. Es wird zunächst auf den Aufbau der historisch älteren Kodifikationen (*Code Civil*, *ABGB*) und die systematische Einordnung der Rechtsfigur des Vertrags in deren Gesamtstruktur eingegangen. Diesen Kodifikationen wird das deutsche BGB gegenübergestellt, welches aufgrund seiner Systematik eine Neuerung darstellt. Im Anschluss daran wird untersucht, welchen Einfluss das deutsche BGB mit seiner Rechtsgeschäftslehre auf die jüngsten europäischen Zivilrechtskodifikationen ausgeübt hat, wobei der Autor sich auf das portugiesische, polnische und niederländische Recht beschränkt (S. 18 f.). Ausführungen zum griechischen Recht fehlen, obwohl der Einfluss des deutschen BGB am stärksten im griechischen Zivilrecht zu beobachten ist (Plagiannakos, Die Entstehung des griechischen Zivilgesetzbuches, S. 184: „[...] zum größten Teil ist es [das gr. *ZGB*] jedoch dem BGB nachgebildet“). Schließlich wird auf die Entwicklung der Rechtsfigur des „*Contract*“ im englischen Recht (S. 19-29) und die Harmonisierung des Vertragsrechts durch die zunehmende gesetzgeberische Tätigkeit der Europäischen Union eingegangen (S. 30-33).

Das zweite Kapitel behandelt Probleme aus der Rechtsgeschäftslehre, wie z.B. ob das Erklärungsbewusstsein konstitutiv für die Willenserklärung ist (S. 49 ff.) oder ob dem Schweigen ein Erklärungswert zukommen kann (S. 53-62). Anhand solcher Fragen wird die unterschiedliche juristische Argumentations- und Denkweise in Deutschland und Frankreich gezeigt (S. 62-66). Diese Verschiedenheit wirkt sich vor allem auf den richterlichen Urteilsstil aus, so dass man in diesem Zusammenhang vom jeweiligen nationalen „Rechtsstil“ sprechen kann.

Das dritte Kapitel ist dem „Vertragsschluss unter Anwesenden“ gewidmet. Professor Ranieri befasst sich hier vor allem mit der Frage, ob und wie lange der Antragende an die Offerte gebunden ist. Das französische Recht geht vom Grundsatz der freien Widerruflichkeit der Vertragsofferte aus; die französische Rechtsprechung schränkt diesen Grundsatz jedoch in manchen Fällen ein und gelangt somit zu ähnlichen Ergebnissen, wie das deutsche und schweizerische Recht (S. 97-103). Zum Schluss geht der Verfasser auf den Spezialfall des Vertragsschlusses mit Verbrauchern ein und schildert die Entwicklung nach dem Erlass der Fernabsatzrichtlinie, welche die Problematik der Zusendung unbestellter Waren an Verbraucher geregelt hat (S. 125-131).

Im vierten Kapitel geht Professor Ranieri auf das Problem der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein. Im Vordergrund stehen die Fragen der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag und der inhaltlichen Kontrolle durch die Gerichte (S. 141-167). Eine gesetzliche Regelung über die Vertragseinbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen erfolgte zum ersten Mal in Italien (S. 141-144). Der deutsche Gesetzgeber regelte das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Mitte der 1970er Jahre durch ein Sondergesetz, welches in den darauf folgenden Jahrzehnten als Vorbild für die Gesetzgebung in Europa gedient hat. Die Umsetzung der EG-Richtlinie aus dem Jahre 1993 über missbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen in die nationalen Rechtsordnungen hat nach Ansicht des Autors nicht zu einer vollständigen Angleichung des europäischen Privatrechts in diesem Gebiet führen können (S. 183 ff.).

Im fünften Kapitel wird der Vertragsschluss durch einen Vertreter behandelt. Zunächst wird die unmittelbare Stellvertretung von der im kontinentalen Europa bekannten und in manchen Rechtsordnungen sogar ausdrücklich geregelten mittelbaren Stellvertretung abgegrenzt (S. 222-227). Dann befasst sich der Autor mit Konstellationen, in denen das Vertrauen Dritter in die bestehende Vollmacht des Vertreters schützenswert ist (S. 234-256). In Deutschland haben Lehre und Rechtsprechung die Rechtsfiguren der Duldungs- und Anscheinsvollmacht entwickelt, während in Österreich in diesem Zusammenhang die Begriffe „schlüssige Bevollmächtigung“ und „Vollmacht kraft äußeren Tatbestands“

gebräuchlich sind. Schließlich werden die rechtlichen Konsequenzen des Handelns eines Vertreters ohne Vertretungsmacht dargestellt (S. 256-269). Die Folgen des vom *falsus procurator* getätigten Rechtsgeschäfts wirken für den Vertretenen nur, wenn er das Geschäft nachträglich billigt. Wird die Genehmigung verweigert, kommt eine Haftung des vollmachtlosen Vertreters in Betracht. In den Rechtsordnungen, in denen dieses Problem nicht ausdrücklich geregelt ist, wird eine deliktische Haftung des Vertreters angenommen, so etwa in Österreich und Frankreich.

Die zwei darauf folgenden Kapitel sind kaufrechtlichen Problemen gewidmet. Im Kapitel sechs geht es um die Abgrenzung zwischen Sachmangel und Falschlieferung. Vor der Schuldrechtsreform hatte die deutsche Rechtsprechung im Bereich des Gattungskaufs die *aliud*-Lieferung nur für den Handelskauf nach § 378 HGB a.F. dem Sachmangel gleichgestellt, wenn es sich um ein genehmigungsfähiges *aliud* handelte (S. 285-294). Nach der Schuldrechtsmodernisierung stellt die *aliud*-Lieferung keinen Fall der Nichterfüllung dar; allerdings ist umstritten, ob das krasse *Aliud* von der Neuregelung erfasst wird (S. 321). Das englische Recht kennt infolge des Abstellens auf die dogmatische Kategorie des „breach of contract“ diese Unterscheidung und die damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten nicht (S. 310-312). Im siebten Kapitel wendet sich der Verfasser dem Konkurrenzproblem zwischen der kaufrechtlichen Gewährleistung und der Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums zu. Professor Ranieri zeigt zunächst, dass diese Frage auch deshalb relevant ist, weil die meisten Rechtsordnungen unterschiedliche Fristen zur Geltendmachung der Rechtsbehelfe des Gewährleistungsrechts und der Anfechtung vorsehen (S. 334-341). In Bezug auf das griechische Recht ist hier eine kleine Unstimmigkeit enthalten (S. 341, Fn. 23). Nach der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie durch das Gesetz Nr. 3043/2002 wurden unter anderem die Vorschriften der Artt. 554, 555 des griechischen *ZGB* dahin gehend geändert, dass die Rechte des Käufers bei Mängeln der gekauften beweglichen Sache nach Ablauf von zwei Jahren verjähren (eine deutschsprachige Übersetzung der geänderten Vorschriften findet sich bei *Eleftheriadou*, in Schermaier (Hrsg.), *Verbraucherkauf in Europa*, S. 432 ff.). Ferner stellt Professor Ranieri die unterschiedlichen Lösungen dar, welche die Rechtsordnungen Europas zum dem genannten Konkurrenzproblem liefern: Während in der deutschen Rechtsprechung und Lehre Einigkeit darüber besteht, dass die Vorschriften über die kaufrechtliche Gewährleistung der Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums vorgehen (S. 341-348), gibt es Rechtsordnungen, die eine freie Konkurrenz beider Rechtsbehelfe zulassen (so etwa in Österreich und in der Schweiz, unklar dagegen die Rechtslage in Frankreich).

In Kapitel acht geht es um „Kausalität und Abstraktion bei der Eigentumsübertragung“. Hier beschreibt Professor Ranieri die unterschiedliche Ausgestaltung der Eigentumsüber-

tragung in den untersuchten Rechtsordnungen. Vor allem im französischen und deutschen Recht sind erhebliche dogmatische Unterschiede festzustellen, die insbesondere auf die Mechanismen zur Rückabwicklung im Falle eines nichtigen Veräußerungsvertrags wirken (S. 399-401). Im deutschen Recht führt die Abstraktion der dinglichen Übereignung in der Regel dazu, dass bei Nichtigkeit des schuldrechtlichen Geschäfts die Eigentumsübertragung gültig bleibt und dem Veräußerer nur ein bereicherungsrechtlicher Anspruch zusteht. In Frankreich hindert die Nichtigkeit den Eigentumserwerb, es bleibt jedoch unklar, wie der Rückgabeanspruch zu qualifizieren ist (S. 400 f.).

In Kapitel neun geht es um die Abtretung von Forderungen. Im Vordergrund stehen hier die Fragen der für die Abtretung erforderlichen Form (S. 445-448) und des Schutzes des gutgläubigen Schuldners, der vor Kenntnis der Abtretung an den früheren Gläubiger leistet (S. 448-451). Behandelt werden auch die beiden Arten der Abtretung, die im englischen Recht bekannt sind („*legal assignment*“ und „*equitable assignment*“). Schließlich prüft der Verfasser Probleme des Schutzes des Zessionars bei Doppelzession (S. 459-467) und beim arglistigen Zusammenwirken des Schuldners mit dem Zedenten im französischen Recht (S. 457 f.).

Kapitel neun ist dem Bürgschaftsvertrag und dem Schutz des Bürgen gewidmet. Als Schutzinstrumente zugunsten des Bürgen kommen zunächst Formerfordernisse in Betracht (S. 473-485). Von zentraler Bedeutung für den Schutz des Bürgen ist in Deutschland die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, welche eine Inhaltskontrolle von Bürgschaftsverträgen nach dem Maßstab der Sittenwidrigkeit bei „strukturell ungleicher Verhandlungsstärke“ der Vertragspartner und bei Vorliegen einer ungewöhnlich starken Belastung des Bürgen für geboten hält (S. 498-505). Der europäische Vergleich zeigt, dass die Rechtsordnungen auf unterschiedlichem dogmatischen Wege zu ähnlichen Ergebnissen im Hinblick auf den Schutz des Bürgen gelangen (S. 510).

Im elften Kapitel wird das Problem „Schutzpflichten und Schadensersatz“ erörtert. Es geht hier um Konstellationen nach Art des im deutschen Recht bekannten Gemüseblattfalles, also um Integritätsverletzungen im Rahmen bzw. im Vorfeld eines Vertrages. Auch hier arbeiten die Rechtsordnungen Europas mit unterschiedlichen dogmatischen Konstruktionen. In Deutschland wird eine vertragliche bzw. quasi-vertragliche Verschuldenshaftung angenommen (S. 514-522), während in Frankreich eine Gefährdungshaftung aber auch eine vertragliche Haftung wegen Verletzung von *obligations de sécurité* in Betracht kommt (S. 530-534).

Im zwölften Kapitel wird die Frage der Ersatzfähigkeit von reinen Vermögensschäden im Rahmen des Deliktsrechtes behandelt. Nach einer kurzen Darstellung der deliktsrechtlichen Systeme in den europäischen Kodifikationen werden einige typische Fallkonstellationen untersucht: der sog. Versorgungsschaden (S. 550-563), die Fälle der Verletzung von schuldrechtlichen Ansprüchen des Gläubigers durch einen am Schuldverhältnis nicht beteiligten Dritten (S. 563-577) und die Kabelfälle (S. 577-593). In Deutschland werden reine Vermögensschäden nur mit großer Zurückhaltung als ersatzfähig angesehen. So weigert sich die deutsche Rechtsprechung, über den eindeutigen Wortlaut des § 844 BGB hinauszugehen. Demzufolge gewährt sie nur bei Bestehen von gesetzlichen Unterhaltspflichten Schadensersatz für einen Versorgungsschaden. Ähnlich verfährt die österreichische Rechtsprechung (S. 555 ff.). Dagegen sind in Frankreich und Italien die wirtschaftlichen Verluste des unverheirateten Lebensgefährten, die infolge der Tötung des anderen Lebensgefährten entstehen, ersatzfähig (S. 559-563).

Im dreizehnten Kapitel wird die Haftung für Schockschäden dargestellt. Es handelt sich hierbei um Ersatzansprüche für Beeinträchtigungen, die ein Dritter durch das Miterleben bzw. die Mitteilung eines Unfallgeschehens erleidet. Die dogmatische Einordnung solcher Konstellationen fällt in den einzelnen europäischen Rechtsordnungen sehr unterschiedlich aus (S. 635 f.). In Deutschland wird eine unmittelbare rechtswidrige Gesundheitsverletzung des Zweitgeschädigten angenommen, wenn der Zweitgeschädigte als naher Angehöriger des Unfallsopfers eine über die übliche Trauer hinausgehende psychische Beeinträchtigung erlitten hat (S. 598-605). In Frankreich spricht man von „*dommage par ricochet*“ und versucht über Kausalitätserwägungen eine Ausuferung der Haftung zu vermeiden (621-626).

Im vorletzten Kapitel wird auf die Frage der Ersatzfähigkeit von Schäden eingegangen, die der Retter bei seinem Versuch, den Opfern eines Unfalles zu helfen, erleidet. Solche Sachverhalte werden im deutschen Recht vorwiegend im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag behandelt, wo die Ersatzfähigkeit von zufällig erlittenen Schäden in Analogie zum Aufwendungsersatz gem. § 670 BGB bejaht wird (S. 640-647). Die dogmatische Einordnung des Problems ist in den europäischen Rechtsordnungen nicht einheitlich: Die Lösungen schwanken zwischen vertraglicher Verpflichtung (so etwa in Frankreich, S. 655-657), Geschäftsführung ohne Auftrag und Deliktsrecht.

Im letzten Kapitel befasst sich der Autor mit Fragen der richterlichen Kontrolle der Rechtsausübung. Hier werden die Mechanismen geschildert, mit denen die Rechtsordnungen Europas eine treuwidrige Rechtsausübung zu verhindern versuchen. Im deutschen Recht ist vor allem die Lehre der Verwirkung, die im Rahmen des § 242 BGB entwickelt

wurde, von zentraler Bedeutung (S. 669-677). In Frankreich operiert man mit unterschiedlichen Fiktionen (Annahme eines stillschweigenden Verzichts bzw. einer Zustimmung), um die Härte mancher kodifizierter Rechtsnorm zu vermeiden (S. 689-701). Ähnlich verfährt man in Italien (S. 701-703).

Mit der zweiten Auflage des Europäischen Obligationenrechts werden die bereits in der Erstaufgabe behandelten Sachprobleme aktualisiert und überarbeitet. Dies war erforderlich, damit neuere Entwicklungen – vor allem die Schuldrechtsmodernisierung in Deutschland – Berücksichtigung finden konnten. Ferner wurde die Stoffauswahl erheblich erweitert. Insgesamt vermag der Autor mit diesem Werk die Begrifflichkeiten, Regeln und Problemlösungen der europäischen Rechtsordnungen innerhalb der behandelten Themenkomplexe nebeneinander zu stellen und die Gemeinsamkeiten der unterschiedlichen Rechtssysteme zu betonen, ohne die Unterschiede zu verneinen. Auf diese Weise trägt das wertvolle Werk von Professor Ranieri zur Aufzeichnung der Konturen des Europäischen Zivilrechts bei.

“Considering Consideration”



by

Paul McKane, LL.B. (Ling. Germ.)*

1. Introduction

The legal scholar *Lon Fuller* reasoned that every developed legal system will have clear rules on how to determine which promises in fact will be enforceable as contracts¹. The Common Law world² uses three main methods:

- Contracts in writing
- Reliance
- Consideration

The notion of contracts in writing developed in the Middle Ages as a way of ensuring against fraud, for the simple reason that many people were illiterate. The so-called Statute of Frauds was enacted in 1677 in England and laid out the different types of contracts which had to be evidenced in writing.

* The author graduated from *Trinity College*, Dublin. He is a former researcher of the *Study Group on a European Civil Code* (Working Team on Extra-Contractual Obligations with responsibility for Irish and Cypriot law as well as for legal translation).

¹ Fuller, “Consideration and Form” (1941) Col. L.R. 799.

² Under the expression Common Law world, one understands those legal systems which developed from the English legal system, including England and Wales, Northern Ireland, Republic of Ireland, Canada (except Quebec), United States (except Louisiana), Australia, New Zealand, India, Pakistan, Sri Lanka and most other English speaking (Anglophone) or Commonwealth countries. This is to be distinguished from the term “common law” which refers to the body of law used in those jurisdictions – mainly case law.

The reliance test is normally linked to detriment, or disadvantage, that the person accepting the promise would suffer, if the promise were not enforced. In the English law, this is to be found in the idea of promissory estoppel – I can stop you from changing your mind, if I have acted on the promise and suffered a disadvantage as a consequence of that. This is a doctrine of equity.

Finally, we have consideration, which has developed over hundreds of years in the Common Law world to become the doctrine that is understood today.

2. Historical Development

In order to better understand the rationale behind consideration, one must first trace the roots of the English (and by extension, Anglophone) contract law.

Unlike Continental Europe, the legal history of the British Isles has not been broken since the post-Norman era. A distinct lack of upheaval or revolution has ensured that England enjoys an evolving, organic and distinguished legal tradition, which in turn helps us to demonstrate the rationale behind consideration.

Initially private law in England was centred on the area of torts (delict). England was a feudal state – the main contracts in society were decided between the noblemen – the feudal lords. Hence, offers, acceptances and agreements were valid when done under seal – each nobleman would indicate his willingness to be bound to his agreement by applying his personal seal to the agreement – a waxen signature of sorts. The medieval signature was considered to be of far greater relevance than a modern one – the majority of the population were illiterate.

As law developed, an agreement between two parties made under seal was enforceable under the common law. This was due to the importance which was attached to seals and the high status associated with their bearers. Even in modern times, sealed documents will continue to be enforced. A seal will normally be affixed to a contract by placing a red sticker on a contract or drawing a circle with the letters LS (loco sigilli). The deed takes effect on delivery³. Thus in *Drimmie v Davies*⁴, two parties exchanged promises which were recorded in a sealed deed. The Court found that this method avoided the requirement of consideration.

³ McDermott, *Contract Law*, 1st ed., Dublin (2001), 100.

⁴ [1899] 1 IR 176, 186.

The deed or sealed contract is no longer in vogue, with some commentators even calling for its abolishment⁵. Thus the doctrine of consideration will take centre stage in modern English contract law.

The contract as we understand it in contemporary jurisprudence did not exist in medieval times. The modern contract is normally seen as being a legal agreement between A and B or more parties, who promise to give and receive something of value and who intend to have a binding agreement.

The medieval claim was not in such a form – goods were exchanged between a purchaser and a vendor and the purchaser had to pay for them. If he refused to pay for goods that were delivered to him, this “contract” was not enforceable by the vendor⁶. The notion of utmost good faith was not a factor in medieval commerce. To avoid unfairness and to defend the rights of the vendor, an action could be brought for two reasons – a writ of debt or a writ of covenant, which sowed the seeds for modern consideration.

In the case of a writ of debt, the party bringing the action – the vendor, claims that the buyer owes him a certain amount of money because he has received goods from him. This was known as the writ of debt and was issued when the goods had already been delivered. Thus A buys something from B. Thus A is in B’s debt and will be bound to pay for the item he bought.

In the case of a writ of debt, if the vendor claims that the purchaser made him a solemn covenant to do something special, then a writ of covenant was issued, whereby the defendant was ordered to keep to his formal promise – his covenant.

As society progressed, and England experienced its Industrial Revolution, the importance of trade and commerce increased significantly. The medieval system of covenants and seals fell to the wayside – the majority of exchanges which occurred took the form of informal promises. Thus, a party which sought to enforce the contract relied on the writ of assumpsit – the other party was forced to effect performance if it could be shown that damage had arisen from the breach of contract. Thus, the modern contract was born and with it consideration. If the plaintiff could prove that he had given the defendant something, whereupon the latter became his debtor (writ of debt) or that he had suffered a damage or by a breach of promise (writ of assumpsit) he had a valid claim. Hence we have

⁵ Friel, *The Law of Contract*, 2nd ed., Dublin (2000), 8.

⁶ Woerlen, *Introduction to English Civil Law*, 3rd ed., Muenster (2005), 105.

consideration, as most famously defined in *Currie v Misa*⁷ as “some right, interest, profit or benefit accruing to one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility given, suffered or undertaken by the other”.

3. What is Consideration?

Now that we know how consideration developed, let us look at how it manifests itself. Normally speaking it does so in three forms – a benefit, a detriment or forbearance, as defined by Judge *Lush* in *Currie v Misa*⁸.

Consequently, let us assume that A makes an offer to B which is accepted. In order for this to be enforced under English law, A promises to pay €10. This money is a benefit or profit for B. It can also be seen as a loss to A. The consideration must only be a benefit to one party or a detriment to the other – it is not necessary that it be both, although it can be both, as demonstrated in the above example. The courts in England will focus less on finding a benefit for one party if there has been a detriment suffered by the other party in the form of an obligation or burden. The consideration must be linked to the promise – thus the party making the promise must have requested or accepted the detriment in return for their promise⁹.

How then does one determine what is to be a benefit or a detriment? A good example is to be seen in *Tanner v Tanner*¹⁰. The plaintiff was a milkman by day and a casino croupier by night. Alongside two jobs he had two women. When his relationship with his mistress ended she claimed to be entitled to stay on in their common home. The court agreed with her – she had suffered a detriment – she had given up her home to live with the plaintiff.

A simpler method of determining what is consideration arises in the sale of goods. Generally speaking, consideration is seen as being the price that A pays to B for the purchased good. This turns contracts into binding agreements rather than voluntary arrangement and allows endless numbers of contracts to be formed without complex legal formalities¹¹. Thus A suffers a detriment (the money paid) or B obtains a benefit (money received).

⁷ (1875) LR 10 Exch 153, 162.

⁸ *ibid.*

⁹ Appleby, “Contract Law” (2001) 99.

¹⁰ [1975] 1 WLR 1346.

¹¹ Appleby, *Contract Law*, 1st ed., London (2001), 100.

4. The Basic Rules

There are a number of basic rules which one must keep in mind when one speaks of consideration. In this article I will address five of them, namely adequacy, compromise and forbearance, motion, the rule against past consideration and the rule against existing contractual duties.

In addition to these, the consideration itself must not only be legal, but it must not be something that one had a public duty to do in any case. Thus in the case of *Collins v Godefroy*¹², *Godefroy* promised that he would pay *Collins* to give evidence at a trial. He later reneged on this promise. *Collins* sought to enforce his claim to the payment, but the court held that he could not as he had a statutory duty to give evidence. On the other hand, if the person making the promise gives more than their public obligation, then we have a valid consideration. In *Ward v Byham*¹³, a mother had a public duty to care for her child. Her ex-husband promised her money every week to look after the child in a certain way. She could enforce the payment of this money – her public duty was to care for the child but the special manner in which she did it, based on her ex-husband's request was something extra.

There are a number of main functions of the rules of consideration. Firstly, and most obviously, we seek to enforce a promise. Secondly, we seek to establish the existence of a contract. Finally, public policy is upheld and scurrilous promises are not enforced, as in the *Collins v Godefroy* case for example, as we have already seen. Let us now address the main requirements and rules of consideration.

4.1 Adequacy and Sufficiency

Consideration must be sufficient (have some value) but need not be adequate. The courts in the Common Law tend not to interfere with the private autonomy of those who are making the contract. The doctrine of utmost good faith has only been a recent phenomenon in English Law. Consequently, the law did not enquire into the true worth of a contract, nor did it strike it down as being unfair. The main rationale behind this is that the risk when making a contract lies with the parties. Indeed, as far back as 1651, *Thomas Hobbes* wrote, in *Leviathan*, that the value of things which are contracted for is measured by the appetite

¹² (1831) 109 E.R. 1040.

¹³ [1956] 2 All E.R. 318.

of the contractors and therefore the just value is that which they are contented to give¹⁴. Utmost good faith will not play a role, rather *caveat emptor* – let the buyer beware.

Subsequently, the consideration does not need to be adequate in the eyes of the law. It does not need to be a true reflection of the value of what was given in exchange for the promise. Indeed, modern legislation respects this idea and this has been preserved in the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 in England and Wales and Regulation 4 of the European Communities (Unfair Terms in Consumer Contracts) Regulations 1995 in the Republic of Ireland¹⁵.

In the traditional common law however, provided that the consideration has some basic value, the courts will not investigate its adequacy. Where consideration is recognised by the law as having some value, it is described as "real" or "sufficient" consideration. The courts will not investigate contracts to see if the parties have got equal value. In *Chappell & Co. Ltd v Nestlé*¹⁶, chocolate bar wrappers were found to amount to consideration. In *Haigh v Brooks*¹⁷, the defendant received a worthless piece of paper in return for a promise made by him to pay £10,000. This was sufficient consideration in the eyes of the court.

Certain things remain to be considered as insufficient, including natural love and affection¹⁸, prayers¹⁹, casino chips²⁰, moral obligations²¹ or performance of a public duty, as already demonstrated²².

4.2 The timing of Consideration – executed, executory and past

Time is of importance when we speak of consideration. There are three classes of consideration which come into play here - executed, executory and past consideration. Executed consideration is an act or forbearance given for a promise; executory consideration is a

¹⁴ Appleby, "Contract Law" (2001) 101.

¹⁵ SI 1995/27, which provides: "A term shall not of itself be considered to be unfair by relation to the definition of the main subject matter of the contract or to the adequacy of the price and remuneration, as against the goods and services supplied, in so far as these terms are in plain, intelligible language."

¹⁶ [1960] AC 87.

¹⁷ (1839) 113 ER 119.

¹⁸ *Re Wilson* [1933] IR 729.

¹⁹ *O'Neill v Murphy* [1936] NI 16.

²⁰ *Lipkin Gorman v Karpnale* [1991] 3 WLR 1.

²¹ *Ferrar v Costello* (1841) 4 ILR 425, *Bradford v Roulston* (1858) 8 IRCL 468, *Zecevic v Russian Orthodox Christ the Saviour Cathedral* (unreported, Ontario HC 10/8/88) – see McDermott, *Contract Law*, 1st ed., Dublin (2001), 106.

²² *Collins v Godefroy* (1831) 109 E.R. 1040.

promise given for another promise; whereas past consideration is not good consideration, as we will see below.

It has been submitted that the consideration doctrine is understood as limiting individuals' freedom to make binding contracts, as those mere 'contracts' which are supported by legal consideration will be legally binding, whereas other 'contracts' are not, even if the speaker intends on binding himself to the 'contract'.¹ These limitations in turn are broadly split into two categories, namely executory consideration and executed consideration. The former category involves agreements to do or not to do something, whereby each promise is given in exchange for the other. Thus for example, A promises to pay B €25 to clean his windows. B's promise to clean the windows is consideration for A's promise to pay the money. Each executes the other. The latter category involves agreements which are conditional on the performance of an act, such as promising a reward for finding a missing dog. If the dog is found and returned, the consideration for the promise of the reward is finding the dog.

We must also distinguish executed consideration from past consideration. Jurisprudence in England and Ireland does not allow past consideration to be a valid consideration in order to conclude a contract. Let us assume that A voluntarily mows B's lawn. B then promises to pay A €20. The consideration for the promise is said to be in the past – the rule will be that past consideration is no consideration, will not be valid and cannot be used to bring suit. Hence A receives nothing. If C gives D a lift home in his car from work, and D promises on arrival to pay C €20 for petrol, then C cannot enforce this promise, as her consideration – the lift in the car is in the past.

The textbook case in this area is the Irish case of *Roscorla v Thomas*²³. *Roscorla* bought a horse for £30 from *Thomas*. After the sale, *Thomas* warranted that the horse was sound and free from vice. The horse was not so. *Roscorla's* claim for breach of promise failed – his consideration, the £30, was in the past.

This rule may be seen as unfair – and two main exceptions have arisen. First, the previous request. If the promisor has previously asked the other party to provide goods or services, then a promise made after they are provided will be treated as binding: *Lampleigh v Braithwait*²⁴. This has been supported and expanded in modern times, in *Pao On v Lau Yiu*

²³ (1842) 3 QB 234.

²⁴ (1615) Hob 105.

*Long*²⁵, where *Lord Scarman* held that an action which is done before the giving of a promise can be consideration if a three step test is fulfilled, namely

- The act was done at the request of the party making the promise;
- The parties understood that the act was to be paid for either by payment or another benefit;
- Payment or that benefit must have been legally enforceable had it been promised in advance.

The second exception to past consideration will be in the case of Bills of Exchange or promissory notes. Under s27(1) of the Bills of Exchange Act 1882 it is provided that any antecedent debt or liability is valid consideration for a bill of exchange. To use the garden example, if A mows B's lawn and a week later B gives him a cheque for €20, A's work is valid consideration in exchange for the later cheque. This has been upheld in case law²⁶.

4.3 Motion

Although the consideration has to come from either party in the contractual relationship, it can be paid to a third party instead. The main requirement is that the consideration will move away from one of the contracting parties, who suffers a detriment as a consequence, which will satisfy the rule in *Currie v Misa*. In *McCoubray v Thompson*²⁷, a man wished to divide his farm equally between the two parties. The farm was valued at £196 and *Thompson* promised to pay *McCoubray* £98 if the man conveyed the entire farm to him. He duly received the entire farm but refused to pay the money to *McCoubray*, who sued. The court found that *McCoubray* could not recover the money for he had given nothing to *Thompson* to enforce the promise. The only enforceable promise was made by *Thompson* to the farmer himself, from whom the consideration moved.

4.4 Compromise and Forbearance

If someone against whom a legal claim is made offers to settle the dispute for less than the amount claimed, this agreement will be known as a compromise agreement and may be good consideration. It is in the public interest that disputes are settled out of court if possible²⁸. This was established in law in *Taylor v Smith*²⁹, per *Lardner J*: "... [An]

²⁵ [1980] AC 614.

²⁶ *Flanagan v National Bank* [1939] IR 352.

²⁷ (1868) 2 IRCL 22.

²⁸ McDermott, *Contract Law*, 1st ed., Dublin (2001), 124.

²⁹ [1990] ILRM 377.

agreement to compromise constitutes a new and independent contract between the parties made for good consideration and the original rights of the parties and causes of action become superceded by the compromise agreement.”³⁰

On the other hand, forbearance arises where the party admits the claim but requests the claimant to give him more time to pay. Consequently, if one person has a valid claim against another but promises to forbear from enforcing it, this will constitute valid consideration if made in return for a promise by the other to settle the claim³¹.

4.5 The Rule against Existing Contractual Duties forming valid Consideration

The traditional rule in law is that performing your existing contractual duties cannot constitute a valid consideration. The most famous case on this topic is *Stilk v Myrick*³². A ship’s captain promised his sailors that if they worked the ship from the Baltic to London, despite the fact that some other sailors had deserted, he would divide the deserters’ pay between them. The extra pay was refused on arrival at London and the claim was dismissed – the crew had an existing contractual duty to work the ship back to London. Per *Lord Ellenborough*: “The desertion of a part of the crew is to be considered an emergency of the voyage as much as their death; and those who remain are bound by the terms of their original contract to exert themselves to the utmost to bring the ship in safely to her destined port”³³. The original rationale behind this rule was to prevent ships being held to ransom mid-voyage by crews. In modern times, the rule has been limited by successive judges. Since *Williams v Roffey*³⁴, if the performance of an existing contractual duty confers a practical benefit on the other party this will constitute valid consideration.

5. Comparisons

Different legal relationships and entities must now be considered in the light of consideration.

³⁰ [1990] ILRM 377, 389.

³¹ *Hamer v Sidway* (1891) 124 NY 538, *Paulger v Butland Industries* [1989] 3 NZLR 549.

³² (1809) 170 ER 1168.

³³ (1809) 170 ER 1168, 1169.

³⁴ [1990] 1 All ER 512.

5.1 Conditions

First, we have to distinguish consideration from conditions. If I promise to pay you €1000 if Germany wins the World Cup, there is no contract. This is merely a promise of a gift subject to a condition which may or may not happen.

5.2 Gifts

Secondly, let us consider the gift itself. If I give you a gift and you accept it, I can change my mind and take it back later. This is because gifts are not contracts in the common law world. Let us use a book as an example. A promises to give B a book as a gift. B accepts the book. A can then take that book back the following day if he chooses. There was no consideration passing between the two parties.

5.3 Part Performance

Part payment of a debt is not good consideration. If a creditor (someone you owe money to) promises to discharge the debt in return for some of the money owed, in paying the agreed fraction, the promisee is not providing consideration for the promise, as this is merely part performance of a contractual duty already owed. Consequently, the debtor is still liable for the whole amount, as he cannot force the promisor to accept less.

This was decided in the famous *Pinnel's Case*³⁵. The plaintiff sued the defendant for the sum of eight pounds and ten shillings. The defence was based on the fact that the defendant had, at the plaintiff's request, tendered just over five pounds before the debt was due, which the plaintiff had accepted in full satisfaction for the debt.

The Court held that “payment of a lesser sum on the day in satisfaction of a greater, cannot be any satisfaction for the whole, because it appears to the Judges that by no possibility, a lesser sum can be a satisfaction to the plaintiff for a greater sum: but the gift of a horse, hawk, or robe, etc. in satisfaction is good ... [as] more beneficial to the plaintiff than the money.”

Thus, the defendant had not given any consideration such that it could enforce the plaintiff's previous promise not to sue, because the defendant had only done part of what it was already obliged to do.

³⁵ (1602) 5 Co Rep 117a.

This rule was confirmed in the case of *Foakes v Beer*³⁶. *Foakes* owed *Beer* over two thousand pounds. *Beer* agreed that she would not take any action against *Foakes* for the amount owed if he would sign an agreement promising to pay an initial sum of £500 and pay £150 twice yearly until the whole amount was paid back. *Foakes* was in financial difficulty, and so she waived any interest on the amount owed. He made the payments as agreed without any interest. Later on, *Beer* sued *Foakes* for the interest.

At trial, the Court found in favour of *Foakes*, but this was reversed by the Court of Appeal. The House of Lords upheld the ruling of the Court of Appeal in favour of *Beer*. The reasoning behind their judgment was that though the agreement did not contemplate the interest owed, it could still be implied given an enforceable agreement. However, the promise to pay a debt was deemed not to be sufficient consideration as there was no additional benefit moving from *Foakes* to *Beer* that was not already owed to her.

6. Conclusion

Let us summarise the role of consideration in the formation of a contract, step-by-step:

First, has one party promised or acted in return for a promise? If not, then there is no consideration. If he has, then we move to step two.

Secondly, we must ask ourselves was this consideration past, or was there an absence of a causal link between the conduct and promise. If either of these is the case, then we do not have consideration. If not, then move to step three.

At stage three, if we are dealing with current consideration, causally linked to the promise, one must ask has there been motion – has the consideration moved from the promisee? If not, then there is no consideration, if it has, we move on to consider sufficiency.

If the consideration was sufficient, we have formed a contract. If not, we have no contract.

Applying this rationale, the courts in the Anglophone world have been rather inventive in determining consideration³⁷. For example, inducing customers to trade with members of a trade association will be considered as consideration³⁸ for any promise made to such

³⁶ [1884] 9 AC 605.

³⁷ see McDermott, *Contract Law*, 1st ed., Dublin (2001), 114-118.

³⁸ *Bowerman v Association of British Tour Operators* (1995) 145 NLJ 1815.

impending customers. Obtaining the right to publish a reader's letter will be consideration for a newspaper for any promise made on foot of that letter³⁹. Persuading consumers to send in wrappers, tokens or coupons will be consideration for the promise a manufacturer makes to award gifts in return for said wrappers etc⁴⁰.

The doctrine of consideration can be very confusing to lawyers in the Continental systems. However, in the absence of a civil code, consideration remains the most effective way to enforce and show intention in contractual formation. It demonstrates that the parties are really ready to make a contract, and for it to be enforced.

³⁹ *De le Bere v Pearson* [1908] 1 KB 28.

⁴⁰ *Chappell v Nestlé* [1960] AC 87, *Esso v Customs and Excise* [1976] 1 All ER 117.

Internationale Moot Courts

von

Pia Ulrich und Andreas Leonhardt*

I. Einführung

Im Wintersemester 2006/07 bereiten sich zum dritten Mal Teams der Juristischen Fakultät an der Universität Osnabrück auf eine Teilnahme an einem internationalen *Moot Court* vor. *Moot Courts* sind simulierte Gerichtsverhandlungen, bei denen Teams von Studenten im Namen ihrer Universität in die Rolle von Rechtsanwälten schlüpfen.¹ Im Wettstreit mit anderen Teams wird vor Wettkampfrichtern ein fiktiver Fall verhandelt, der zuvor mit Schriftsätzen sorgfältig vorbereitet wurde. Sieg oder Niederlage entscheiden sich nicht nur anhand der Qualität der rechtlichen Argumentation, sondern auch durch die Fähigkeit, eine rechtliche Position schlüssig darzustellen und auf Einwürfe und Nachfragen des Gerichts schnell und überzeugend zu reagieren. Neben Anerkennung winken den Teilnehmern der Wettbewerbe attraktive Preise.

An der Universität Osnabrück nehmen seit dem Wintersemester 2004/05 Teams an zwei der größten internationalen Wettbewerbe teil, dem *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Court* und dem *European Law Moot Court Competition*.² Bereits im Studium wird damit Gelegenheit geboten, sich in einer fremden Sprache vor internationalem Publikum in der Kunst der juristischen Argumentation zu beweisen. Es verwundert nicht, dass die Anwaltschaft die Teilnahme an *Moot Courts* als wichtige Ergänzung zum Studium empfiehlt.³

Im Gegensatz zu dem gestiegenen Interesse an *Moot Courts* steht jedoch der Mangel an verwertbaren Informationsquellen zu *Moot Courts*, die mehr als einen kurzen Überblick

* Pia Ulrich studiert Rechtswissenschaften an der Universität Osnabrück und hat am 13. *Willem C. Vis Moot Court* 2005/06 in Wien teilgenommen. Andreas Leonhardt ist Doktorand bei Prof. Dr. Dr. h. c. Christian von Bar, FBA und seit 2003 wiss. Hilfskraft am European Legal Studies Institute, Osnabrück. Mit dem Osnabrücker Team nahm er am *European Law Moot Court* 2004/05 in New York teil. Die Autoren haben den Beitrag zu ihrem jeweiligen *Moot Court* verfasst. Eine erweiterte Version des Beitrags kann auf der Homepage der IJVO unter <http://www.elsi.uos.de/privatelaw/ijvo> abgerufen werden.

¹ Weitere Informationen zu *Moot Courts* in: *Wetzel, Jan*, „Internationale Moot Courts“, JA 2000, S. 523 ff.

² Eine vollständige Auflistung der großen internationalen *Moot Courts* ist ebenfalls *Wetzel, Jan*, a.a.O., S. 524 f. zu entnehmen.

³ Vgl. nur *Staufenbiel, Peter/Meurer, Nils*, „Anwalt – Beruf oder Berufung? Die Vorbereitung auf den Anwaltsberuf in Studium und Referendariat“, JA 2006, S. 649, 650.

bieten. Im Vordergrund steht daher nicht nur die Vorstellung der *Moot Courts*, sondern auch die Absicht, wertvolle Tipps und Informationen für Interessenten und Teilnehmer zu geben, die über das frei verfügbare Material hinausgehen.

1. Der Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Court

Einer der bedeutendsten *Moot Courts* weltweit ist der *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Court*. Dieser internationale Studentenwettbewerb – auch als *Olympic Games of International Trade Law*⁴ bezeichnet – entstand aus einem Vorschlag auf dem UNCITRAL *Congress on International Commercial Law* 1992 und wurde von der Überlegung getragen, Studenten der Rechtswissenschaften aus aller Welt für die Arbeit der UNCITRAL, die *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (UN-Kaufrecht), sowie für die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit zu begeistern.⁵ Das Konzept für diesen *Moot Court* stammt von *Willem C. Vis* und *Eric E. Bergsten*, die am *Institute of International Commercial Law* der *Pace Law School* in White Plains, New York lehrten.⁶ Ausgerichtet wird der Vis Moot alljährlich von der *Pace Law School*. Zu Ehren des 1993 verstorbenen *Willem C. Vis* wurde der neu begründete *Moot Court* nach ihm benannt.

Im ersten Jahr seines Bestehens, 1993/1994, nahmen 11 Universitäten aus neun Ländern teil,⁷ 2000/2001 waren es schon 94 Teams aus 31 Ländern.⁸ Im Jahre 2006 belief sich die Anzahl der teilnehmenden Teams auf 156, die aus 49 Ländern von allen Kontinenten nach Wien kamen.⁹

Aufgabe eines jeden am *Vis Moot* teilnehmenden Teams ist es, einen fiktiven Fall auf dem Gebiet des UN-Kaufrechts im Rahmen eines simulierten Schiedsverfahrens in englischer Sprache zu bearbeiten. Innerhalb weniger Wochen wird zuerst ein Kläger-, später dann ein Beklagtenschriftsatz mit einem Umfang von 35 Seiten erstellt und der Fall schließlich vor einem Tribunal aus drei Schiedsrichtern in Wien verhandelt. Dieser knapp sechs Monate aktiver Teilnahme vereinnahmende Wettbewerb hat zum Ziel, durch einen fiktiven, aber lebensnahen Fall den teilnehmenden Studenten Praxiserfahrung auf dem Gebiet des UN-Kaufrechts sowie der Handelsschiedsgerichtsbarkeit zu vermitteln.

⁴ <http://www.bbc.co.uk/dna/h2g2/A588170>.

⁵ Eric E. Bergsten, 18 *Journal of International Arbitration* (August 2001) No. 4, 480-486 (480).

⁶ Eric E. Bergsten, 18 *Journal of International Arbitration* (August 2001) No. 4, 480-486 (480).

⁷ Eric E. Bergsten, 18 *Journal of International Arbitration* (August 2001) No. 4, 480-486 (480).

⁸ <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/participants8.html>.

⁹ <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/participants13.html>.

2. Der European Law Moot Court

„*Moot, meet and compete*“ lautet das Motto des *European Law Moot Court* (ELMC).¹⁰ Getreu diesem Motto veranstaltet die *European Law Moot Court Society* (ELMCS) mit Sitz in Lissabon seit 1989 jährlich einen *Moot Court* zum Europäischen Recht, der Studenten aus der ganzen Welt zusammenführt, um sich in der Kunst des Plädierens zu messen. Die Finalrunden des Wettbewerbs finden seit 1991 in Luxemburg vor Richtern am Europäischen Gerichtshof (EuGH) und dem Gericht erster Instanz statt. Es ist daher nicht übertrieben, vom ELMC als dem „offiziellen“ *Moot Court* zum Europarecht zu sprechen.

Gleichwohl gehen der ELMC und die ELMCS auf studentische Ursprünge zurück. Die Idee zum ersten internationalen *Moot Court* wurde im Jahr 1988 von Münchener Studenten aus der Taufe gehoben; die Mitgliedschaft in der ELMCS steht allen interessierten Studenten offen, die sich mit den Zielen des Vereins identifizieren, mit „harter Arbeit und Interesse am Recht der Europäischen Gemeinschaft für gleiche Bildungschancen einzutreten“.¹¹

Seit seiner Gründung hat sich der Wettbewerb von einer örtlichen Veranstaltung mit elf teilnehmenden Teams zu einem der bedeutendsten europäischen *Moot Courts* mit annähernd 100 Teams¹² aus aller Welt im schriftlichen Wettbewerb entwickelt. Im Gleichklang mit der rasant gewachsenen Teilnehmerzahl wurde auch der Modus an die Bedürfnisse einer Großveranstaltung angepasst. Ein komplexes Regelwerk bestimmt über das Fortkommen im Wettbewerb.¹³ Neben die Finalrunden vor dem EuGH in Luxemburg treten Regionalfinale, die die Funktion eines Vorausscheids übernehmen. Bereits 1997 war aufgrund der gestiegenen Teilnehmerzahlen die bis heute abschließende Zahl von vier Regionalkrunden erforderlich.

¹⁰ Informationen zum Wettbewerb finden sich in erster Linie auf der Homepage, <http://www.elmc.org/>. Kurze Schilderungen und Erfahrungsberichte sind den Beiträgen von *Dörr, Oliver*, „EG-Moot-Court in Berlin“, JURA 1998, S. 110 f.; *Hein, Lars*, „European Law Moot Court Competition 1997/98 – Regionalfinale in Berlin“, JURA 1998, S. 331 und *Rinze, Jens*, „Dritter European Law Moot Court Competition 1991/1992 in Lissabon, Dublin und Luxemburg“, JURA 1992, S. 613 f. und *Steyer, Johanna*, „European Law Moot Court Competition – Die Chance auf das erste Plädoyer“, JuS-Magazin 2/2005, S. 6 zu entnehmen.

¹¹ ELMC Homepage, Rubrik *Society, Calls for Tenders*. Die Homepage wurde für den Wettbewerb 2006/07 komplett überarbeitet. Dabei sind Teile der vorherigen Homepage nicht mit übernommen worden. Diese sind jedoch teilweise weiterhin über die Adresse <http://www.elmc.org/society/society.htm> erreichbar.

¹² Jahresberichte der ELMCS, http://www.elmc.org/society/annual_report.htm, 2002/03: 82 teilnehmende Universitäten, 2001/02: 49, 00/01: 47. Jahresberichte für den Zeitraum nach 2003 sind derzeit nicht verfügbar. Nach Auskunft des Lehrstuhls Prof. Dr. *Dörr* nahmen 2004/05 98 Teams und 2005/06 90 Teams teil.

¹³ ELMC Rules, ELMC Homepage, Rubrik *Competition*. Die Regeln stehen in englischer und deutscher Sprache zur Verfügung. Dieser Bearbeitung werden die Regeln des Wettbewerbs 2006/07 in englischer Sprache zu Grunde gelegt.

Der ELMC ist ein bilingualer Wettbewerb. In allen Phasen wird daher in englischer und französischer Sprache gearbeitet und plädiert. Der Wettbewerb erstreckt sich einschließlich der Vorbereitungszeit über ein volles Semester. Er beginnt im September mit der Ausgabe des Falles und endet im März mit dem gesamteuropäischen Finale in Luxemburg. Dem offiziellen Beginn des Wettbewerbs geht ein Auswahl- und Bewerbungsverfahren an der Universität zur Gründung eines Teams voraus.

Ziel des Wettbewerbs ist es, das Rechtsbewusstsein und die Sachkenntnis im Umgang mit dem Europarecht zu fördern.

II. Willem C. Vis Moot Court

1. Auswahl und Bewerbung

Den allgemeinen Regeln für den *Willem C. Vis Moot Court* entsprechend, muss ein Team – zwecks Vertretung in den mündlichen Verhandlungen – aus mindestens zwei Teammitgliedern bestehen, eine Obergrenze gibt es jedoch nicht.¹⁴ Unabhängig von der Größe des jeweiligen Teams sind für eine erfolgreiche Teilnahme am *Willem C. Vis Moot Court* gute Englisch-Kenntnisse unerlässlich. Das Verfassen eines juristischen Textes in einer Fremdsprache ist an sich bereits eine Herausforderung, die freilich noch übertroffen wird, dass auch die mündlichen Verhandlungen in professioneller Weise auf Englisch zu führen sind. Weiterhin ist eine gewisse Flexibilität sowie Einfühlungsvermögen gefragt: Der *Vis Moot* verlangt von allen Teilnehmern, sowohl die Kläger- als auch die Beklagten-seite zu präsentieren. Für eine überzeugende Darstellung der verschiedenen Positionen ist es daher notwendig, sich vollkommen mit dem Kläger bzw. Beklagten zu identifizieren, ihn zu “atmen”, nur um in der darauf folgenden Verhandlung mit der gleichen Überzeugung die völlig entgegenstehenden Ansichten zu vertreten.

Interessenten für die Teilnahme am *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Court* sollten neben guten Sprachkenntnissen und Interesse am Zivilrecht über die Fähigkeit zur Arbeit im Team verfügen und in der Lage sein, Vorträge frei und sicher zu halten. Gängige Praxis im Bewerbungsverfahren ist daher, jedem Bewerber eine das UN-Kaufrecht betreffende Gerichtsentscheidung zuzuweisen, die dann unter Berücksichtigung der zu Grunde liegenden rechtlichen Aspekte zu referieren ist. In einer zweiten Runde schließt sich ein persönliches Auswahlgespräch an. Auf dieser Basis erfolgt die Auswahl der Teammitglieder.

¹⁴ <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/questions14.html>.

2. Vorbereitung und Überblick

Die Ausgabe des Falles erfolgt traditionell am ersten Freitag eines jeden Oktobers. An der Realität orientiert, handelt es sich bei dem Fall um eine ca. 40-seitige Akte, in der die für die Problemlösung nötige Korrespondenz der Parteien untereinander und mit der Schiedsgerichtsinstitution aufzufinden ist.

Derart gewappnet geht es an die Anfertigung des Klägerschriftsatzes: Diese erste Phase erstreckt sich vom Tag der Fallausgabe bis Mitte Dezember. In dieser Zeit wird der Klägerschriftsatz verfasst und anschließend nach Wien geschickt. Schon nach wenigen Tagen erhält jedes Team dann den Klägerschriftsatz einer anderen Universität. Auf diesen gilt es in den darauf folgenden Wochen zu antworten, während der eigene Schriftsatz von einem anderen Team beantwortet wird. Die Erstellung des Beklagtschriftsatzes erfolgt bis Ende Januar. Nach Abgabe des Beklagtschriftsatzes erhält jedes Team die Schriftsätze derjenigen Teams, gegen die es in der Karwoche in Wien – je zwei Mal auf Seiten des Klägers und Beklagten – mündlich verhandeln wird. Neben dem Beklagtschriftsatz desjenigen Teams, das auf den eigenen Klägerschriftsatz geantwortet hat und dem Klägerschriftsatz, der als Grundlage für den eigenen Beklagtschriftsatz diente, werden zwei Schriftsätze zufällig ausgewählt, jedoch mit der Auflage, dass es für kein Team zu einer Verhandlung gegen ein Team aus dem eigenen Land kommt.¹⁵ Die für eine professionelle Atmosphäre maßgeblichen Schiedsrichter in diesen Verhandlungen setzen sich zusammen aus Freiwilligen, die als Professoren, Richter und Rechtsanwälte tätig sind. Jedes Team erhält eine separate Bewertung für jeden Schriftsatz sowie für jede der vier mündlichen Verhandlungen.

Der Wettbewerb endet mit den mündlichen Verhandlungen in Wien. Nicht zuletzt wegen der mit einigem finanziellen Aufwand verbundenen Reise des Teams nach Wien und der Kosten für das Drucken der Memoranda ist der *Vis Moot* kaum ohne finanzielle Beteiligung Dritter zu meistern. Eine sinnvolle Nutzung der Zeit vor der Fallausgabe stellt daher das Bemühen um und die Kontaktaufnahme mit Sponsoren dar. Unterstützung erhalten viele Teams vor allem durch Rechtsanwaltskanzleien. Zahlreiche Kanzleien unterstützen die Teams darüber hinaus noch durch Anhörungen in den Räumen der Kanzleien. Die professionelle Atmosphäre und die anschließende konstruktive Kritik sind – neben den vielen neuen Eindrücken wie dem Einblick in die Arbeit von Anwälten in einer (Groß-)Kanzlei – eine wertvolle Möglichkeit, sich vorzubereiten.

¹⁵ Eric E. Bergsten, 18 *Journal of International Arbitration* (August 2001) No. 4, 480-486 (481).

Der Vorbereitung dient auch die Frankfurt *Drafting School* der *Moot Academy* Frankfurt, die 2006 zum zweiten Mal ein dreitägiges Vorbereitungsseminar für Teilnehmer am *Willem C. Vis Moot Court* organisiert hat und bereits vor der Fallausgabe eine allgemeine Einführung in die Arbeit an den Schriftsätzen bietet.¹⁶

3. Phase eins: Das Erstellen der Schriftsätze

Die Arbeit an den Schriftsätzen besteht aus intensiver Sachverhaltsarbeit sowie der Erarbeitung von Lösungen zu juristischen Problemen rund um das UN-Kaufrecht. Für das Schiedsverfahren gilt jedes Jahr das *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*; die Schiedsverfahrensregeln hingegen wechseln von Jahr zu Jahr zwischen verschiedenen Schiedsgerichtsinstitutionen, von denen viele den *Vis Moot* auch finanziell unterstützen.¹⁷ Die zu bearbeitenden Streitpunkte lassen sich in verfahrensrechtliche und materielle Fragen aufteilen, so dass thematische Komplexe entstehen. Diese werden den Teammitgliedern zugeteilt und je nach Vorgehensweise nach dem Rotationsprinzip bearbeitet. Im Gegensatz zu vielen der Ausbildungsfälle im juristischen Studium sind die Probleme im *Vis Moot* trotz zahlreicher Fiktionen – wie beispielsweise der, dass für die nicht existierenden involvierten Länder allesamt die *New York Convention* gilt – von der Realität geprägt und enthalten daher die der Wirklichkeit entsprechenden Unklarheiten und Hindernisse, sowie einen weiten Auslegungsspielraum. Dieser ist dafür ausgelegt, sowohl der Kläger- als auch der Beklagtenseite ungefähr gleich viele Argumente zu bieten. Aus diesem Grund erfolgt auch nach keiner Verhandlung jemals eine Entscheidung des Falles durch die Richter. Die Bewertung der eigenen Argumentations- und Präsentationskünste spiegelt sich lediglich in den durch die Schiedsrichter für die einzelnen „Anwälte“ vergebenen Punkte sowie bei der Bewertung der Schriftsätze wider.

Voraussetzung für einen gelungenen Schriftsatz ist neben einer gut ausgestatteten Bibliothek mit einschlägiger Literatur wissenschaftliches Arbeiten im Team. Anders als im juristischen Studium treten die Teammitglieder nicht als Einzelkämpfer auf, sondern müssen zusammen eine für alle vertretbare und überzeugende Lösung finden, die oftmals eine grundlegende Recherche unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten erforderlich werden lässt. Ein weiterer Unterschied zu den regulären Anforderungen im Studium ist, dass die Erstellung eines Schriftsatzes und eben nicht eines Gutachtens gefragt ist. Für die

¹⁶ <http://www.moot-academy.com/index.html>.

¹⁷ Dies sind *American Arbitration Association, International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber, Chartered Institute of Arbitrators, Chicago International Dispute Resolution Association, Court of International Commercial Arbitration, Romania, German Institution of Arbitration (DIS), International Chamber of Commerce, London Court of International Arbitration, Moot Alumni Association, Singapore International Arbitration Centre, Swiss Arbitration Association (ASA), Swiss Chambers' Arbitration* und die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien.

Arbeit an den Schriftsätzen sind zudem Fremdsprachenkenntnisse gefragt: Die entsprechende Literatur ist vorwiegend, jedoch nicht in allen Fällen in englischer Sprache verfasst. So kommt es, dass sich ein internationales Bild auch in den Bibliographien der Memoranda findet.

Ein gelungener Schriftsatz zeichnet sich durch eine gute Struktur, eine treffende Argumentation und formale Sorgsamkeit aus. Es gilt zu berücksichtigen, dass die für die Bewertung zuständigen Professoren, Richter und Anwälte neben ihren regulären Belastungen nicht nur einen einzigen, sondern vier Schriftsätze zu korrigieren haben, und dass viele Teams aufgrund der begrenzten Möglichkeiten des Sachverhalts ähnliche Argumente finden werden. Auf Zustimmung wird eine Argumentation dann stoßen, wenn ihr leicht zu folgen ist, sie aber dennoch stimmig und vor allem einprägsam ist. Alternative Lösungen sind zwar aufzuzeigen, jedoch darf dies keinesfalls dazu führen, dass sich der Leser in den Alternativen verliert – der rote Faden muss erkennbar bleiben. Besondere Bedeutung kommt darüber hinaus der Rechtsprechung zu: ein Argument gewinnt an Überzeugungskraft wenn gezeigt werden kann, dass es in etlichen Gerichtsurteilen bei vergleichbarer Sachlage Berücksichtigung gefunden hat. Spezieller Aufmerksamkeit bedürfen schließlich die sprachlichen Feinheiten. Die übermäßige Verwendung von Fremdwörtern und komplizierten Satzkonstruktionen irritiert nur allzu leicht die Bewerter, die zu einem Großteil nicht *native speakers* des Englischen sind. Es ist daher kaum verwunderlich, dass bis zur letzten Minute die gesamte Zeit bis zum Abgabetermin zur Erstellung eines Schriftsatzes in Anspruch genommen wird.

4. Phase zwei: Die Vorbereitung auf die mündlichen Verhandlungen

Die Vorbereitung auf die mündlichen Vorträge in Wien nimmt die Zeit von Ende Januar bis Ende März in Anspruch. Während dieser Zeit wird ein Vortrag erarbeitet, der von jeweils zwei Teammitgliedern als Anwälten dem Tribunal vorgetragen wird. Innerhalb einer zugestandenen Zeit sind die verschiedenen Rechtsprobleme überzeugend darzulegen, wobei auch durchaus bohrende Fragen der Schiedsrichter höflich, aber bestimmt zu beantworten sind. Die Ausgestaltung der mündlichen Verhandlung ist dem Tribunal weitgehend freigestellt. Für eine mündliche Verhandlung sind – inklusive Besprechung der Verhandlung mit den Schiedsrichtern und den Teams – maximal zwei Stunden angesetzt, in denen den Anwälten beider Parteien Gelegenheit gegeben wird, sich zu den einzelnen Punkten zu äußern.

Zu Übungszwecken gibt es daher die so genannten *Pre-Moots*. Hierbei handelt es sich um Veranstaltungen, die von Universitäten oder Kanzleien organisiert werden, und in denen der Ernstfall vorbereitet wird. Die Teams verschiedener Universitäten haben eine erste

Gelegenheit, gegeneinander anzutreten und von den Sichtweisen und Präsentationsmethoden der anderen zu profitieren.

5. Der Wettkampf: Die Verhandlungen in Wien

Höhepunkt des *Willem C. Vis Moots* sind die mündlichen Verhandlungen in Wien, wenn – jeweils in der Karwoche – alle Teams in vier mündlichen Verhandlungen die Gelegenheit bekommen, mit ihren Argumenten und ihrer Präsentation zu überzeugen. Vorab erhält jedes Team die Schriftsätze aller seiner Gegner sowie einen Zeitplan, der genaue Angaben über die einzelnen Verhandlungen beinhaltet.

Jeder Termin zur Verhandlung besteht aus der Anhörung selbst, einer kurzen Besprechung der Schiedsrichter untereinander sowie dem sich daran anschließenden Feedback. Insgesamt sind hierfür zwei Stunden anberaumt. Ob die Anwälte einen freien Vortrag halten sollen, oder aber in der Kreuzverhörtaktik befragt werden, ist Sache des Tribunals. Wie viel Zeit jeder Partei für ihren Vortrag zugeteilt wird, obliegt gleichfalls dem Tribunal. Hierbei ist häufig zu bemerken, dass nicht überall die Uhren gleich ticken: Ein divergierendes Zeitgefühl offenbart sich in so manch einer Verhandlung, was nicht nur für die Parteien, sondern auch für einige Schiedsrichter eine Überraschung bedeutet. Die einer Partei zugeteilte Zeit im Auge zu behalten, ist essentiell für einen überzeugenden Vortrag, ebenso wie auch eine angemessene Aufteilung zwischen den beiden Anwälten einer Partei unter Berücksichtigung der thematischen Schwerpunkte vorzunehmen ist. Rückfragen durch das Tribunal können diese Zeitspanne nicht unerheblich verkürzen, so dass nicht nur jede Minute geschätzt, sondern auch gebraucht wird. Während einige Tribunale auf das sich nähernde Ende der zugeteilten Zeit hinweisen, ziehen es andere vor, hierüber zwar Buch zu führen, jedoch Stillschweigen zu bewahren und die Parteien gewähren zu lassen. Generell jedoch erwächst hieraus keineswegs ein Vorteil.

Wichtiger Aspekt eines gelungenen Vortrags ist neben einer guten Struktur und der Schlüssigkeit der Argumente die Arbeit als Team. Gute Teamarbeit reicht von einer fairen und stimmigen Zeiteinteilung bis zum Anreichen der benötigten Dokumente an den gerade plädierenden Partner, und wird entsprechend vom Tribunal honoriert. Beeindruckend sind völlig frei gehaltene Vorträge, die auf die intensive Sachverhaltsarbeit der letzten Monate schließen lassen. (Positive Berücksichtigung findet zudem der aufmerksame Anwalt, der auch während des gegnerischen Vortrages interessiert und nah am Geschehen bleibt).

Für den Umgang mit dem Tribunal empfiehlt sich der Gebrauch von Standardformeln, die sicher beherrscht werden sollten, gleichwohl ihre Verwendung nicht in allen Tribunalen einheitlich bewertet wird. Für eine positive Bewertung unerlässlich ist zudem die

responsiveness der Parteien, die sich durch rege Interaktion zwischen beiden Parteien und den Richtern auszeichnet, und einen Vortrag zu einer direkten Erwiderung auf den Vortrag des Gegners werden lässt. Anklang findet auch der Verweis auf passende Gerichtsurteile und Literatur. Wie viele dieser Verweise für eine Anhörung angemessen sind – liegen doch jedem Tribunal die Schriftsätze der Parteien vor – hängt von jedem Richter (und dem Rechtssystem seines Herkunftslandes) ab. Durchaus nicht ungewöhnlich ist es, im Tribunal auf Richter zu stoßen, denen man bereits zuvor als Autoren im Rahmen der Erstellung der Schriftsätze “begegnet” ist. Sie als Anwesende zu zitieren, verleiht der mündlichen Verhandlung besondere Würze.

Die Internationalität des *Vis Moots* ist gerade in der Besetzung der Tribunale wieder zu finden: Professoren, Richter und Anwälte aus 49 Ländern befanden sich 2006 im Einsatz,¹⁸ die sich – weder Mühen noch Unbequemlichkeiten scheuend – schon vorab mit den zahlreichen Schriftsätzen befasst und ein Bild von dem Fall gemacht hatten.¹⁹ Bedeutsam für den Gang einer Verhandlung ist u. a. auch die Herkunft eines Schiedsrichters, da diese – bedingt durch das jeweilige Rechtssystem – einerseits die Erwartungen an die Verhandlung, andererseits den Gang einer Verhandlung beeinflusst: Schiedsrichter mit anglo-amerikanischem Hintergrund tendieren dazu, mehr Fragen zu stellen als ihre Kollegen vom europäischen Festland.²⁰

Neben dem Tribunal und den Parteienvertretern sind die der Verhandlung gewidmeten Räume mit den zahlreichen Unterstützern eines jeden Teams sowie einigen Besuchern gefüllt. Die Plädoyers werden im Sitzen gehalten, wobei die Parteienvertreter einander gegenüber sitzen und die Schiedsrichter längs dazu,²¹ mit Blick auf die Zuschauer. Unter diesen finden sich zudem viele ehemalige *Mooties*, Teilnehmer der Vorjahre, die sich oft schon selbst als Schiedsrichter beteiligen. Unfähig, der Faszination des *Vis Moots* zu entkommen, stellen sich einige den neuen Teams als *Coaches* zur Verfügung und sorgen so dafür, dass ihre Erfahrung weitergereicht wird.

Nach jeder mündlichen Verhandlung berät sich das Tribunal über die zu vergebende Punktzahl. Jeder Schiedsrichter ist unabhängig in der Vergabe von maximal 50 Punkten an jeden Anwalt. Die Höhe der in einer Verhandlung erzielten Punkte wird den Teams einige Wochen später, im Idealfall inklusive einer kurzen Begründung, per Email zugestellt, so dass in Wien noch Unwissenheit vorherrscht – zumindest bis Dienstagabend. In ange-

¹⁸ <http://www.iht.com/articles/2006/04/14/opinion/edshulman.php>.

¹⁹ 6 *Croat. Arbitration Yearbook* (1999) 167-172 (170), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bergsten3.html#4>.

²⁰ <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/questions14.html>.

²¹ Ebd.

spannter Nervosität wird am Dienstagabend die Nennung derjenigen 32 Universitäten erwartet, die dank einer entsprechenden Punktzahl in die nächste Runde aufsteigen. Bis Donnerstagmittag werden im Knock-out-Verfahren die Finalisten ermittelt, während die verbliebenen Teams in vollen Zügen die sozialen Vorteile des *Moots* genießen können. Während sich die Finalisten ein weiteres Mal in die Argumente vertiefen, befassen sich auch die übrigen Teams gemeinsam mit anderen Studenten und Schiedsrichtern mit dem Fall – allerdings in der Stammkneipe “Ma pitom” im Wiener “Bermudadreieck”.

Abschlussveranstaltung ist das Finale, das im Kongresszentrum am Messegelände in Wien stattfindet. In einer einmaligen Atmosphäre finden sich über 900 Jurastudenten aus aller Welt sowie mehrere hundert Rechtswissenschaftler, Richter und Anwälte ein, um neben der finalen Anhörung die Preisverleihung sowie ein köstliches Abschiedsessen zu genießen. Zuerst plädieren die Finalisten und tauschen ein letztes Mal ihre Argumente aus. Während sich das Tribunal nach dieser finalen Anhörung berät, werden an den über 100 Tischen die ersten Gänge des Abschiedsmahls serviert. Zwischen den Gängen findet die Bekanntgabe der Preisträger in den einzelnen Kategorien statt, deren Höhepunkt die Bekanntgabe des Gewinners des Finales ist. Die zahlreichen Danksagungen an Organisatoren und Sponsoren des *Moots* erfolgen unter tosendem Applaus, ist es doch ihnen zu verdanken, dass der *Vis Moot* jedes Jahr für alle Teilnehmer zu einem unvergesslichen Erlebnis wird.

6. Die Auszeichnungen

In jeder Kategorie erhalten die besten Teams Preise für ihre Leistungen, daneben gibt es “*Honorable Mentions*”, Ehrenerwähnungen für auffallend gute Leistungen. Den besten mündlichen Teams wird in einem ersten, zweiten und dritten Platz der *Frédéric Eisemann Award* zuerkannt. Den einzelnen Sprechern hingegen gebührt der *Martin Domke Award for Best Individual Oralist – General Rounds*, der an die drei besten Einzelsprecher der Vorausscheidungsrunden vergeben wird. Auch hier erhalten herausragende Sprecher Ehrenerwähnungen, wobei dafür neben dem Erreichen einer entsprechenden Punktzahl Voraussetzung ist, dass die Sprecher sowohl auf Seiten des Beklagten, als auch auf Seiten des Klägers plädiert haben. Der beste Schriftsatz für den Kläger erhält den *Pieter Sanders Award*, der beste Schriftsatz für den Beklagten wird mit dem *Werner Melis Award* ausgezeichnet.

Im 13. *Moot Court* 2005/2006 wurde der erste Platz für den Klägerschriftsatz sowohl der Columbia University als auch der Universität München zuerkannt, die zudem noch den ersten Platz für den Beklagtenchriftsatz erhielt; der *Frédéric Eisemann Award* wurde 2006 dem Team der Universität Queen Mary zuerkannt und der *Martin Domke Award* für

den besten Einzelsprecher ging an Sonu Dhanju von Osgoode Hall Law School.²² Dies spiegelt eine langjährige Tendenz wider: während es vorwiegend deutsche Teams sind, die Preise für ihre Schriftsätze erzielen, sind es demgegenüber überwiegend Teams von Universitäten aus englisch-sprachigen Ländern, die mit Preisen für ihre mündlichen Leistungen geehrt werden.

7. Persönliche Eindrücke

Die Teilnahme am *Vis Moot* führt nicht lediglich zum Erwerb einer Zusatzqualifikation, sondern zu einer vielfältigen Bereicherung des Lebens eines Teilnehmers.²³ Neben ersten praktischen Erfahrungen in einer professionellen Umgebung und den vielen Kontakten, die in dieser Zeit geknüpft werden, bietet sich vor allem ein wertvolles Karrieresprungbrett, denn nicht selten entscheiden die sechs Monate der Teilnahme am *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Court* über den weiteren beruflichen Werdegang eines passionierten Teilnehmers.

Während dieser sechs Monate entwickelt sich aus einzelnen Individuen ein Team, aus Argumenten ein Schriftsatz und aus einem Studenten ein *Mootie*. Anfangs steht das arbeitsintensive und an Herausforderungen reiche Erstellen eines Klägerschriftsatzes im Mittelpunkt des Lebens eines Teilnehmers, später dann die ebenso knifflige Arbeit mit gegenteiligem Ziel und schließlich dann die Vorbereitung der mündlichen Verhandlungen. Diese sechs Monate sind vor allem durch erhöhten Arbeitseinsatz (ausschließlich für den *Moot* und unter Zurückstellung der sonstigen Studienverpflichtungen) und verminderte Freizeit geprägt. Mittelpunkt des Denkens wird für diese Zeit ein Fall, der zwar nicht real, aber über tausend Menschen aus aller Welt bekannt, vertraut und auch ans Herz gewachsen ist.

An der Universität Osnabrück führte Professor Dr. *Martin Schmidt-Kessel* im Wintersemester 2004/2005 den *Willem C. Vis Moot Court* ein. Damit konnte am 12. *Moot* zum ersten Mal ein Team der Universität Osnabrück teilnehmen. Das von Professor Dr. Schmidt-Kessel und Friederike Schäfer betreute Team legte mit *Honorable Mentions* sowohl für den Kläger- als auch für den Beklagtenchriftsatz einen glänzenden Start hin. Im 13. *Moot* 2005/2006 erreichte das von Linus Meyer als *Coach* geführte Team der

²² <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/awards13.html>.

²³ Siehe hierzu: *Soo-Hyun Oh, Jakob Sättler, Nils Wighart* „12th Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot – Overview and Personal Reflection by Law Students of Johann Wolfgang Goethe University“, 6 *German Law Journal*, No. 7 (1 July 2005) 1121-1127; <http://germanlawjournal.com/print.php?id=618>.

Universität Osnabrück in der Gesamtwertung den 37. Platz von 156 teilnehmenden Teams und verfehlte somit das Finale nur knapp.²⁴

III. Der European Law Moot Court Competition

1. Auswahl und Bewerbung

Am *European Law Moot Court Competition* können Teams aus mindestens drei und maximal vier Mitgliedern einer Universität oder vergleichbaren Einrichtung teilnehmen.²⁵ Da die Zahl der Teams in den mündlichen Runden auf zwei pro Einrichtung begrenzt ist, werden selten mehr als zwei Teams von einer Einrichtung gemeldet.²⁶ An der Universität Osnabrück wird pro Jahr ein Team betreut. Gemessen an den hohen Anforderungen des Wettbewerbs sind auch die Voraussetzungen, die interessierte Studierende mitbringen sollten, nicht zu niedrig anzusetzen. An der Universität wird zudem, wenn mehr Bewerbungen als Plätze vorliegen, vom betreuenden Lehrstuhl²⁷ ein Auswahlverfahren durchgeführt.

Das Auswahlverfahren beginnt am Ende der Vorlesungszeit des vorangehenden Sommersemesters.²⁸ Ein idealer Kandidat für ein *Moot Court*-Team sollte mit den Grundzügen des Europarechts vertraut sein; eine vertiefte Kenntnis ist jedoch nicht unbedingt erforderlich. Die in den Fällen aufgeworfenen Rechtsfragen sind stets sehr speziell. Ihre Bearbeitung erfordert in den meisten Fällen – vergleichbar mit einer Seminararbeit – die Einarbeitung in fremde Rechtsgebiete. Unverzichtbar, sowohl für den schriftlichen als auch den mündlichen Teil, ist die sichere Beherrschung der beiden Wettkampfsprachen, Englisch und Französisch. Eine erfolgreiche Teilnahme an den mündlichen Runden ist insbesondere ohne gute Französischkenntnisse kaum vorstellbar. Nur mäßige Kenntnisse in der französischen Sprache sollten von der Bewerbung zwar nicht abhalten, sie mindern aber eklatant die Chancen im Wettbewerb. Es ist üblich, dass der betreuende Lehrstuhl in einem Auswahlgespräch und einer Probeverhandlung die Eignung der Bewerber prüft.

²⁴ Für weitere Informationen über das Osnabrücker Team siehe <http://www.moot-osnabrueck.de/>.

²⁵ Am Wettbewerb 2004/05 nahm z.B. wiederum ein Team des englischen Inns „*The honorable Society of The Inner Temple*“ teil.

²⁶ Vgl. ELMC Rules, III.10.3. An den meisten Einrichtungen wird ein Team pro Jahr betreut.

²⁷ An der Universität Osnabrück ist dies der Lehrstuhl von Prof. Dr. *Oliver Dörr*, LL.M.

²⁸ Bei Interesse empfiehlt es sich, rechtzeitig Kontakt zum Lehrstuhl aufzunehmen bzw. auf entsprechende Aushänge und Bekanntmachungen auf dessen Homepage zu achten.

Von seinen Anforderungen ist der Wettbewerb tendenziell stärker auf Fortgeschrittene mit Kenntnissen des Europarechts zugeschnitten.²⁹ Gleichwohl bedeutet das jedoch nicht, dass Anfänger von vornherein von der Teilnahme ausgeschlossen sind. Gerade in der mündlichen Phase des Wettbewerbs ist neben der Fähigkeit zur rechtlichen Argumentation die sichere Beherrschung der beiden Wettkampfsprachen und ein sicheres Auftreten sehr wichtig. Bei exzellenten Fremdsprachenkenntnissen kann eine Bewerbung jedoch auch als Anfänger Aussicht auf Erfolg haben. Die Entscheidung für den Beitritt zu einem *Moot Court*-Team ist in den meisten Fällen zugleich auch eine Entscheidung für eine „Auszeit“ vom normalen Studienplan. Das Abfassen der Schriftsätze und die Vorbereitung auf die mündliche Phase des Wettbewerbs lässt eine erfolgreiche Teilnahme am normalen Studienbetrieb in der Regel kaum zu. Als Anerkennung für ihren Einsatz wird den Teilnehmern an einem *Moot Court*-Team in jüngerer Zeit neben einem Seminarschein ein so genanntes „Freisemester“ gewährt.

Es soll nicht unterschlagen werden, dass zu den Fähigkeiten eines ELMC-Teilnehmers auch ein hoher Grad an Frustrationstoleranz zählen sollte. Die Wahrscheinlichkeit, bereits vor den mündlichen Runden auszuschneiden, ist in den vergangenen Jahren konstant angestiegen und liegt derzeit bei ca. fünfzig Prozent.³⁰ Es liegt auf der Hand, dass eine erfolgreiche Teilnahme nicht nur an diesem Indikator gemessen werden kann. Die Erarbeitung der fremdsprachlichen Plädoyers stellt eine Leistung für sich dar, deren Umsetzung unabhängig vom Erfolg sehr viel Spaß macht. Darüber hinaus hat stets eine mündliche Erprobung, ein so genanntes „Probe-Hearing“, an der eigenen Universität stattgefunden. Nach Abschluss des Verfahrens stehen die Bewerber fest, aus denen das *Moot Court*-Team der Universität gebildet wird. Vom Lehrstuhl wird dem Team ein Betreuer zugewiesen.

2. Vorbereitung und Überblick

Zwischen der Benennung der *Mooties* und dem Beginn des Wettbewerbs im September liegt eine Zeitspanne von ein bis zwei Monaten, die bereits zur Vorbereitung genutzt werden sollte, da sich der Arbeitsaufwand vor Abgabe der Schriftsätze und den mündlichen Runden stark konzentriert.

Der Wettbewerb gliedert sich seit den Anfängen in drei Verfahrensabschnitte: Einem schriftlichen und zwei mündlichen, die in dieser Form auch in den heutigen Regeln Bestand haben. In der ersten Phase des Wettbewerbs bereitet jedes Team Schriftsätze zu

²⁹ Seit einiger Zeit zeigt sich eine Tendenz bei den teilnehmenden ausländischen Universitäten, zunehmend Studierende ihrer Masterprogramme zum Wettbewerb zu melden.

³⁰ S.o. Fußnote 12.

einem fiktiven Rechtsproblem im Europäischen Recht vor. Ausgangspunkt ist ein von der ELMCS ausgegebener Sachverhalt, der sich zumeist in einem vorgestellten Mitgliedsstaat der Europäischen Union zugetragen hat und nun vor dem EuGH anhängig gemacht worden ist. Anhand von Fragen werden die Bearbeiter zu den Rechtsproblemen gelenkt. Aufgabe der Bearbeiter ist es, jeweils einen Schriftsatz aus Sicht der Klägerin und der Beklagten zu entwerfen. Nach Begutachtung der Schriftsätze durch Richter der ELMCS, nach der die Punkte der beiden Schriftsätze eines Teams addiert werden, beginnt für die besten 48 Teams die nächste Phase. Für Teams, die sich im schriftlichen Verfahren nicht behaupten konnten, ist der Wettbewerb bereits an diesem Punkt zu Ende.

Mit der Qualifikation der Schriftsätze treten die verbliebenen Teams in die zweite Phase des Wettbewerbs ein. Die Teams werden auf eines der vier Regionalfinale aufgeteilt, die jedes Jahr an einem anderen Austragungsort inner- oder außerhalb der Europäischen Union stattfinden. Die Regionalfinale unterteilen sich in drei Runden und erstrecken sich über drei Tage. In den Vorrunden werden die vier nach Punkten besten Teams ermittelt, die dann über ein Halbfinale im Finale um den regionalen Sieg streiten. Als eine Besonderheit des mündlichen Wettbewerbs tritt neben den Parteien der Schriftsätze eine weitere Rolle auf: Jedes Team stellt einen *Advocate General* oder einen *Commission Representative*, dessen Aufgabe es ist, eine vermittelnde Stellungnahme aus Sicht der jeweiligen Institution vorzutragen. Diese weitere Rolle wird unabhängig vom verbliebenen Team gewertet und kann sich allein für die nächste Phase qualifizieren. Die dritte und letzte Phase ist das gesamteuropäische Halbfinale und Finale vor Richtern des EuGHs in Luxemburg. Die vier besten Teams aus den Regionalfinalen sowie die qualifizierten *Advocate Generals* und *Commission Representatives* treten um den *Moot Court*-Pokal und den *Advocate General-/Commission Representative*-Preis an.

Der Schwerpunkt der Tätigkeiten in der Phase vor Ausgabe der Schriftsätze sollte zunächst auf organisatorischen Aspekten liegen. Der *Coach* kann für das Team in StudIP³¹ eine Veranstaltung von Typ Projekt anlegen, deren Download- und Diskussionsbereich sowie das Wiki eine große Erleichterung beim Austausch von Dokumenten und der gemeinsamen Erarbeitung von Schriftsätzen darstellt.

Für die Bearbeitung des Falles wird fremdsprachliche Literatur, sowie der Zugang zu Urteilen des EuGH und des Gerichts Erster Instanz benötigt. Große Bedeutung haben auch

³¹ *StudIP* ist ein webbasiertes interaktives Verzeichnis an der Universität Osnabrück, das die Organisation von Lehrveranstaltungen erleichtert. Neben diesen Kernfunktionen bietet es Groupwarefunktionalität, die für die Zusammenarbeit bei Forschungsprojekten hilfreich ist. Ein Bestandteil von StudIP ist ein so genanntes WikiWikiWeb, das die Bearbeitung von Textdokumenten durch mehrere Nutzer unterstützt. Änderungen können visuell den einzelnen Nutzern zugeordnet und jede Änderung zu früheren Versionen zurückverfolgt werden.

die Stellungnahmen der Generalanwälte, da in deren Ausführungen häufig abweichende Argumentationen enthalten sind, die für eine streitige Aufarbeitung des Falles von großer Hilfe sein können. Ein weiterer wichtiger Punkt ist die Annäherung an die fremdsprachliche Arbeitsweise. Die Erfahrung hat gezeigt, dass es wenig sinnvoll ist, die Plädoyers in deutscher Sprache vorzubereiten und dann in eine andere Sprache zu übertragen. Einen guten Zugang zu den Fachtermini und -wendungen bietet die probeweise Lektüre der gleichen EuGH-Urteile in englischer, französischer und deutscher Sprache. Bei dieser Gelegenheit kann auch der Aufbau der Urteile mit erschlossen werden. Auf der Homepage der ELMCS können Schriftsätze der in den vergangenen Wettbewerben erfolgreichen Teams herunter geladen werden³², bzw. die Schriftsätze der Vorgänger-Teams über den *Coach* bezogen werden.

3. Die Schriftsätze

Die Ausgabe des Falls durch die ELMCS erfolgt über das Internet. Der Fall kann von jedermann abgerufen werden und umfasst zwei bis vier Seiten Sachverhalt einschließlich der Fragen. Die Anmeldung der Teams erfolgt über die Homepage der ELMC, sie kann jedoch auch später erfolgen.³³ Die Schriftsätze sind die Hürde vor der mündlichen Phase des Wettbewerbs. Nur mit guten Schriftsätzen kann die Eintrittskarte für die weitere Teilnahme am Wettbewerb gelöst werden. Zugleich stellen sie die Grundlage für die Vorbereitung der Plädoyers dar. Mit einem guten Schriftsatz im Rücken steigt auch die Wahrscheinlichkeit, im mündlichen Wettbewerb gut zu bestehen, da das Spektrum des rechtlichen Vortrags eine höhere Deckung mit dem Erwartungshorizont der Richter aufweist.

Mit der Ausgabe des Falls sollte daher unverzüglich die Bearbeitung beginnen. In einer ersten Phase ist zunächst der Sachverhalt nach den aus der Rechtsmethodenlehre bekannten³⁴ Verfahren zu erschließen. Die genauen Anforderungen an die Schriftsätze sind im Annex A zum Reglement niedergelegt. Nach den Regeln des Wettbewerbs³⁵ kommt jedoch eine Besonderheit des ELMC zum Tragen. Ein Team muss gleichzeitig sowohl den Schriftsatz für die Klägerseite als auch für die Beklagtenseite verfassen. Entgegen der üblichen Verfahrensweise während des Studiums, in einem Rechtsgutachten nach einer Lösung zu suchen, bei der in Streitfällen eine Entscheidung herbeizuführen ist, orientiert

³² Die besten Schriftsätze eines Wettbewerbs sind den Jahresberichten der Gesellschaft beigelegt: http://www.elmc.org/society/annual_report.htm und finden sich in der *Best Pleading Library* (Leider nur bis 2002/03). Weitere Tipps: ELMC Homepage, Rubrik *Teams, Tips*.

³³ Die Anmeldung der Teams kann z.B. im Durchgang 2006/07 vom 15.9.2006 bis zum 1.11.2006 erfolgen. Der Abgabeschluss der Schriftsätze ist hingegen der 15.11.2006.

³⁴ Vgl. z.B. *Medicus, Dieter*, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 6. Aufl., München 2004, S. 12 ff.

³⁵ Vgl. ELMC Rules, V.15. f.

sich die Erstellung der Schriftsätze an der anwaltlichen Tätigkeit. Maßgabe der Arbeitsweise ist die Ausleuchtung von Streitfragen nach Argumenten, die der jeweiligen eigenen Seite dienlich sind.

Es hat sich daher bewährt, die Teams nach dem Erfassen und Diskutieren des Falls in Zweiergruppen Kläger/Beklagte aufzuteilen, die getrennt die Position der jeweiligen Partei verfolgen. Es hat sich gezeigt, dass der entstehende Antagonismus der beiden Rollen eine zusätzliche motivierende Wirkung entfaltet. Ein stetiger Austausch zwischen den Zweiergruppen in regelmäßigen Team-Treffen ist freilich unerlässlich. Der Aufteilung kann ein gemeinsam entwickeltes Kurzgutachten im klassischen Gutachtenstil vorangehen, anhand dessen die Problem- und Streitpunkte des Falles ausgelotet werden.

Bei der Abfassung der Schriftsätze sollte die Funktion der Argumentation und deren Adressat vergegenwärtigt werden. Nach den Statuten des ELMC durchlaufen die Schriftsätze ein fest reglementiertes Bewertungsverfahren.³⁶ Die Schriftsätze werden durch mindestens zwei von einander unabhängige Gemeinschaftsrechtsexperten begutachtet. Die Bewertungsgrundsätze sind neben weiteren Formalia im Annex A des Reglements niedergelegt. Pro Schriftsatz sind insgesamt 25 Punkte zu vergeben. Jeweils zehn Punkte werden für eine schlüssige rechtliche Bewertung und Argumentation sowie Präsentation und Überzeugungskraft gewährt. Für sprachliches Ausdrucksvermögen und die Verwendung beider Wettkampfsprachen stehen weitere fünf Punkte zur Verfügung. Der Schwerpunkt der Bearbeitung sollte daher auf den ersten beiden Komplexen liegen. Weiterhin bestimmt das Reglement einen fixen Durchschnittswert von fünf Punkten für die ersten beiden Komplexe und drei Punkten für den dritten.³⁷ Die Länge der Schriftsätze ist auf fünfzehn Schreibmaschinenseiten für die Argumentation zuzüglich zweier weiterer Seiten für die Zusammenfassung in der anderen Sprache beschränkt.

Den Formalia kommt durch rigide Strafvorschriften³⁸ eine herausragende Rolle zu. Bereits geringfügige Übertretungen, wie z. B. die Überschreitung der zulässigen Höchstlänge um eine halbe Seite, werden ohne Anwendung von Ermessen mit dem Abzug von 2 Punkten geahndet. Gleiches gilt für Abweichungen bei Seitenrändern oder Zeilenabstand. Eine Überschreitung um drei Seiten führt sogar zur Disqualifikation. Es kann davon ausgegangen werden, dass im Geiste dieser Regelungen auch bei weiteren Formverstößen

³⁶ Vgl. ELMC Rules, V.17. f.

³⁷ Vgl. ELMC Rules, Annex A, 2.

³⁸ Vgl. ELMC Rules, Annex A, 3. Ebenso: *Lang, Andrej/Bühring, Ferry*, „Anleitung zum ‚Mooten‘ – Ein Erfahrungsbericht von der European Law Moot Court Competition 2002/03“, JURA 2003, S. 791.

drastische Punktabzüge erfolgen.³⁹ Weitere Vorschriften finden sich im Annex C des Reglements zu den Zitierungen. Zwar gestattet das Reglement Abweichungen von den Vorgaben, sofern die Teams diese für notwendig halten, eine vorbehaltlose Übernahme deutscher Zitiergewohnheiten sollte man in diesen Passus jedoch nicht hineinlesen, sondern sich besser an den genannten Beispielen orientieren. Die ordnungsgemäße und zutreffende Zitierung wird im Komplex Präsentation und Überzeugungskraft ausdrücklich als ein Maßstab für die Bewertung genannt.⁴⁰ Kernaufgabe der Schriftsätze ist es, in schlüssiger Argumentationsfolge, die Ansprüche der jeweiligen Partei aus deren Sicht entweder zu begründen oder die Ansprüche der anderen Partei abzuwehren. Häufig sind im Sachverhalt mögliche Verteidigungspositionen der Parteien ausdrücklich genannt oder zumindest angedeutet. Diese Hinweise müssen in Form rechtlicher Argumentation auch Eingang in die Schriftsätze finden. Bei der Ausarbeitung empfiehlt es sich – insbesondere wenn eine Rechtsposition streitig ist – die Argumente in „Verteidigungslinien“ zu staffeln. Das jeweils stärkste Argument sollte hier den Einstieg bilden.

Eine weitere Kernfrage ist mit der Frage nach Überzeugungskraft der Argumentation berührt. Gute Argumentationslinien lassen sich entlang grundlegender Prinzipien des Gemeinschaftsrechts und deren Auslegung durch die Gerichte errichten. An nächster Stelle stehen Ansichten aus den Stellungnahmen von Kommission und Generalanwälten. Ebenfalls Berücksichtigung können Stimmen aus der Literatur finden⁴¹. Bei der Zitierfähigkeit stellt sich zwangsläufig die Frage, ob auch Publikationen in deutscher Sprache berücksichtigt werden können. Für diese Möglichkeit lassen sich Belege aus dem Regelwerk und Beispiele aus der *Best Pleading Library* anführen: Im Annex C ist unter den Beispielen für die Zitierung ein Aufsatz aus einer deutschen Zeitschrift mit einem deutschen Titel angeführt. Gegen die Verwendung deutschsprachiger Literatur sprechen jedoch mindestens drei gewichtige Gründe: Unbestritten ist Deutsch eine der Amtssprachen der Europäischen Union, eine Sprache des Wettkampfs ist sie dennoch nicht. Wie bei den übrigen Teilnehmern des Wettkampfs können auch bei den Richtern Sprachkenntnisse, die über das Englische und Französische hinausgehen, nicht erwartet werden. Selbst wenn diese tatsächlich vorliegen sollten, ist nicht gewährleistet, dass nationale Literatur auch den Richtern zur Verfügung steht, bzw. von diesen mit vertretbarem Aufwand beschafft werden kann. Zuletzt ist zu berücksichtigen, dass die Verwendung vorwiegend nationaler

³⁹ Eine verlässliche Aussage lässt sich zu diesem Punkt nicht treffen, da die korrigierten Schriftsätze mit den Bemerkungen der Juroren auch nach Ende des Wettbewerbs bei der ELMCS verbleiben. Eine ordnungsgemäße Bearbeitung der formalen Gesichtspunkte wirkt sich jedenfalls nicht nachteilig auf das Gesamtergebnis aus.

⁴⁰ Vgl. ELMC Rules, Annex A, 3. b).

⁴¹ Zu nennen wäre hier zum Beispiel der Klassiker *Craig/De Burca*, EU law, 3. Auflage, Oxford 2003.

Literatur Rückschlüsse auf die Identität eines Teams zulässt.⁴² Die Offenbarung der Identität eines Teams ist in den Strafvorschriften des Reglements mit Punktabzug belegt.⁴³ Unabhängig davon, ob die Verwendung sanktioniert wird oder nicht, kann damit der Grundsatz der Anonymität⁴⁴ verletzt werden, der – neben anderen Maßnahmen der ELMCS⁴⁵ – die Neutralität des Wettbewerbs gewährleisten soll. Nach Möglichkeit sollte daher auf europaweit verbreitete Literatur in einer der beiden Wettkampfsprachen zurückgegriffen werden.

Sprachliche Aspekte bestimmen auch die letzte Entscheidung, die die Teams vor der Einsendung der Schriftsätze treffen sollten. Gemäß Reglement besteht ein Schriftsatz aus der Argumentation von maximal fünfzehn und einer Zusammenfassung von zwei Seiten in „der anderen Wettkampfsprache“. Daraus lässt sich herleiten, dass die Teams in der Wahl der Sprache für ihre Argumentation grundsätzlich frei sind und von einem einheitlichen Sprachgebrauch in der Argumentation ausgegangen wird.⁴⁶ Dem Regelwerk ist zudem an keiner Stelle zu entnehmen, dass eine der Sprachen gegenüber der anderen bevorzugt wird. Bei der Sprachentscheidung kann man sich daher an pragmatischen oder auch taktischen Erwägungen orientieren. Den Vorzug sollte die Sprache genießen, in der sich ein Team – oder auch ein Teil-Team aus *Claimant* oder *Defendant* – am Sichersten fühlt. Aus taktischen Erwägungen könnte es jedoch interessant sein, einen Schriftsatz in englischer und den anderen in französischer Sprache zu verfassen, um die sprachliche Bandbreite eines Teams darzustellen. Dies würde aber voraussetzen, dass beide Schriftsätze gemeinsam bewertet würden. Das Regelwerk legt allerdings nahe, dass beide Schriftsätze unabhängig von einander begutachtet werden. Die Erfahrung hat im Gegenteil gezeigt, dass auch während der mündlichen Runden das Gros der Konversation mit den Richtern in englischer Sprache erfolgte. Englisch-sprachige Schriftsätze kommen den Richtern daher in den meisten Fällen entgegen. Auch ein genereller „Französisch-Bonus“⁴⁷ lässt sich in der schriftlichen Runde nicht ausmachen. Den pragmatischen Erwägungen sollte hier der Vorzug gewährt werden. Schließlich ist es dringend zu empfehlen, die Schriftsätze von Muttersprachlern auf ihre orthografische und sprachliche Richtigkeit durchsehen zu lassen.

⁴² Das mag bei deutscher Literatur noch zu vertreten sein, da in der Regel mehrere Teams aus Deutschland teilnehmen. Bei Teams aus kleineren Staaten (man denke nur an Estland, Litauen und Lettland) lassen sich bei entsprechender Zitierung ohne weiteres zuverlässige Rückschlüsse ziehen.

⁴³ Vgl. ELMC Rules, Annex A 3. c). Der Punktabzug stellt selbstverständlich zur – in anderen Fällen schnell erfolgenden – Disqualifikation ein vergleichsweise mildes Mittel dar.

⁴⁴ Vgl. ELMC Rules, IV. (Overriding Principles) 13. (Anonymity).

⁴⁵ Auch während der Regionalfinale dürfen die Teams ihre Universitätszugehörigkeit gegenüber den Richtern nicht offenbaren, es wird vielmehr mit einer Buchstaben-ID nach dem Muster A-Z gearbeitet.

⁴⁶ Ebenso: König, Christian, „European Law Moot Court 1999/2000 vor dem EuGH in Luxemburg“, JURA 2001, S. 63, 64.

⁴⁷ Der dafür aber in den mündlichen Runden stark zum Tragen kommt. Siehe dort.

Bei rechtzeitiger Information sind Mitarbeiter an den international ausgerichteten Lehrstühlen dazu gern bereit.⁴⁸ Auch der Abgabetermin der Schriftsätze ist strikt einzuhalten, da hier wiederum selbst bei geringsten Abweichungen empfindliche Punktstrafen bis hin zur Disqualifikation drohen.⁴⁹

Inwieweit bei der Erarbeitung der Schriftsätze auf Hilfe außerhalb des Teams zurückgegriffen werden darf, ist genau geregelt.⁵⁰ Jede Beratung, die über eine generelle Diskussion einer Rechtsfrage oder Hinweise auf Literatur hinausgeht, ist untersagt. Diese Einschränkung gilt auch für den *Coach* und den betreuenden Lehrstuhl.⁵¹ Die Bekanntgabe der 48 Teams, welche sich für die nächste Runde qualifiziert haben, erfolgt am 15. Januar eines jeden Jahres.

4. Vorbereitung auf die Hearings/Plädoyers

Der ELMC misst der mündlichen Phase des Wettbewerbs im Verhältnis zum schriftlichen Teil den größeren Stellenwert bei. Bei der Bewertung der Teams werden in den mündlichen Verhandlungen die Schriftsätze nur noch herangezogen, um eine Entscheidung bei Punktgleichheit herbeizuführen.⁵² Die Argumentation in den Plädoyers ist zudem nicht auf den Inhalt der Schriftsätze beschränkt, sondern darf über diese hinausgehen.⁵³ Der mündliche Wettbewerb führt weiterhin zu einer größeren Diversifizierung, die sich z. B. in der nun neu einzunehmenden Rolle des Generalanwalts bzw. Kommissionsvertreters ausdrückt. Etwas misslich ist natürlich der Umstand, dass die Vorbereitung in der Ungewissheit über die Qualifikation stattfinden muss. Gerade der mündliche Teil des Wettbewerbs ist ohne sorgfältiges Training nicht erfolgreich zu bewältigen.

Wie von den Schriftsätzen gewohnt, enthält das Reglement ausführliche Anweisungen auch zum mündlichen Wettbewerb.⁵⁴ Den besten Ausgangspunkt bei der Frage, was von den Teams bei den mündlichen Runden erwartet wird, bieten wiederum die Bewertungsregeln. Sie sind im Annex B des Reglements aufgeführt.⁵⁵ Für die mündlichen Runden sind pro Rolle insgesamt maximal 30 Punkte zu vergeben. Der größte Anteil der Punkte entfällt

⁴⁸ Unterstützung in Sprachfragen ist ausdrücklich zugelassen. Vgl. ELMC Rules, IV.14.1.

⁴⁹ Vgl. ELMC Rules, Annex A, 3. a). Ein Tag Verspätung: Abzug von zwei Punkten, zwei Tage: vier Punkte Abzug, drei Tage: Disqualifikation.

⁵⁰ Vgl. ELMC Rules, IV.14.

⁵¹ Dessen Unterstützung kommt jedoch große Bedeutung zu: Vgl. nur Lang, *Andrej/Bühring, Ferry*, a.a.O., S. 792. Zurückhaltend: König, *Christian*, a.a.O., S. 63, 65.

⁵² Vgl. ELMC Rules, Annex B, 1. b).

⁵³ Vgl. ELMC Rules, VI. 24.

⁵⁴ Vgl. ELMC Rules, VI.18. ff. und Annex B.

⁵⁵ Vgl. ELMC Rules, Annex B, 2.

hier auf die von den Schriftsätzen bekannten Kriterien schlüssige rechtliche Bewertung und Argumentation sowie Präsentation und Überzeugungskraft mit jeweils zehn Punkten. Weitere vier Punkte werden für den Einsatz von Fremdsprachen gewährt. Für Französisch und Englisch werden Nicht-Muttersprachlern jeweils bis zu zwei Punkte angerechnet.⁵⁶ Weitere sechs Punkte werden für Replik und Erwiderung vergeben. Diese Punkte entfallen bei den Generalanwälten und Kommissionsvertretern, da ihnen keine Pflicht zur Erwiderung auferlegt ist. Die Punkte aller Rollen werden in der Vorrunde des Regionalfinales zusammengezählt und bilden die Gesamtpunktzahl, die für das Vorrücken in das Halbfinale maßgeblich ist.⁵⁷

Bevor mit dem Aufbau der Plädoyers begonnen wird, sollte innerhalb des Teams die Verteilung der Rollen vorgenommen werden. Insgesamt sind die drei bereits mehrfach genannten Rollen, Kläger, Beklagter, Generalanwalt bzw. Kommissionsvertreter zu vergeben.⁵⁸ Zu den Rollen Klägerin und Beklagte ist nicht viel Ergänzendes hinzuzufügen. Ihre Funktion ist die Wahrnehmung der bereits in den Schriftsätzen ausgearbeiteten Interessen der jeweiligen Parteien. Anders sieht es beim Generalanwalt bzw. beim Kommissionsvertreter aus. Diese Rolle ist weitgehend unabhängig von den beiden anderen Parteien und steht in einem eigenen Wettbewerb mit den Generalanwälten und Kommissionsvertretern der anderen Teams.⁵⁹ Ausgeschiedene Vertreter dieser Rolle können, wenn sich das übrige Team für die nächste Runde qualifiziert hat, ohne weiteres als *Claimant* oder *Defendant* auftreten.⁶⁰ Die Beschreibung der Aufgaben der Rolle ist im Reglement sehr knapp gehalten. Den Anweisungen lässt sich nur entnehmen, dass der Vertreter die „Meinung des *Advocate General* oder des *Commission Representative* wahrnehmen und [bei seinem Plädoyer] die Argumente der Parteien beachten soll“⁶¹. Dem Vertreter kommt damit eine verhältnismäßig neutrale und unabhängige Rolle zu: Beim Generalanwalt ist dies naturgemäß die Bewahrung der Gemeinschaftsinteressen. Beim Kommissionsvertreter gilt grundsätzlich der gleiche Ansatz. Argumente für die mutmaßliche Position der Kommission lassen sich aus Grün- und Weißbüchern, sowie den Entscheidungen der Kommission zu Streitfragen erarbeiten. Im Gegensatz zum Generalanwalt ist er jedoch

⁵⁶ Vgl. ELMC Rules, Annex B, 2 d). Ein Punkt für den Einsatz der Sprache, zwei Punkte bei fließender Verwendung.

⁵⁷ Vgl. ELMC Rules, VI.31.1.

⁵⁸ Vgl. ELMC Rules, VI.21.1. ff.

⁵⁹ Das Abschneiden von *Claimant* und *Defendant* wirkt sich auf den *Advocate General* und den *Commission Representative* grundsätzlich nicht aus. Er wird getrennt bewertet. Die Repräsentanten dieser dritten Rolle durchlaufen einen eigenen Wettbewerb (Vgl. ELMC Rules, VI.22.3.). Umgekehrt hat die Leistung des Generalanwalts bzw. Kommissionsvertreters Einfluss auf die Qualifikation des Teams in der Vorrunde, da auch dessen Punkte bei der Bildung der Gesamtpunktzahl berücksichtigt werden (Vgl. ELMC Rules, VI.31.1).

⁶⁰ Vgl. ELMC Rules, VI.22.3, VI.22.7.

⁶¹ Vgl. ELMC Rules, VI.22.1.

stärker an die Rechtsauffassung gebunden, die die Kommission in Präzedenzfällen vertreten hat.⁶² Welche der beiden Rollen ein Team im Regionalfinale zu übernehmen hat, wird erst mit der Zulassung zum Regionalfinale mitgeteilt.⁶³

Der Modus bei der Zuteilung der Rollen ist in das Belieben des Teams gestellt. Es empfiehlt sich jedoch, die Rolle des Kläger- und Beklagtenvertreters an das jeweils sprachlich stärkste Teammitglied der Schriftsatzgruppe vergeben. Von den verbleibenden Teammitgliedern übernimmt eines die Rolle des *Advocate General* und das andere die des *Commission Representative*. Beide unterstützen ihre Schriftsatzteamkollegen bei der Abfassung der Kläger-/Beklagtenplädoyers und tauschen sich der bei der Abfassung ihrer eigenen Plädoyers aus. Sie bilden damit das wichtige Bindeglied zwischen Kläger- und Beklagtenseite. Die Entscheidung welches der beiden Teammitglieder in der Vorrunde plädieren darf, ist damit der zufälligen Entscheidung durch die Organisatoren überlassen. Da der mündliche Wettbewerb auf Teams mit drei Mitgliedern zugeschnitten ist⁶⁴, ist die Rolle des vierten Mitglieds undankbar, da es nur zum Zug kommt, wenn die nächste Runde erreicht wird oder eines der Mitglieder ausfällt.⁶⁵

Der Aufbau der Plädoyers orientiert sich am Ablauf einer Anhörung. Das Eröffnungsplädoyer hält die Klägerseite. Anschließend antwortet die Beklagtenseite mit ihrem Plädoyer. Beiden Parteien wird daraufhin die Möglichkeit der Replik bzw. der Erwiderung eingeräumt. Abschließend plädiert der Generalanwalt bzw. Kommissionsvertreter.⁶⁶ Der zeitliche Rahmen für die Plädoyers beträgt bei *Claimant* und *Defendant* jeweils fünfzehn Minuten, die des *Advocate General* bzw. des *Commission Representative* zehn Minuten. Für *Reply* und *Rejoinder* stehen den Parteien mit Ausnahme des *Advocate General/Commission Representative* jeweils weitere fünf Minuten bzw. in den Ausscheidungsrunden bis zu zehn Minuten zur Verfügung.⁶⁷ Mit Einverständnis der Richter darf die Redezeit zugunsten einer Partei um bis zu fünf Minuten verlängert werden. Eine Verlängerung wird jedoch in gleichem Maße auch der gegnerischen Partei gewährt.⁶⁸ Die Plädoyers der Kläger- und Beklagtenseite können aus den entsprechenden Schriftsätzen aufgebaut werden. Im Hinblick auf den eingeschränkten Zeitrahmen sollte

⁶² Vgl. auch Lang, *Andrej/Bühning, Ferry*, a.a.O., S. 792.

⁶³ Vgl. ELMC Rules, VI.21.2.

⁶⁴ Vgl. ELMC Rules, VI.21.6.

⁶⁵ Ebd.

⁶⁶ Vgl. ELMC Rules, VI.26.2.

⁶⁷ Vgl. ELMC Rules, VI.26.1.

⁶⁸ Vgl. ELMC Rules, VI.28. Die Vorschrift muss dahingehend ausgelegt werden, dass dem *Defendant* nur eine geringfügige Ausdehnung seiner Redezeit gewährt werden kann, wenn der Vorredner der *Claimant*-Seite in der regulären Zeit plädiert hat. In den Finalrunden wird die zeitliche Begrenzung von den Richtern teilweise sehr großzügig gehandhabt. Plädoyers können dann deutlich länger als 30 Minuten dauern.

ein Plädoyer so ausgelegt werden, dass die wesentlichen Thesen und Argumente innerhalb der regulären Redezeit vorgetragen werden können. Auch beim Aufbau der Plädoyers ist der in den Schriftsätzen gewählte Stil von These – Argument beizubehalten. Große Bedeutung kommt einleitenden Formulierungen zu, die den Richtern Orientierungspunkte im Plädoyer bieten. Es empfiehlt sich, nach der Begrüßung der Richterbank, die zu behandelnden Themen des Plädoyers vorzustellen und dabei die Beweisrichtung vorzugeben.⁶⁹ Anhand einer solchen „Roadmap“ wird dann die Argumentation entwickelt und mit einem Appell an das Gericht beschlossen.

Während der gesamten Dauer des Plädoyers gestattet das Reglement den Richtern, den Vortrag zu unterbrechen und Fragen zu stellen.⁷⁰ Die Zeit für die Fragestellung wird zwar bei der Zeitmessung außer Acht gelassen⁷¹, die Beantwortung der Frage geht jedoch wieder zu Lasten des Zeitkontos. Mit zunehmendem Fortgang des Wettbewerbs sollte eine höhere Zahl von Zwischenfragen eingeplant werden und die Plädoyers entsprechend flexibel aufgebaut sein. Der Fokus der Zwischenfragen ist nur in der Vorrunde der Regionalfinale auf Fragen zum Fall begrenzt. In den nächsten Runden kann über die Grenzen des Falles deutlich hinausgegangen werden. Das Konzeptpapier sollte so gestaltet sein, dass auch nach stark abschweifenden Fragen eine nahtlose Rückkehr zum Thema des Plädoyers möglich ist. In der Replik und der Erwiderung sollen die Argumente der Gegenseite aufgegriffen und entkräftet werden.⁷² Dieser Teil ist schwieriger als das Plädoyer, da hier eine Auseinandersetzung mit den Argumenten der Gegenseite erwartet wird. Hilfreich ist an dieser Stelle ein „Baukastensystem“ aus vorgefertigten Gegenargumenten, die gezielt gegen schwache Argumente der Gegenseite angeführt werden. Das Einüben dieser Methodik ist eine der größten Herausforderungen bei der Vorbereitung auf die mündlichen Runden.

Der Vortrag des *Advocate General* bzw. des *Commission Representative* darf ebenfalls von Fragen der Richter unterbrochen werden. Im Gegensatz zu seinen Kollegen kann sich der Vertreter dieser Rolle aus den Argumenten beider Seiten bedienen. Da zudem *Reply* und *Rejoinder* entfallen und das Plädoyer kürzer ist, ist diese Rolle während der Plädoyers nicht ganz so anspruchsvoll. Dafür ist die Rolle im Wettbewerb jedoch auch auf sich allein gestellt.

⁶⁹ Indem z. B. zum Ausdruck gebracht wird, dass eine bestimmte Vorschrift anwendbar/unanwendbar, erfüllt/nicht erfüllt ist, etc.

⁷⁰ Vgl. ELMC Rules, VI.29.1.

⁷¹ Vgl. ELMC Rules, VI.29.4.

⁷² Dabei ist es nicht gestattet, inhaltlich über den Vortrag der Gegenseite hinaus zu gehen. Vgl. ELMC Rules, VI.25.1.

Es ist sehr wichtig, während der Proben ein Gefühl für die bereits verstrichene Zeit zu entwickeln und rechtzeitig zum Schluss zu kommen. Während der Plädoyers wird die Zeit gemessen und die verbleibende Redezeit mit Tafeln angezeigt.⁷³ Um die volle Punktzahl bei den Plädoyers auszuschöpfen, sollte der Vortrag in etwa zu gleichen Teilen in englischer und französischer Sprache und völlig frei gehalten werden.⁷⁴ Abgelesene und einsprachige Plädoyers machen es den Richtern leicht, Teams aus dem Wettbewerb auszusortieren. Die Situation ist hier gänzlich anders als bei den Schriftsätzen. Während der Testrunden hat es sich bewährt, die Plädoyers mit einer Videokamera aufzuzeichnen und anschließend zu begutachten. Diese „Screenings“ sind außerordentlich hilfreich dabei, Schwächen in Gestik und Mimik zu entdecken. Damit sollte sehr früh begonnen werden, da viele Angewohnheiten erst ganz allmählich zu verschwinden. Während der Plädoyers dürfen *Claimant* und *Defendant* mit Ausnahme des *Advocate General/Commission Representative* auf Beratung zurückgreifen. Die Beratung darf wiederum nur durch Teammitglieder erfolgen. Auch hiervon ist der *Advocate General/Commission Representative* ausgeschlossen.⁷⁵ Die Beratung ist sehr nützlich bei der Vorbereitung von *Reply* oder *Rejoinder*. Bei Fragen der Richter kann der *Counsel* zulässige Materialien⁷⁶, wie z.B. Gesetzestexte oder Urteile anreichen.

Nach den eigenen Übungsrunden organisiert der betreuende Lehrstuhl in der Regel Testwettkämpfe mit Teams von anderen Universitäten, die auch in der Vorbereitung auf den *Moot Court* stehen. Nach diesen Testwettkämpfen findet an der heimischen Universität regelmäßig eine öffentliche Proberunde vor großem Publikum statt. Selbst wenn die Qualifikation des Schriftsatzes nicht gelingt, schließt der *Moot Court* mit diesem Höhepunkt ab.

5. Der Wettkampf/Austragungsorte

Als besonderes Merkmal des ELMC kann gelten, dass die mündlichen Wettbewerbe – abgesehen vom Finale in Luxemburg – in jedem Jahr an anderen attraktiven Veranstaltungsorten stattfinden. Die Regionalfinale der Runde 2006/07 werden z. B. in Kiew, Maastricht, Pécs und Zagreb ausgerichtet.⁷⁷ Zu welchem Regionalfinale ein Team

⁷³ Vgl. ELMC Rules, VI.27.1.

⁷⁴ Die Verwendung beider Sprachen wird besonders stark honoriert. Vgl. ELMC Rules, VI.30.1., 34.1. Die nächste Runde haben im Wettbewerb 2004/05 nur Teams erreicht, die in beiden Sprachen gleichermaßen stark waren.

⁷⁵ Vgl. ELMC Rules, VI.23.

⁷⁶ Eine Liste der zulässigen Materialien findet sich in ELMC Rules, VI.34. bzw. eine Liste ausgeschlossener Hilfsmittel in VI.35.

⁷⁷ Ausrichter der vergangenen Regionalfinale (soweit recherchierbar): 2005/06 Boston, Dublin, Ljubljana und Bratislava, 2004/05 New York, Göteborg, Madrid und Istanbul, 2003/04 Lissabon, Paris, Madrid und Wilna, 2002/03 Lissabon, Helsinki, Bratislava und Riga, 2001/02 Lissabon, Basel, Köln und San Francisco,

geschickt wird, entscheiden die Organisatoren nach den verfügbaren Plätzen, den Ergebnissen der Schriftsätze und geografischen Kriterien.⁷⁸ Da die Reisekosten⁷⁹ je nach Ziel einen studentischen Geldbeutel stark strapazieren können, empfiehlt es sich, um die Unterstützung von Sponsoren zu werben. Vor der Abreise zum Regionalfinale sollte die Arbeit an den Plädoyers abgeschlossen sein, da zwischen den Verhandlungen kaum Zeit bleibt, auf den Hotelzimmern weiter daran zu feilen.

Das eigentliche Regionalfinale erstreckt sich über drei Tage. Anlässlich eines gemeinsamen Empfangs am Anreiseabend werden die Teams von der Universität willkommen geheißen und haben Gelegenheit, sich gegenseitig kennen zu lernen. Der eigentliche Wettbewerb beginnt erst am zweiten Tag mit den Vorrunden. Über den ganzen Tag verteilt, finden die zwölf Verhandlungen statt. Das Gericht teilt sich dazu in zwei Kammern, die jeweils gleichzeitig tagen.⁸⁰ Insgesamt werden sechs Runden von jeweils einer Stunde Dauer mit parallelen Verhandlungen durchgeführt. *Claimant*, *Defendant* und *Advocate General* bzw. *Commission Representative* eines Teams werden unterschiedlichen Verhandlungen zugewiesen. In der Vorrunde nimmt ein Team daher an drei unterschiedlichen Verhandlungen teil. *Scouting*, d. h. das Auskundschaften anderer Mannschaften, wird dadurch verhindert, dass Betreuer und Mitglieder anderer Teams bei den Verhandlungen nicht zugelassen sind.⁸¹ Je nach Räumlichkeit finden die Vorrunden vor recht kleinem Publikum statt. Die Konzentration gilt dem mit mindestens drei hochkarätigen Richtern⁸² besetzten Tribunal. Einer der Richter sitzt dem Gericht als Präsident vor und führt durch die Verhandlung, indem er die Teilnehmer um ihre Wortbeiträge bittet. Während der Plädoyers dürfen alle Richter den Vortragenden mit Fragen unterbrechen. Sollte man eine Frage nicht richtig verstanden haben, kann man den Richter höflich bitten, diese zu wiederholen. Da Fragen der Richter nicht zur Redezeit gezählt werden,⁸³ ist dies für das Zeitkonto des Plädoyers nicht schädlich. Ein direkter Schlagabtausch zwischen den Parteien findet nicht statt. Die Verhandlung endet mit dem Plädoyer des Generalanwalts

2000/01 Durham, Maastricht, Tallinn und Lissabon, 1999/00 Toulouse, Leiden, Uppsala und Budapest, 1998/99 Kopenhagen, Edinburgh, Heidelberg und Tartu. 1997/1998 Berlin, Prag, Turku und Thessaloniki. 1991/92 Lissabon und Dublin.

⁷⁸ Vgl. ELMC Rules, VI.19.1. Das größte Gewicht dürften dabei die Schriftsatzergebnisse haben. Da nur jeweils ein Team eines jeden Regionalfinales in das gesamteuropäische Finale einziehen kann, werden die stärksten Teams auf unterschiedliche Regionalfinale verteilt werden. Soweit die Jahresberichte (s.o. Fn. 12) Rückschlüsse auf die Zusammensetzung der Regionalfinale zulassen, wird unter geografischen Kriterien verstanden, mehrere Teams des gleichen Landes in einem Regionalfinale zu vermeiden.

⁷⁹ Die ELMCS wird von Sponsoren unterstützt. Die Teilnahmegebühr für die Regionalfinale 2004/2005 betrug einheitlich 250 € pro Teilnehmer und beinhaltete drei Übernachtungen sowie ein Gala-Dinner. Zusätzlich fielen weitere Kosten für Verpflegung und die Anreise an.

⁸⁰ Vgl. ELMC Rules, VI.20.4.

⁸¹ Vgl. ELMC Rules, VI.35.1.

⁸² Vgl. ELMC Rules, VI.20.4., II.8.2.

⁸³ Vgl. ELMC Rules, VI.29.4.

bzw. des Kommissionsvertreters. Wie die Richter den Fall entscheiden würden, erfährt man nicht, da kein Urteil gesprochen wird. Die Ergebnisse der Verhandlungen werden notiert und noch am gleichen Abend vor dem Abendessen verkündet. Damit stehen auch die Teams fest, die sich für das Halbfinale und Finale am kommenden Tag qualifiziert haben.

Am dritten und letzten Tag finden vormittags die vier Halbfinalrunden und nachmittags das große Finale und die Abschlusszeremonie statt. Im Finale stehen sich vor großem Publikum die beiden im Halbfinale erfolgreichen Teams gegenüber. Der beste *Advocate General* und *Commission Representative* werden bereits anhand der Punkte im Halbfinale ermittelt. Anders als in den Vorrunden sind im Finale allgemeine Fragen zum Europarecht zulässig.⁸⁴ Die Richter machen von dieser Möglichkeit regen Gebrauch. Es kann vorkommen, dass ein Finalplädoyer bereits nach den ersten Sätzen von einer Frage unterbrochen wird. Dieses Verhalten führt auch dazu, dass ein Plädoyer im Finale statt der üblichen fünfzehn Minuten über eine halbe Stunde dauern kann. Nach dem Finale ziehen sich die Richter zur Beratung zurück. Anschließend findet die Ehrung der Sieger und aller Teilnehmer des Regionalfinales statt. Der Tag klingt mit einem großen Gala-Dinner am Abend aus. Das Sieger-Team kann sich für das große gesamteuropäische Finale⁸⁵ rüsten. Das Finale in Luxemburg verläuft nach den gleichen Regeln, wie die Regionalfinale,⁸⁶ mit dem Unterschied, dass es in den Räumlichkeiten des EuGH stattfindet und auf der Richterbank nun Richter des Gerichtshofs und des Gerichts 1. Instanz sitzen. Da nur vier Teams zum Finale anreisen, ist die Atmosphäre etwas privater als auf den Regionalfinalen mit ca. 100 Beteiligten pro Austragungsort. Nach der Halbfinal- und Finalverhandlung wird das Siegerteam gekürt.

6. Die Auszeichnungen/Preise

Alle Teilnehmer der mündlichen Runden des ELMC-Moot Courts erhalten für ihre erfolgreiche Teilnahme Urkunden und ein T-Shirt mit dem Logo und Jahrgang des Wettbewerbs. Neben diesen Urkunden gibt es für besondere Leistungen fünf weitere Auszeichnungen: Dem Team mit der höchsten Punktzahl in den Schriftsätzen wird der *Best Written Pleadings Award* verliehen.⁸⁷ Mit dem Preis ist eine Einladung zum gesamteuropäischen Finale und die Veröffentlichung im Jahresbericht der ELMCS verbunden.

⁸⁴ Vgl. ELMC Rules, VI.29.3.

⁸⁵ Eine kurze Schilderung enthält: *Rinze, Jens*, a.a.O., S. 613, 614; Ausführlicher: *Otto, Sabine/Graf, Leoni/Wemhoff, Annika/Walzel, Daisy/Wortmann, Daniel*, „European Law Moot Court (ELMC) Wintersemester 2005/06“, <http://www.europarecht.uni-koeln.de/htdocs/bin/lehre/10052006/ELMC-Erfahrungsbericht.pdf>.

⁸⁶ Vgl. ELMC Rules, VII.37.1.

⁸⁷ Vgl. ELMC Rules, VIII.38. Preisträger (soweit recherchierbar): 2001/02 Köln, 2000/01 Stockholm.

Der *First* und *Second Best Speaker Award*⁸⁸ wird den Teilnehmern verliehen, die aus mindestens drei Runden des Wettbewerbs – von denen wenigstens eine in Luxemburg stattgefunden haben muss – die höchste bzw. zweithöchste Durchschnittspunktzahl erzielt haben. Die besten Sprecher werden zusätzlich mit Praktika bei einer europäischen Institution oder Großkanzlei belohnt. Mit dem *Best Advocate General/Commission Representative Award*⁸⁹ zusammen mit einem der Praktika wird der Teilnehmer mit der höchsten Punktzahl im Finale in Luxemburg ausgezeichnet. Dem Siegerteam wird von den Siegern des Vorjahres der *Moot Court Cup*⁹⁰ verliehen, der für ein Jahr an der Heimatuniversität des Teams verbleibt. Auch die Gesamtsieger werden mit Praktika belohnt. Für besondere Leistungen wird der *Special Achievement Award*⁹¹ verliehen, der auch in den Regionalfinalen vergeben werden kann.

7. Persönliche Eindrücke

2004/05 hat die Universität Osnabrück erstmals mit einem Team⁹² am ELMC teilgenommen. Bei der Vorbereitung stand uns die Erfahrung von Professor Dr. *Oliver Dörr* zur Seite, so konnten wir auch auf ein Probe-Hearing mit dem Berliner Team im Dezember zurückgreifen. Als im Januar für uns überraschend die Nachricht kam, dass wir uns bereits im ersten Anlauf für den mündlichen Wettbewerb qualifiziert hatten, sahen wir uns schon am Ziel unserer Wünsche. Diese Freude wurde noch übertroffen, als der Ort des Regionalfinales feststand: Von allen Austragungsorten war uns ausgerechnet der attraktivste, New York, zugewiesen worden. Dank der großzügigen Unterstützung durch das IfMOS⁹³ und die Schindhelm Rechtsanwalts-gesellschaft konnten dafür die Reisekosten gedeckt werden.

Ausrichter des New Yorker Regionalfinales war die *School of Law*⁹⁴ der *New York University* im Süden von Manhattan. Der Wettbewerb lief im überwältigenden Luxus einer anglo-amerikanischen Universität ab: Die Teilnehmer wurden am Abend der Anreise in der klassizistischen *Vanderbilt Hall* der Universität zum Empfang geladen. Die Verhandlungen fanden im neu errichteten *Furman Building*-Hochhaus mit einem Panoramablick

⁸⁸ Vgl. ELMC Rules, VIII.39.

⁸⁹ Vgl. ELMC Rules, VIII.40. Preisträger (soweit recherchierbar): 2002/03 Kopenhagen und Natolin, 2001/02 Maastricht, 2000/01 Maastricht.

⁹⁰ Vgl. ELMC Rules, VIII.41. Gesamtsieger der letzten sechs Jahre: 2005/06 Maastricht, 2004/05 Harvard, 2003/04 Stockholm, 2002/03 The Honourable Society of the Inner Temple, 2001/02 Maastricht, 2000/01 Stockholm.

⁹¹ Vgl. ELMC Rules, VIII.42.

⁹² Das Moot Court Team 2004/05, Daniela Heinemann, Catarina Meyer-Bolte, Michael Betzinger und Andreas Leonhardt wurde geocoached von Anita Schmitz. Das Moot Court Team 2005/06 konnte sich leider nicht für den mündlichen Wettbewerb qualifizieren.

⁹³ Institut für Mittelstandsfragen an der Universität Osnabrück.

⁹⁴ <http://www.law.nyu.edu/>.

über die Dächer der angrenzenden Gebäude hinweg statt. Das hoch spannende Finale zwischen Loewen und dem späteren Gesamtsieger Harvard wurde im *Lester Pollack Colloquium Room* im Dachgeschoß des Gebäudes entschieden, nur um dann in ein grandioses Festessen in der *Lipton Hall* der Universität zu münden. Unvergessen ist der anschließende Gesangswettbewerb, bei dem jede Nationalität ein Lied aus ihrer Heimat vortrug und manchmal der ganze Saal einstimmte. Auch wenn die eigene Teilnahme am ELMC bereits einige Zeit zurückliegt, wirken die Eindrücke des Regionalfinales in New York noch immer nach.⁹⁵

IV. Fazit

Die Teilnahme an einem internationalen *Moot Court* ist ein herausfordernder, aber zugleich auch ein ungeheuer bereichernder Ausflug in das internationale Recht. Für die Teilnehmer bleibt die *Moot Court*-Teilnahme eines der prägendsten Erlebnisse ihres Studiums. Die einmalige Atmosphäre eines *Moot Courts* möchte kein Teilnehmer trotz aufopferungsvoller Vorbereitungszeit mehr missen.

Bei der Auswahl des richtigen *Moot Courts* sollte beachtet werden, dass sowohl der *Vis Moot* als auch der ELMC unterschiedliche Schwerpunkte setzen. Dabei geht es nicht nur um völlig unterschiedliche Rechtsgebiete, sondern auch um ein anderes Wettkampfprozedere. Der *Vis Moot* bietet durch eine unabhängige Bewertung der schriftlichen und mündlichen Leistungen gleichwertige Chancen in beiden Bereichen. Zur Teilnahme an den mündlichen Runden beim ELMC wird nur zugelassen, wer sich unter die besten 48 Teams der schriftlichen Runde qualifizieren konnte.

In Anspruch und Anforderungen sind beide *Moot Courts* ebenbürtig. Die Entscheidung für oder gegen einen der beiden Wettbewerbe sollte nach der eigenen Begeisterungsfähigkeit für das jeweilige Rechtsgebiet getroffen werden. Wer über gute Französischkenntnisse verfügt und das geringfügig höhere Risiko nicht scheut, sollte in Betracht ziehen, sich für den ELMC zu bewerben. Gleich, wie die Entscheidung ausfällt: Vor den künftigen *Mooties* liegt eine aufregende Zeit.

⁹⁵ Informationen zum ELMC in Osnabrück finden sich auch auf der Homepage des Lehrstuhls unter: <http://www.jura.uos.de/prof/doerr/ELMC/Allg.%20Info.htm>.

Veröffentlichungen 2006*

aus dem European Legal Studies Institute

von Bar, Christian

- Besprechung der 59. Nachlieferung zum Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht in: StAZ 2006, 84-85
- Principles of European Law (Study Group on a European Civil Code). Benevolent Intervention in Another's Affairs (PEL Ben.Int.), München: Sellier European Publishers, Brussel: Bruylant, Berne; Stämpfli 2006, XXX, 417 S. Auch erschienen bei Oxford University Press 2006.
- Besprechung der 60. Nachlieferung zum Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht in: StAZ 2006, 154
- Ausländisches Privat- und Privatverfahrensrecht in deutscher Sprache. Systematische Nachweise aus Schrifttum, Rechtsprechung und Gutachten 1990-2006. 6. Aufl. Köln u.a. 2006 (XXXVIII, 607 S.)
- Besprechung der 61. Nachlieferung zum Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht in: StAZ 2006, 214-216
- The Principles of European Law on Benevolent Intervention in Another's Affairs and on Unjustified Enrichment in: ERA-Forum. Scripta iuris europaei 2/2006, 195-219
- Nachrichten aus dem Institut in: IJVO 12 (2003/05) 57-73

Beysen, Erwin

- Rezension von: Nils Neumann, Bedenkzeit vor und nach Vertragsabschluss. Verbraucherschutz durch Widerrufsrechte und verwandte Instrumente im deutschen und im französischen Recht (Tübingen, Mohr Siebeck, 2005), GPR 2006, 28
- "Corporate Governance im belgischen Gesellschaftsrecht: Vom Corporate Governance Gesetz zum Code on corporate Governance", RIW 2006, 114-122
- "Das Rechtsanwaltshonorar im belgischen Zivilprozess: ein ersatzfähiger Schaden der obsiegenden Prozesspartei?", VersRAI 2006, 59-64
- Anmerkung zu Antwerpen 13.11.2001, GRUR Int. 2006, 612-615

* Eine vollständige und erweiterte Liste der Veröffentlichungen aus dem Institut (nebst Internetveröffentlichungen) erscheint in Kürze auch unter: <http://www.european-legal-studies.org/>.

- Zaakwaarneming, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling* (Eds. E. Forrier e.a.), Antwerpen, Story-Scientia, 181 S.

Dörr, Oliver

- *Europäischer Verwaltungsrechtsschutz*, 2006 (mit Christofer Lenz)
- *Freiheit der Person*, in: R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.), *Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2006
- *Entschädigung und Schadensersatz*, in: R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.), *Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2006
- *Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen und europäischen Verfassungsgerichten*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2006, 1088-1099
- *Das völkerrechtliche Gewaltverbot und die Vereinten Nationen*, in: J. Varwick/A. Zimmermann (Hrsg.), *Die Reform der Vereinten Nationen – Bilanz und Perspektiven*, 2006, 145-165
- *Die Gewährleistung von Gerichtsschutz als menschenrechtliche Verpflichtung*, in: E. Klein (Hrsg.), *Gewaltenteilung und Menschenrechte*, 2006, 129-145
- *Kommunale Infrastrukturförderung unter dem Einfluß von europäischem Beihilfe- und Vergaberecht*, *Kommunaljurist* 2006, 41-46 und 89-94 (mit Daniela Heinemann)
- *Kommentierung der §§ 68-77 des TKG 2004*, in: F.-J. Säcker (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz*, 2006
- *Staatenimmunität als Anerkennungs- und Vollstreckungshindernis*, in: St. Leible/M. Ruffert (Hrsg.), *Völkerrecht und IPR*, 2006, 175-191

Gozzi, Caterina

- *Der Anspruch iure proprio auf Ersatz des Nichtvermögensschadens wegen der Tötung eines nahen Angehörigen in Deutschland und Italien*, Göttingen 2006.
- *Herstellung und Vermarktung von Tabakprodukten als gefährliche Tätigkeit im Sinne des Art. 2050 c.c.?*, *VersRAI* 2006, 41-48

Heinemann, Daniela

- „Kommunale Infrastrukturförderung unter dem Einfluss von europäischem Beihilfe- und Vergaberecht“, , KommJur 2006, 41-46 (Teil 1), 89-94 (Teil 2), (gemeinsam mit Oliver Dörr)
- Rezension von Stein/von Buttler „Völkerrecht“, DVBl 2006, 39
- Rezension von Pütz „Das Beihilfenverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG-Vertrag“, GPR 2006, 40
- Tagungsbericht von der Assistententagung 2006 „Recht und Medizin“, DVBl 2006, 611-613

Herpai, Annamaria

- Rezension: „Peter Zservaniczky: Die Umsetzung der gewährleistungsrechtlichen Vorschriften der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Ungarn und England“, GPR 2006, 125-126

Hünert, Matthias

- Recent case law, ERPL 2006, 239-281
- Recent case law, ERPL 2006, 579-620

Koolhoven, Rosalie und Rohlfing, Sandra

- Kausalitäts- (§ 830 Abs.1 S.2 BGB) und verfahrensrechtliche Probleme bei Massenschäden vor dem Hintergrund neuer Entwicklungen in den Niederlanden, VersRAI 2006, 8-13
- Laufende Berichte in der niederländischen Zeitschrift ‚Kijk op Oost-Nederland‘: Teruggave van onjuiste leveringen en dubbel betaalde rekeningen in het Duitse recht, (161) 2006, 73-75; Langdurige handelsrelaties en Algemene Voorwaarden, (162) 2006, 71-73; Het herroepingsrecht bij ebay-overeenkomsten, (163) 2006, S.83-85; Van internationale overeenkomsten en ongelukken: de accessoire aanknopng, (164) 2006, 86-87; Gebrekkige waren: gebruiksvergoeding bij vervanging?, (165) 2006, 125-127

Leonhardt, Andreas

- "Die ‚Patientenverfügung‘ und ihre zivilrechtliche Beurteilung angesichts der Menschenrechte auf Leben (Art. 2 EMRK) und auf Privatleben (Art. 8 EMRK)“, in: Böllmann / Hemme / Korkmaz / Kühn / Sinn (Hrsg.), Die Menschenrechte als Grundlage für eine gesamteuropäische Rechtsentwicklung und ihr Einfluss auf das Strafrecht, das Öffentliche Recht und das Zivilrecht, Berliner Wissenschaftsverlag: Berlin 2006, 267-278

Marsch, Nikolaus

- Die gläserne Union? Informationsfreiheit auf EU-Ebene, Forum Recht 2006, S. 54 f.

McGuire, Mary-Rose

- Transfer of Title in Moveables Part II – National Report: Germany, Salzburger Studien zum Europäischen Privatrecht Band 17, Frankfurt am Main 2006
- Die Umsetzung der EuBVO im österreichischen Zivilprozessrecht – Der Vorrang der traditionellen Rechthilfe im Spannungsverhältnis mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz, ZJP Int 10 (2005), 81-122 (gemeinsam mit Walter Rechberger)
- Rechtsbehelfe des Schuldners gegen einen Europäischen Vollstreckungstitel, ecolex 1/2006, 83-85
- Die Europäische Beweisverordnung und Österreich, ÖJZ 2006, 829-836 (gemeinsam mit Walter Rechberger)
- Ziel und Methode der Study Group on a European Civil Code, in ZfRV 5/2006, 163-174
- Die geplante Umwandlung des EVÜ in die Rom I-VO, ecolex 5/2006, 441-444
- AIPPI-Landesbericht: Verträge über Schutzrechte des geistigen Eigentums (Übertragung und Lizenzen) und dritte Parteien (Q 190), GRUR Int 2006, 682-696 (gemeinsam mit Ludwig von Zumbusch und Björn Joachim)
- Tagungsbericht: "Zugang und Ausschluss als Gegenstand des Privatrechts" 16.Tagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler in Bremen 2005, ÖJZ 2006, 588-590

- actio negatoria: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht – Anmerkung zu EuGH Rs 343/04 – Land Oberösterreich/CEZ a.s., ecolex 8/2006, 709-712 Anmerkung zu OGH 4.4.2006, 1 Ob 5/06a – Unterlassungsklage gegen AKW, ecolex 8/2006, 648-649
- Schadenersatzanspruch des einfachen Lizenznehmers für entgangenen Gewinn gegenüber einem nicht vertraglich gebundenen Konkurrenten, Cour de Cassation, Comm., pourvoi No. 03-19370 du 5 avril 2005 – Austrian Case Note, ERPL 5-6/2006, 806-816

Rengeling, Hans-Werner

- Föderalismusreform und Gesetzgebungskompetenzen, DVBl Heft 24/2006

Sandstedt, Johan

- Angehörigenschmerzensgeld bei Nichttötung – die neueste Entwicklung in Schweden, VersRAI 2006, 53-58

Schäfer, Friederike

- Rezension von „Stephanie Bode: Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedsstaaten (Baden-Baden: Nomos 2005), GPR 2006, 23
- Die Wahl nicht-staatlichen Rechts nach Art. 3 Abs. 2 des Entwurfs einer Rom-I-VO – Auswirkungen auf das optionale Instrument des europäischen Vertragsrechts, GPR 2006, 54-59

Schmidt-Kessel, Martin

- Handelsrecht – Unternehmensrecht, in: Reiner Schulze / Manfred Zuleeg, Handbuch Europäische Rechtspraxis, Baden-Baden 2006, § 19 (S. 679-724)
- Das Gemeinschaftsrecht des Handelsregisters, GPR 01/2006, 6-17
- Fremde Erfahrungen mit zivilrechtlichen Diskriminierungsverboten, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, Sellier European Law Publishers: München 2006, 53-71

- Methoden des Europäischen Vertragsrechts, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre – Grundfragen der Methoden Europäischen Privatrechts, de Gruyter: Berlin 2006, 309-329
- Supervening Events and Force Majeure, in: Smits, Encyclopaedia of Comparative Law, Edward Elgar Publishing: Cheltenham 2006, 689-698 (zusammen mit Katrin Mayer)
- Privatrechtsangleichung in Europa – Probleme und Perspektiven der Unternehmen, in: Hatje/Terhechte (Hrsg.), Unternehmen und Steuern, EuR-Beiheft 2/2006, 75-89
- Urteilsanmerkung zu BGH-Urteil vom 10. 1. 2006 – XI ZR 169/05, Widerrufsrecht des Verpfänders beim Haustürgeschäft, BGH-Report 2006, 515-516
- Entscheidung über Homo-Ehe vertragen, Bemerkungen zur Entscheidung des EuGH in Sachen Standesamt Stadt Niebüll vom 27. April 2006, Rs. C-96/04, ecollex 2006, 532-533
- Besprechung von Heinz Mayer (Hrsg.): Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, Wien: Manz, Kompletwerk bis 49. Lfg., GPR 2006, 23-24
- Besprechung von Hugues Lainé / Gerd Leutner, Standardvertragsmuster zum Handels- und Gesellschaftsrecht / Contrats types en droit commercial et en droit des sociétés, Deutsch-Französisch / Allemand-Français, Beck / LexisNexis: München / Paris 2005, GPR 2006, 143-144
- Neues aus Brüssel, GPR 2006, 47-51
- Neues aus Brüssel, GPR 2006, 102-104

Schneider, Jens-Peter

- Energiewirtschaft, Energiepolitik, in: Evangelisches Staatslexikon, Neuauflage (4. Aufl.) hrsg. von W. Heun/M. Honecker/J. Haustein/M. Morlok/J. Wieland, Kohlhammer, Stuttgart 2006, Sp. 434-439

Swann, Stephen

- "A Guide to the Principles of European Law on Unjustified Enrichment", [2006] ERA-Forum 234-243

Szczekalla, Peter

- Das Verhältnis zwischen dem Grundrechtsschutz in der EU und in den Mitgliedstaaten, in: Heselhaus / Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 2 II, München / Wien / Bern 2006, 36-55
- Das Verhältnis zwischen dem Grundrechtsschutz in der EU und nach der EMRK, in: Heselhaus / Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 2 III, München / Wien / Bern 2006, 56-72
- Funktionen der Grundrechte, in: Heselhaus / Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 5, München / Wien / Bern 2006, 187-211
- Grundrechtliche Schutzbereiche und Schrankensystematik, in: Heselhaus / Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 7, München / Wien / Bern 2006, 255-305
- Unschuldsvermutung, in: Heselhaus / Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 49, München / Wien / Bern 2006, 1395-1413
- Grenzenlose Grundrechte. Zugleich Besprechung von EuGH, Urteil vom 27.06.2006 – Rs. C-540/03 (Europäisches Parlament / Rat) –, NVwZ 2006, 1019-1021
- Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 30.05.2006 – verb. Rs. C-317/04 und C-318/04 (Europäisches Parlament / Rat und Kommission) –, sowie zu BVerfG, Beschluss vom 04.04.2006 – 1 BvR 518/02 –, DVBl 2006, 896-899
- Der "Schleier des Nichtwissens" im Staatsorganisationsrecht (Anfängerhausarbeit - Öffentliches Recht), JuS 2006, 901-906
- Besprechung von Ralf Poscher: Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit. Jus Publicum Bd. 98. Mohr Siebeck, Tübingen 2003, DVBl. 2006, 824

Publication of the *Study Group on a European Civil Code/Working Group Extra-Contractual Obligations* (European Legal Studies Institute, Osnabrück):

- ,Principles of European Law on Benevolent Intervention in Another's Affairs' prepared by Professor Christian von Bar, chairman of the Working Group. Published by Sellier European Law Publishers (München 2006) in co-operation with Bruylant (Belgium) and Staempfli Publishers (Switzerland).

The participating members of the Working Group (including responsibilities) are:

- Begoña Alfonso de la Riva* (Spanish law, August 1999-August 2003)
- Dr. *Erwin Beysen* (Belgian, French and Luxembourgian Law)
- Dr. *Evlalia Eleftheriadou* (Greek Law)
- Silvia Fedrizzi* (Italian Law, August 1999-October 2000)
- Dr. *Andreas Fötschl* (Austrian Law)
- Dr. *Caterina Gozzi* (Italian Law, since February 2001)
- Lodewijk Gualthérie van Weezel* (Dutch Law, February 2001-August 2002)
- Annamaria Herpai* (Hungarian Law, since October 2003)
- Dr. *María Ángeles Martín Vida* (Spanish Law, since September 2003)
- Dr. *Matthias Hünert* (German Law)
- Stefan Kettler* (Irish Law, November 1999-August 2001)
- Ina El Kobbia* (Scots Law, organisation and minutes for the Co-ordinating Group and the Advisory Council)
- Dr. *Mary-Rose McGuire* (translation, since May 2004)
- Franz Nieper* (Dutch Law, November 1999-October 2000)
- Rosalie Koolhoven* (Dutch Law, since March 2003)
- José Carlos de Medeiros Nóbrega* (Portuguese Law)
- Sandra Rohlfing* (Working Group rapporteur)
- Johan Sandstedt* (Nordic Law since April 2001)
- Mårten Schultz* (Nordic Law, Januar 2000-März 2001) and
- Dr. *Stephen Swann* (Common Law, translation, drafting).

Die *Internationale Juristenvereinigung Osnabrück – IJVO –*

trauert um den Verlust ihres langjährigen Mitglieds,

Professor Dr. Hartmut Linke, der für uns unerwartet am 23. September 2006 verstarb.

Professor Linke hat über viele Jahre die IJVO begleitet. Unvergessen bleiben seine vielen aktiven und inspirierenden Diskussionsbeiträge bei den Vortragsveranstaltungen in Osnabrück.

Wir werden ihn sehr vermissen!

Das Präsidium 2006 der IJVO

Dipl. Jur. Ina El Kobbia, Dr. Mary-Rose McGuire und Jochen Bode



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

Internationale Juristenvereinigung Osnabrück

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