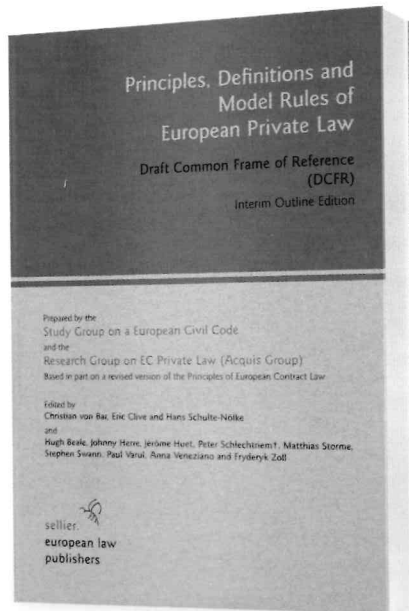


Do not miss
the latest developments



ONLY € 9.90

In this volume the Study Group and the Acquis Group present the first academic Draft of a Common Frame of Reference (DCFR). It is based in part on a revised version of the PECL and contains Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law in an interim outline edition. It covers the Books on contracts and other juridical acts, obligations and corresponding rights, certain specific contracts and non-contractual obligations. One purpose of the text is to provide material for a possible "political" Common Frame of Reference which was called for by the European Commission's "Action Plan on A More Coherent European Contract Law" of January 2003.

INTERNATIONALE JURISTENVEREINIGUNG
OSNABRÜCK

Jahresheft 2007

Yes, I would like to order:

My Address

quantity

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law
Draft Common Frame of Reference (DCFR)
Interim Outline Edition
February 2008. App. 380 pages. Softback
€ 9.90 ISBN 978-3-86653-059-1

.....
.....
.....
.....

Yes, I would like to stay informed about your publications by email. Please send your email newsletter to:

Date, Signature

.....

IJV2008

Free shipping for order value higher than 30 EUR. This order can be cancelled within 2 weeks after reception of goods.

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 14 (2007), S. ...

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

Vertrieb: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück.

© 2008 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

Mit dem vierzehnten Jahresheft der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück (IJVO) hoffen wir Ihnen ein wissenschaftlich aktuelles und interessantes Heft vorzulegen.



Das Jahresheft 2007 umfasst alle Vorträge der Vereinigung aus dem Jahr 2007. Es beginnt mit dem Vortrag von *Dr. Nadjma Yassari*, wissenschaftliche Referentin für das Recht islamischer Länder am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, zur „Vertragsfreiheit im islamischen Recht“; die Autorin gewährt dabei zugleich einen Überblick über islamisches Recht im Allgemeinen.

Darauf folgt in zeitlicher Reihenfolge der Vortrag von *Professor Dr. Dr. h.c. Lajos Vékás* (Eötvös Loránd Universität Budapest), Präsident der ungarischen Gesetzgebungskommission, zu „Grundzügen der ungarischen Privatrechtskodifikation“.

Den Schluss der Vortragsreihe bildet der Beitrag von *Akademischer Rat Dr. Ulrich Schroeter* (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. B.) mit dem Thema „Schaffung und Akzeptanz einheitlichen Privatrechts – Lehren aus der Anwendung des UN-Kaufrechts für ein europäisches Vertragsrecht“.

Ergänzt werden die Beiträge der Vortragsreihe durch drei ausgesuchte Aufsätze: Hier ist zunächst der Beitrag von *Dr. Otmar Stöcker*, Geschäftsführer des Verbandes deutscher Pfandbriefbanken, zur *Eurohypothek* hervorzuheben. Dieser Beitrag steht in engem Zusammenhang mit dem Auftakt der Vortragsveranstaltung der Vereinigung im neuen Jahr 2008 zu dem Thema „Die Sicherung grenzüberschreitender Hypothekengeschäfte – Die Eurohypothek unter Berücksichtigung des deutschen und polnischen Rechts“; für die wir neben dem Autor auch Herrn *Dr. Arkadiusz Wudarski* als Referenten gewinnen konnten.

Wissenschaftlicher Mitarbeiter *Carles Vendrell Cervantes* (Universität Osnabrück/Universität Barcelona) ist Autor des nachfolgenden Aufsatzes „Non-Economic Loss

Arising out of Breach of Contract in Spanish Law“. Schließlich liefert *Moritz Gallenkamp* (Universität Osnabrück) einen kritischen Überblick zur GmbH-Reform in Deutschland.

Allen Referenten und Autoren möchten wir an dieser Stelle herzlich danken.

Unser Dank gilt insbesondere auch den Sponsoren des Jahreshefts 2007: der *Sparkasse Osnabrück* und bereits zum zweiten Male dem *Sellier Verlag* in München und *Dipl. Kfm. Jürgen Beck*, Geschäftsführer der *ComBeck IT Services & Business Solutions*.

Nicht unerwähnt bleiben soll außerdem die Teilnahme von Mitgliedern der IJVO an dem 4. Europäischen Juristentag in Wien. Die Initiative für die Teilnahme der Mitglieder der Vereinigung geht auf die Vize-Präsidentin der IJVO und gebürtige Wienerin *Dr. Mary-Rose McGuire* zurück. Der Europäische Juristentag fand in der Zeit vom 03. bis 05. Mai 2007 in der Hofburg statt und bot damit den ca. 1200 registrierten Juristen aus über 30 Staaten ein wahrhaft kaiserliches Ambiente. Die Teilnehmer erwartete am Eröffnungstag auch viel politische Prominenz; u. a. richteten *Dr. Maria Berger*, Bundesministerin für Justiz der Republik Österreich, *Brigitte Zypries*, Bundesministerin der Justiz der Bundesrepublik Deutschland und zu dem Zeitpunkt amtierende Vorsitzende des Rates der Europäischen Union in Justizangelegenheiten, Grußworte an die Anwesenden. Die offizielle Eröffnung erfolgte durch *Professor Heinz Fischer*, Bundespräsident der Republik Österreich. Schließlich hielt der Vizepräsident der Europäischen Kommission und Kommissar für Justiz, Freiheit und Sicherheit, *Franco Frattini*, die offizielle Ansprache zum Beginn des Europäischen Juristentags, in der er nicht zuletzt die Bedeutung des Europäischen Privatrechts für den europäischen Rechtsraum hervorhob. Mit den drei parallel durchgeführten Veranstaltungen zu den Hauptthematiken: „Europäisches Vertragsrecht“, „auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht“ und „Migration in und nach Europa“ stand der Juristentag ganz im Zeichen der Rechtsharmonisierung in Europa, wobei der Abteilung zum Europäischen Vertragsrecht – auch zahlenmäßig – besondere Aufmerksamkeit und Bedeutung zukam. Als kurzes Fazit kann man festhalten, dass der 4. Europäische Juristentag eine hochkarätige Veranstaltung war. Ferner, dass bei aller geäußerten Skepsis und Sorge über das richtige Verhältnis zwischen dem Erhalt rechtlicher Vielfalt und rechtlicher Tradition vertreten durch die verschiedenen nationalen Rechtssysteme der Mitgliedstaaten und dem Harmonisierungsbestreben auf europäischer Ebene insbesondere durch die EU-Institutionen, Europa scheinbar unaufhaltsam weiter stetig rechtlich zusammenwächst.

Auf ein anderes Ereignis sei zudem noch hingewiesen, im Oktober 2007 wurde die Internationale Juristenvereinigung 18 Jahre alt, sozusagen volljährig; dazu wurde eine

Pressemitteilung herausgegeben, diese fand auch Erwähnung in der *Neuen Osnabrücker Zeitung (NOZ)*. Die Pressemitteilung kann auf der Webseite der IJVO als auch im Newsarchiv der Webseiten der Juristischen Fakultät/ des Fachbereichs Rechtswissenschaften und der Universität Osnabrück nachgelesen werden.

Schließen möchte ich dieses Vorwort mit ganz besonderem Dank für eine wunderbare Zeit und Zusammenarbeit an die weiteren Mitglieder des Präsidiums *Dr. Mary-Rose McGuire* und *Jochen Bode*, diesem insbesondere für die großartige Tätigkeit als Quaestor der IJVO. *Dipl. Jur. Andreas Leonhardt* gilt unser Dank für die Gestaltung und Zusammenstellung unseres Jahreshefts, dabei bereits zum zweiten Mal. Da wir in naher Zukunft unsere Aufgabe an ein neues Präsidium übergeben werden, möchten wir die Gelegenheit nutzen, um an dieser Stelle bereits unseren Dank für die vielen freundlichen Zuschriften zahlreicher Mitglieder und Gäste der IJVO, sowie für die tatkräftige Unterstützung durch langjährige Mitglieder während unserer Amtszeit auszudrücken; gleichzeitig möchten wir unseren Nachfolgern gutes Gelingen bei der Fortführung der IJVO wünschen!

Osnabrück, im Januar 2008

für das Präsidium 2007
Dipl. Jur. Ina El Kobbia

Inhalt dieses Heftes

Vorwort.....	III	
<i>Yassari, Nadjma</i>		
Die Vertragsfreiheit im islamischen Recht und im zeitgenössischen Recht islamischer Länder	1	
<i>Vékás, Lajos</i>		
Grundzüge der ungarischen Privatrechtskodifikation Grundzüge des ungarischen Entwurfs zu einem neuen Zivilgesetzbuch	17	
<i>Schroeter, Ulrich G.</i>		
Schaffung und Akzeptanz einheitlichen Privatrechts in Europa Lehren aus der Anwendung des UN-Kaufrechts für ein Europäisches Vertragsrecht	35	
<i>Stöcker, Otmar</i>		
Die Eurohypothek.....	61	
<i>Vendrell Cervantes, Carles</i>		
Non-Economic Loss Arising Out of Breach of Contract in Spanish Law An Overview	97	
<i>Gallenkamp, Moritz</i>		
Ein Grundriss über die GmbH-Reform Mittelbare Folgen von „Inspire Art“, „Überseering“ und „Centros“	109	
Veröffentlichungen aus dem European Legal Studies Institute 2007 Veröffentlichungen; Laufende Forschungsprojekte; Auszeichnungen		117

Die Vertragsfreiheit im islamischen Recht und im zeitgenössischen Recht islamischer Länder*

von

Dr. Nadjma Yassari, LL.M. (SOAS)**



Der folgende Beitrag will der Frage nach der Vertragsfreiheit im islamischen Recht und in den zeitgenössischen Rechtsordnungen ausgewählter islamischer Länder nachgehen. Zunächst wird in einem ersten Teil der Islam als Religion und das Recht, das daraus entstanden ist mit dem folgenden Fragekreis erörtert: was sind die Quellen des islamischen Rechts? Wie ist islamisches Recht entstanden? Wie hat es sich entwickelt? Und wie stellt es sich heute dar? Danach werde ich mich der Frage nach der Vertragsfreiheit widmen: Ist die Frage überhaupt von den klassischen Juristen thematisiert worden? Wenn ja wie und in welchem Zusammenhang? Wie stellt sich das Vertragsrecht dar? Und welche Tendenzen bzw. Strömungen gibt es? Schließlich soll ein Blick auf die modernen Privatrechtskodifikationen den Ist-Zustand dokumentieren.

A. Die Entwicklung des islamischen Rechts

I. Der Islam als Religion

Im Jahre 610 beginnen die Offenbarungen, die Mohammad, ein Kaufmann aus Mekka, empfängt. "Rezitiere im Namen Deines Herrn, der erschaffen hat"¹ sagt Gottes Engel Gabriel - so die Überlieferung - und Mohammad spricht ihm nach.

* Dieser Beitrag beruht auf einem Vortrag, den die Autorin am 29.5.2007 in Osnabrück für die Internationale Juristenvereinigung Osnabrück-IJVO hielt. Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten.

** Die Autorin ist wissenschaftliche Referentin für das Recht islamischer Länder am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

So bedeutet auch das arabische Wort *Qur'ān* Rezitation. Im Laufe der nächsten 22 Jahre verkündet der Prophet Mohammad zunächst in Mekka und danach in Medina die Lehre von dem einen, unsichtbaren Gott. Der Islam ist keine neue Religion, wie der Koran selber betont, sondern setzt das Judentum und das Christentum fort. Der Islam erhebt allerdings den Anspruch, die letzte und universale Gestalt der Religion zu sein, der die reine Form der Religion wiederherstellen soll. Mohammad schließt somit die Reihe der Propheten ab und wird deshalb auch das Siegel der Propheten genannt. Mohammads Predigten waren revolutionär. An die Stelle der Blutsbande, die für den Gemeinschaftssinn der Stämme und Sippen des vorislamischen Arabien maßgebend waren, stellt er das neue gemeinschaftliche Element der gemeinsamen Religion und gefährdet mit seiner monotheistischen Lehre das lukrative Geschäft der Bewohner von Mekka mit den Pilgern der Naturreligionen.

Im Jahre 622 n.Chr. muss er nach Medina emigrieren. Diese Auswanderung, arabisch *hejra*, ist der Beginn der islamischen Zeitrechnung. In Medina wird Mohammad Richter und Oberhaupt der kleinen islamischen Gemeinde, die aus 72 Personen besteht.² Das Recht, das er spricht besteht nicht aus feststehenden Regeln, sondern leitet sich aus den fortlaufenden Offenbarungen ab.

Im Gegensatz zum Christentum, das am Rande des römischen Reiches entstanden ist und die ersten Jahrhunderte seines Bestehens ohne öffentliche Anerkennung zubrachte, hat der Islam seit der *hejra* politischen Erfolg. Mohammad ist politischer sowie spiritueller Führer und spricht das Recht. Dies stellt die einzige Zeit in der islamischen Geschichte dar, in der man von der Einheit von Politik, Religion und Recht sprechen kann.³

II. Die Shari'a und ihre Quellen

Unter der Shari'a darf man sich kein Gesetzeswerk vergleichbar dem BGB vorstellen. Shari'a ist vielmehr ein Oberbegriff für die Gesamtheit der dem Menschen auferlegten Handlungsweisen. Ihre primären Quellen sind der Koran, dh. die Aufzeichnungen der Offenbarungen, aus der Sicht eines gläubigen Moslems das unmittelbare Diktat Gottes und die sog. *sunna*,⁴ auch Traditionen genannt (*hadith*) welche Überlieferungen über die Taten

¹ Sure 96. Die Übersetzungen des Korans sind von Paret, Der Koran, Übersetzung von Rudi Paret, 1966.

² Afchar, The Muslim Concept of Law, INT'L ENC. COMP. LAW 23 (1975) S. 86.

³ Johansen, Staat, Recht und Religion im sunnitischen Islam - Können Muslime einen religionsneutralen Staat akzeptieren?, in: Johansen (Hrsg), Contingency in a sacred law, legal and ethical norms in the Muslim fiqh, 1998, S. 315.

⁴ Obwohl Sunniten und Schiiten die Traditionen als Rechtsquellen anerkennen, besitzt jede Gruppe ihre eigenen Sammlungen und ihre eigene Definition von wahrer Offenbarung. Siehe für eine ausführliche Liste solcher Sammlungen *Tabatabai*, An Introduction to Shi'a Law, a Bibliographical Study, 1984, S. 4 f.; zur schiitischen *hadith*-Sammlung siehe Löschner, Die dogmatischen Grundlagen des schiitischen Rechts, 1971, S. 92 ff.

und Worte des Propheten Mohammad und eine Sammlung von Rechtsfällen enthalten. Daneben gibt es die sekundären Quellen: der Konsens (*iğma*) der Rechtsgelehrten und die Rechtsfindung durch die Juristen mittels Analogie (*qiyās*) und Logik (*aql*).

1. Der Koran

Der Koran ist weder wissenschaftliches Werk, noch Gesetzestext. Von den rund 6600 Versen können nur aus etwa 80 bis 100 Versen rechtliche Inhalte entnommen werden.⁵ Diese Verse betreffen das Ehe- und Erbrecht, das Strafrecht, das Prozessrecht und dort hauptsächlich das Beweisrecht und das Kaufrecht. Diese Rechtsgebiete betrafen Bereiche bei denen auf der Arabischen Halbinsel im 7. Jahrhundert ein starker Regelungsbedarf bestand. So führte der Koran ein Vermögens- und Erbrecht für die Frauen ein, ordnete den Schutz der Waisen an, gebot Treu und Glauben im Geschäftsverkehr und verbot das Glücksspiel und die Zinsen. Da die Verse vor allem ethische Grundsätze aufstellen wollen, sehen sie meist von der Anordnung weltlicher Sanktionen ab.⁶ Aussagen in der Form "X ist, bei sonstiger Sanktion, verboten oder geboten" sind im Koran kaum zu finden.⁷ Belohnung oder Strafe erfahren die Menschen erst im Jenseits.

Der Koran gibt somit keine erschöpfende Antwort auf die zahlreichen Rechtsfragen des täglichen Lebens. Zur Ergänzung und Interpretation des Korans wurden die Traditionen des Propheten herangezogen.⁸

2. Die Traditionen des Propheten

In die Traditionen floss aber auch jenes vorislamische Gewohnheitsrecht ein, das nicht gegen die Werte und Ordnung der neuen Lehre verstieß und deshalb weiterhin in der

⁵ Löschner, S. 75.

⁶ Weiss, The search for God's law Islamic Jurisprudence in the writings of *Sayf al-Din al-Amidi*, 1992, S. 13.

⁷ Sanktionen im Koran sind vorgesehen für den außerehelichen Geschlechtsverkehr bzw. Ehebruch (100 Peitschenhiebe für nicht verheiratete Täter/innen) Koran 24:2: "Wenn eine Frau und ein Mann Unzucht begehen, dann verabreicht jedem von ihnen hundert Peitschenhiebe"; für Verleumdung bzw. Bezichtigung des illegitimen Geschlechtsverkehrs oder des Ehebruchs (80 Peitschenhiebe) Koran 24:4: "Und wenn welche (von euch) ehrbare Frauen (mit dem Vorwurf des Ehebruchs) in Verruf bringen und hierauf keine vier Zeugen (für die Wahrheit ihrer Aussage) beibringen, dann verabreicht ihnen achtzig Peitschenhiebe und nehmt nie (mehr) eine Zeugenaussage von ihnen an! Sie sind die (wahren) Frevler; für Diebstahl (beim ersten Mal soll die rechte Hand und im Wiederholungsfall der linke Fuß abgehackt werden, außer bei Reue des Täters) Koran 5:38-39: "Wenn ein Mann oder eine Frau einen Diebstahl begangen hat, dann haut ihnen die Hand ab! (Das geschehe ihnen) zum Lohn für das, was sie begangen haben, und als abschreckende Strafe von Seiten Allahs." "Wenn aber einer, nachdem er gefrevelt hat, umkehrt und sich bessert, wendet Allah sich ihm (gnädig) wieder zu. Allah ist barmherzig und bereit zu vergeben." Daneben gibt es die sog. *qisā as*-Strafen, also die Vergeltungsstrafen für Körperverletzung und Mord.

⁸ Mohammads Rolle war es, den Koran zu erklären (16:44) und im Sinne der Offenbarungen Recht zu sprechen (7:157). Der Koran gebietet den Muslimen, Mohammad zu gehorchen (4:64, 3:32, 3:132, 4:80) und das Verhalten Mohammads zum Vorbild für ihr eigenes Verhalten zu nehmen (59:7).

Praxis Anwendung fand. Daraus erklärt sich auch die Kasuistik des islamischen Rechts: Die vorislamischen Vertragstypen und die existierenden Rechtsinstitute wurden nicht per se abgeschafft, sondern auf ihre Kompatibilität mit der neuen Werteordnung überprüft, akzeptiert oder abgelehnt.

Identifiziert man die Shari'a im Wesentlichen mit diesen konstitutiven Texten, so erhält man zunächst den Eindruck großer Geschlossenheit. Aber schon hier befindet sich mehr Spielraum als gedacht: der Koran und die Traditionen sind vielschichtig, nicht leicht zu verstehen und erlauben eine Vielzahl von Auslegungen. Es wäre ein sinnloses Unterfangen, wollte der Rechtsanwender heute einen Fall mit Berührung zum islamischen Recht aus dem Koran und den Traditionen heraus lösen. Die Anfänge der islamischen Rechtsgeschichte stehen ganz im Zeichen der Auslegung und Ableitung und der Entdeckung des göttlichen Willens in und aus den Quellen.

3. Der Konsens

Die Aufgabe, die Verhaltensprinzipien aus der Shari'a, dh. aus den primären Quellen abzuleiten, oblag qualifizierten Spezialisten, den *muğtahid*. Ihre Tätigkeit wird *iğtihād* genannt. *Iğtihād* bedeutet im Arabischen das Bemühen; im juristischen Sinne geht es darum, eine Rechtsfrage durch Interpretation der Quellen zu lösen. Die so von den Rechtsgelehrten erzielten Erkenntnisse konnten jedoch nicht ohne Weiteres allgemeine Gültigkeit beanspruchen: sie waren lediglich Ausdruck der subjektiven Vermutung des Rechtsgelehrten.⁹ Kam eine Mehrheit der Gelehrten zu dem gleichen Ergebnis oder fanden gewonnene Einsichten die eindeutige Anerkennung der Mehrheit, steigerte sich die subjektive Vermutung zu sicherem Wissen. Die durch diesen Konsens getragenen Rechtsätze wurden schließlich zur Rechtsquelle erhoben.¹⁰ Diese Rechtssätze waren in dem sich rasch ausbreitenden islamischen Reich durchaus ortsgebunden, beschränkt auf den jeweiligen geographischen Einflussbereich. Tatsächlich führten die unterschiedlichen methodischen Ansätze und die vielen unterschiedlichen Auffassungen in den einzelnen Rechtsfragen zu der Ausbildung der Rechtsschulen, die die Auffassungen der jeweiligen Rechtsgelehrten überlieferten und anwendeten.

Die vier bekanntesten sunnitischen Rechtsschulen, die sich trotz Differenzen in rechtlichen und rituellen Fragen als rechtgläubig anerkennen und sich gegenseitig respektieren, sind: die *Hanafiten*, Gründer *Abu-Hanifa* (699-767 n.Chr.), mit einer Verbreitung in Zentralasien, Pakistan, Türkei, Syrien, Jordanien; die *Malikiten*, Gründer *Malik* (715-795

⁹ Siehe *Weiss*, Interpretation in Islamic law, the Theory of Ijtihad, AM. J. COMP. L. 26 (1978) S. 199-212.

¹⁰ Siehe allgemein zum Konsens *Hassan*, The doctrine of ijma in Islam, 1978.

n.Chr.), Verbreitung in Nord- und Westafrika und dem Sudan; die *Shafiiten*, Gründer *Shafi'i* (767-820 n.Chr.), Verbreitung in Indonesien und dem Vorderen Orient und die *Hanbaliten*, Gründer *Ibn-Hanbal* (780-855 n.Chr.), Verbreitung in Saudi-Arabien. Daneben gibt es auch schiitische Rechtsschulen, wobei die bekannteste die *zwölferschiitische* oder *jafaritishe* Rechtsschule ist, die im Iran, in Teilen des Libanon, im Südirak und in Teilen Afghanistans verbreitet ist.¹¹

4. Die Analogie und die Logik

Schließlich wurden Rechtssätze durch Analogie (*qiyās*)¹² und Logik (*aql*) ermittelt. In der Sprache des islamischen Rechts bedeutet *qiyās* "die Übertragung einer Vorschrift von einem vorgegebenen, ausdrücklich formulierten, auf einen neuen nicht im Text genannten."¹³ So wurde zum Beispiel das Verbot des Genusses von Rebwein auf andere berauschende Getränke wie etwa Dattelwein ausgedehnt, weil sie beide den Verstand trüben und zur Erfüllung der Gebote Gottes unfähig machen. Auch die Strafe für den Konsum von Alkohol ist durch *qiyās* ermittelt worden: die Strafe ist derjenigen für Meineid nachgebildet mit der Begründung, dass der Verstand einer Person, die einen Meineid leistet, getrübt sei, ähnlich wie bei einem Betrunkenen.¹⁴

5. Das Fiqh

Das Ergebnis dieser Deduktionsarbeit wird *fiqh* genannt. *Fiqh* bedeutet wörtlich das Verstehen oder die Einsicht. Die islamische Tradition unterscheidet akribisch zwischen dem abgeleiteten, entdeckten *fiqh*-Recht und der Shari'a als solche.¹⁵ Die Shari'a ist göttlichen Ursprungs und versteckt sich in der Offenbarung, ohne eine juristisch präzise Artikulation erfahren zu haben. Der islamische Jurist bildet das notwendige Bindeglied zwischen Gott und den Menschen, indem er das *fiqh*-Recht formuliert. Dieses *fiqh*-Recht ist somit das Ergebnis menschlicher, daher fehlerhafter Analyse. Eine andere Art dieses Verhältnis zu umschreiben, ist Shari'a-Recht als Gottesrecht und *fiqh*-Recht als Juristenrecht zu bezeichnen.

¹¹ Siehe allgemein zu den Rechtsschulen, *Bakhtiar*, Encyclopedia of Islamic Law, a compendium of the major schools, 1996. Die Schiiten betrachten ihre Lehre als eigenständige Rechtsschule.

¹² Die übliche Übersetzung des Begriffes *qiyās* mit Analogieschluss ist zu eng, umfasst er darüber hinaus auch die Argumente *a fortiori*, *a maiore ad minus*, *a minore ad maius* und *reductio ad absurdum*.

¹³ *Wiedensohler*, Grundbegriffe des islamischen Rechts, RabelsZ 35 (1971) S. 637, m. w. V.

¹⁴ *Dauro*, A brief account of the development of the four Sunni schools of law and some recent developments, JOURNAL OF ISLAMIC AND COMPARATIVE LAW (JICL) 2 (1968) S. 7.

¹⁵ *Weiss*, The search for God's law, S. 13.

Die *fiqh*-Werke sind nicht in systematischer Weise nach Sachgebieten geordnet. Die Diskussion genereller Themen erfolgt vielmehr anhand konkreter Einzelschriften, ist also kasuistisch im Sinne eines Case-laws. Damit wurde schon zweimal der kasuistische Charakter des islamischen Rechts angesprochen: zum einen bei der Überprüfung althergebrachter Rechtsinstitute und zum anderen bei der Behandlungen von Einzelfragen. Das *fiqh*-Recht wurde im Laufe der letzten tausend Jahre durch eine Vielzahl von Lehrbüchern, Kommentaren,¹⁶ Monographien und Rechtsgutachten¹⁷ angereichert.¹⁸ Es blieb jedoch bis zum 19. Jahrhundert unkodifiziert. Die einzelnen Vorschriften mussten in den Werken und Lehrbüchern gesucht werden. Die meisten dieser Werke waren jedoch in altem Arabisch geschrieben und den Praktikern des 19. Jahrhunderts nicht vertraut.¹⁹

III. Kodifikation des Rechts²⁰

Erst Ende des 19. Jahrhunderts kamen Bestrebungen auf, islamisches Recht als positives Recht zu formulieren. Die koloniale Unterwerfung großer Teile der islamischen Welt im 19. und 20. Jahrhundert hatte bereits eine umfangreiche Reformdiskussion ausgelöst. Gleichzeitig hatten die europäischen Mächte fast die gesamte Region kolonialisiert, so dass innerislamische Entwicklungen nur in wenigen Staaten wie dem Osmanischen Reich²¹ erfolgen konnten.²²

1. Die *Mejelle*²³

Tatsächlich ist die erste Sammlung islamischen Rechts die osmanische *Mejelle* von 1876.

¹⁶ Die Kommentare erklären und erörtern die Texte der *fiqh*-Werke im Lichte der Umstände unter denen der Kommentator lebte und schrieb. Sie beziehen sich auf die unterschiedlichen Lösungen innerhalb der Rechtsschulen oder untereinander und zeugen von der Vielfalt der möglichen Lösungsansätze.

¹⁷ Die Rechtsgutachten, arabisch *fatwa*, sind unverbindliche Rechtsgutachten. Hierbei gibt der Gutachter eine Antwort auf eine gezielte Frage, nicht wie der Kommentator eine Vielzahl von Antworten. Das Gutachten wird meist mit wissenschaftlichen Belegen aus früheren Gutachten versehen, anhand derer die Entwicklung zu einer bestimmten Frage nachvollzogen werden kann.

¹⁸ Johansen, in: Johansen (Hrsg.), Contingency in a sacred law, S. 446-464.

¹⁹ Anderson, Modern trends in Islam. Legal reform and modernisation in the Middle East, INT'L.COMPL.Q. 20 (1971) S. 2-3.

²⁰ Siehe allgemein dazu Anderson, Codification in the Muslim World, ReblsZ 30 (1966) S. 241; Mayer, The Shari'a, A methodology or a body of substantive rules?, in: Heer (Hrsg.), Islamic law and Jurisprudence, Studies in honour of Farhat Ziadeh, 1990, S. 177-198; Saleh, Civil Codes of Arab Countries: the Sanhuri Codes, ARAB LAW QUARTERLY (ALQ) 5 (1990) S. 161.

²¹ Zwischen 1288 und 1918 herrschten die osmanischen Türken über praktisch das ganze Gebiet des Nahen Ostens, mit Ausnahme des Irans und Ägyptens nach Napoleon's Eroberung Ägyptens im Jahre 1798. Für einen Überblick über das Rechtswesen des Osmanischen Reiches siehe Imber, Ebu's-su'ud, the Islamic Legal Tradition, 1997, S. 3-8.

²² Rohe, Islam, Alltagskonflikte und Lösungen, 2001, S. 31 f.

²³ Siehe für eine englische Übersetzung der *Mejelle* Hooper, The Civil Law of Palestine and Trans-Jordan; siehe auch Ballantyne, The Majella: An Introduction, ALQ 1 (1986) S. 364.

Man kann die *Mejelle* auch als restatement des islamischen Rechts bezeichnen. Sie kleidet die islamische Jurisprudenz in ein neues Gewand, nämlich in ein kodifiziertes Gesetzbuch. Dabei kompiliert sie die herkömmlichen islamischen Vorschriften und basiert hauptsächlich auf dem *islamisch-hanafitischen* Recht.²⁴

2. Kodifikationen in den arabischen Ländern

Nach dem Zusammenbruch des Osmanischen Reiches entstanden eine Reihe neuer arabischer Staaten, die in den 40er und 50er Jahren anfangen ihr Recht zu kodifizieren. Während einige zunächst noch am osmanischen *Mejelle* festhielten, begannen andere relativ schnell mit dem Erlass eigener Gesetze, angelehnt an europäische Modelle, wieder andere beriefen sich weiterhin auf die Shari'a.

Als wichtigste Kodifikation sei hier das ägyptische Zivilgesetzbuch genannt, das als Mutterrechtsordnung aller arabischen Staaten 1948 in Kraft trat.²⁵ Es folgten die Zivilrechtskodifikationen von Syrien (Gesetz Nr. 84/1949),²⁶ Libyen (1953),²⁷ Algerien (1975)²⁸ und Somalia (1973)²⁹ die im Wesentlichen auf dem ägyptischen Vorbild beruhen; mit Einschränkungen gilt das auch für die Zivilgesetzbücher des Iraks (1951),³⁰ Jordaniens (Gesetz Nr. 43/1976),³¹ Kuwaits (Gesetz Nr. 67/1980)³² und der Vereinigten Arabischen Emirate (Gesetz Nr. 5/1985).³³ Der Iran hatte bereits in den Jahren 1928-35 ein Zivilgesetzbuch erlassen.

²⁴ Siehe Krüger, Das Zivilrecht der Staaten des ägyptischen Rechtskreises, Recht van de Islam 14 (1997) S. 73, m.w.V.

²⁵ Die *Mejelle* ist in Ägypten nie in Kraft getreten. 1891 erschien zwar eine ägyptische Version der *Majella*, die *Muršid al-hayrān*, als Kompilation des *islamisch-hanafitischen* Sachen-, Vertrags- und Vertretungsrecht. Aber auch der *muršid* wurde in der Praxis nie angewendet; siehe Saleh, Formation and Definition of Contract under Islamic and Arab law, ALQ 5 (1990) S. 162.

²⁶ Siehe zum syrischen ZGB, Krüger, Recht van de Islam 14 (1997), S. 91 f.

²⁷ Siehe zum libyschen ZGB, Krüger, ebd., S. 92.

²⁸ Siehe zum algerischen ZGB, Krüger, ebd., S. 97.

²⁹ Siehe zum somalischen ZGB, Krüger, ebd., S. 96.

³⁰ Siehe zum irakischen ZGB, Krüger, ebd., S. 92.

³¹ Siehe zum jordanischen ZGB, Krüger, ebd., S. 98.

³² Siehe zum kuwaitischen ZGB, Krüger, ebd., S. 93.

³³ Siehe zum ZGB der VAE, Krüger, ebd., S. 100 f; ders., Grundzüge des Privatrechts der Vereinigten Arabischen Emirate, in: Ebert (Hrsg.) Beiträge zum Islamischen Recht VI, 2007, S. 101-134. Bälz, Das islamische Recht als Grundlage arabischer Rechtseinheit, in: Ebert (Hrsg.), Beiträge zum Islamischen Recht, 2000, S. 37. Heute noch übt die ägyptische Rechtsprechung und Lehre in den arabischen Staaten einen großen Einfluss aus.

IV. Zwischenergebnis

Man kann somit feststellen, dass das Recht bzw. das Privatrecht heute in der arabischen islamischen Welt weitgehend kodifiziert ist. Diese Kodifikationen sind unterschiedlich, obgleich sie im Kern auf das islamische Recht als Ursprung zurückgeführt werden können. Dieses islamische Recht ist vielfältig, so dass es sich gebietet von den islamischen Rechten zu sprechen, die die Kodifikationen mehr oder weniger beeinflusst haben. Sehen wir uns die Zivilgesetzbücher einzelner Länder an, so werden wir meist – außer etwa in Saudia Arabien – eine Hierarchie der Normen finden, wonach der Richter das kodifizierte Recht anzuwenden hat und nur dort wo das Recht Lücken aufweist auf das Gewohnheitsrecht und/oder das islamische Recht seiner jeweiligen Ausprägung zurückzugreifen ist.³⁴

Bei diesen Bemerkungen zur Rechtsgeschichte und Entwicklung des islamischen und des geltenden Rechts lasse ich es bewenden und werde nun in einem zweiten Teil der Frage nach der Vertragsfreiheit nachgehen.

B. Die Vertragsfreiheit

Wenn man sich die Literatur zum islamischen Recht ansieht, wird man auf zwei diametral unterschiedliche Aussagen stoßen. Zum einen findet man die Aussage: Das islamische Recht kennt das Prinzip der Vertragsfreiheit nicht.³⁵ Und andererseits ist zu lesen: die Vertragsfreiheit ist eines der wichtigsten Prinzipien des islamischen Rechts.³⁶ Dazwischen findet man auch weitere Ansichten, die diese zwei extremen Meinungen mit Einschränkungen übernehmen. Dieser Widerspruch ist allerdings nur ein scheinbarer, denn er

³⁴ So Art. 1 ägyptisches ZGB. Aufgrund dieser Vorschrift gelten die Vorschriften des ägypt. ZGB für alle Fälle, auf die es nach seinem Wortlaut oder Sinn anzuwenden ist. In Art. 1 Abs. 2 ägypt. ZGB heißt es weiter: "Findet sich keine gesetzliche Bestimmung, die angewandt werden kann, entscheidet der Richter nach Gewohnheitsrecht, besteht kein Gewohnheitsrecht, gemäß den Prinzipien der islamischen Shari'a." Nach Art. 3 Iran. ZPO sind die Richter verpflichtet das positive Recht anzuwenden. Ist das positive Recht widersprüchlich oder weist es Lücken auf, so sind diese Lücken mit Rückgriff auf die gültigen islamischen Quellen oder den anerkannten Fatwas oder den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die nicht im Widerspruch mit dem religiösen Recht stehen, anzuwenden.

³⁵ Schacht, An Introduction to Islamic law, 1964, S. 144: "Islamic law does not recognise the liberty of contract, but it provides an appreciable measure of freedom within certain fixed types. Liberty of contract would be incompatible with the ethical control of legal transactions."; Chehata, Le contrat en droit musulman, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (ZvglRWiss) 70 (1968) S. 92: "Il est apparent que la volonté n'est point autonome. Il ne s'agit pas d'ailleurs point de volonté, mais de déclaration. Le principe de la liberté contractuelle ne saurait être admis dans un tel système"; Krüger, Vermögensrechtliches Privatrecht und Shari'a, ZvglRWiss 97 (1998) S. 366. "Die Shari'a kennt – zumindest in ihrer traditionellen Interpretation – den Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht [...] Die Shari'a ist keine Rechtsordnung, die zur Disposition der Parteien steht, sondern enthält eine objektive Ordnung."

³⁶ Gawad, L'autonomie de la volonté en droit musulman, Égypte Contemporaine 54 (1963) S. 106: "On trouve dans le droit musulman classique une théorie générale de l'autonomie de la volonté ou plutôt de la liberté contractuelle." Das einfache Leben der Araber, die Verbreitung des Handels und der allgemeine Analphabetismus haben dazu beigetragen die vertragliche Freiheit zu verbreiten, so Gawad; Mahmasani, Transactions in the shari'a, in: Khadduri u. Liebesny (Hrsg.), Law in the Middle East, 1955, Bd. I, S. 194.

spiegelt nur die verschiedenen Thesen wieder, die von den verschiedenen Rechtsschulen vertreten werden.³⁷

Im Folgenden möchte ich einige Bemerkungen zum Vertragsrecht und zum Vertragsbegriff im Allgemeinen vornehmen. Danach möchte ich die Argumente der jeweiligen Thesen, für und gegen die Vertragsfreiheit, darlegen und schließlich versuchen mit einem Blick auf die modernen Kodifikationen den Ist-Zustand festzuhalten.

I. Das islamische Vertragsrecht

Wie bereits erwähnt, ist das islamische Recht und somit auch das Vertragsrecht kasuistisch.³⁸ Die *fiqh*-Werke haben meist keine Systematisierung des Rechts angestrebt, sondern vielmehr Einzelfragen behandelt. Dadurch entwickelte sich ein System von Nominatverträgen, in das die damals bekannten Vertragstypen einfließen und im Einzelnen erörtert wurden.³⁹ Die vier Prototypen des Vertrages waren der Kaufvertrag, der Mietvertrag, das Darlehen und die Schenkung.⁴⁰ Manche Autoren argumentieren deshalb, dass das islamische Recht weder eine allgemeine Vertragsrechtstheorie kenne,⁴¹ noch eine Definition des Vertrages.⁴² Aus diesem Grund gebe es auch keinen Platz für die Vertragsfreiheit. Verträge würden unter den shari'a-rechtlichen Voraussetzungen geschlossen und auch nur die shari'a-rechtlichen Wirkungen entfalten. Zwar sei der Einzelne in seiner Abschlussfreiheit frei. Aber einmal abgeschlossen, könne auf die Wirkungen des Vertrages parteiautonom kein Einfluss genommen werden.

Andere argumentieren, dass diese Kasuistik keine juristisch beabsichtigte war, sondern als Beiprodukt der Islamisierung des vorislamischen Rechts anzusehen ist.⁴³ Die sich entwickelnde Rechtswissenschaft im 7. und 8. Jahrhundert sei damit beschäftigt gewesen,

³⁷ Siehe Linant de Bellefonds, Traité de droit musulman comparé, 1965-1973, Bd. I, S. 224-242; Krüger, Recht van de Islam, S. 79; Saleh, Origins of the sanctity of contracts in Islamic Law, ALQ 13 (1998) S. 264.

³⁸ Comair-Obeid, The Law of Business Contracts in the Arab Middle East, 1995, S. 9; Saleh, ALQ 5 (1990) S. 101; Rayner, The Theory of Contracts in Islamic law, 1991, S. 90; Hamid, Islamic law of Contract or Contracts?, JICL 3 (1969) S. 1.

³⁹ Rayner, S. 87-88; El-Hassan, Freedom of Contract, the Doctrine of Frustration, and the Sanctity of Contracts in Sudan Law and Islamic law, ALQ 1 (1985) S. 51.

⁴⁰ Coulson, Commercial law in the Gulf States, the Islamic Legal Tradition, 1984, S. 27; Rayner, S. 101.

⁴¹ Siehe Linant de Bellefonds, L'autonomie de la volonté en droit musulman, Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence (Revue Algérienne) (1958) S. 88; Chehata, Le contrat en droit musulman, ZvglRWiss (1968) S. 81: "On ne trouvera dans aucun ouvrage classique de droit musulman une théorie générale du contrat." Gawad, Égypte Contemporaine 54 (1963) S. 105; Hamid, JICL 3 (1969) S. 1; a.A. Amin, Commercial Law of Iran, 1986, S. 50; ders., Remedies for Breach of Contract in Islamic and Iranian Law, 1984, S. 11.

⁴² Hamid, JICL 3 (1969) S. 1; Chehata, ebd.S. 82; Schacht, S. 144.

⁴³ Hamid, ebd. S. 2; Rayner, S. 95.

die althergebrachten Verträge und Vertragstypen auf ihre Islamkompatibilität zu prüfen und hätte sich somit zwangsläufig mit Einzelfragen beschäftigt, ohne sich Gedanken über eine Systematisierung zu machen. Daraus müsse aber nicht zwingend geschlossen werden, dass eine Systematisierung nicht gewollt sei oder etwa gegen die Shari'a verstöße. Der Typenzwang, so die These, sei zufällig entstanden und sei keine bewusste Entscheidung gewesen.

Sucht man in den klassischen Texten nach Anhaltspunkten, so wird man nichts über die Frage der Vertragsfreiheit finden. Es scheint so, als wäre dieses Thema als Konzept nicht diskutiert worden.⁴⁴ Dies wird insbesondere dadurch erklärt, dass bei der Entwicklung des Vertragsrechts die Überprüfung der bestehenden Vertragstypen im Vordergrund stand, eine Arbeit die zwangsläufig retroaktiv war und bei der mögliche zukünftige Vertragstypen und somit die Frage, ob der Einzelne frei sei neue Vertragstypen abzuschließen, nicht in Erwägung gezogen worden ist. Zum anderen schienen die bereits bestehenden Vertragstypen den wirtschaftlichen Bedürfnissen der damaligen Zeit zu genügen, so dass es an der Vorstellungskraft fehlte, welche Art von Verträgen irgendwann in der Zukunft wirtschaftlich sinnvoll und notwendig sein könnten.⁴⁵

Erst spätere Autoren beschäftigen sich mit diesem Thema, allerdings mehr unter dem Titel der Vertragsbedingungen, also der inhaltlichen Gestaltung von anerkannten Verträgen. Worum ging es hierbei? Der Typenzwang im Vertragsrecht wird unter anderem auch damit gerechtfertigt, dass die Verträge nicht nur der wirtschaftlichen Betätigung dienen, sondern auch ein Gleichgewicht im Austausch der Leistungen im Auge haben müssen.⁴⁶ So wurde etwa gesagt, dass Verträge Zug-um-Zug zu erfüllen seien, um jede Art von Wucher (*riba*) oder Spekulation (*qarar*) zu vermeiden und das von den Parteien angestrebte Ziel nicht zu gefährden. Der Vertragsgegenstand musste daher (1) zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses existieren, (2) erlaubt und (3) bestimmt oder zumindest bestimmbar sein.⁴⁷ Von dieser Idee ausgehend wurde darüber nachgedacht, ob in den Verträgen bestimmte Klauseln aufgenommen werden durften, insbesondere solche die den Vertrags-

⁴⁴ *Hamid*, ebd. S. 5; *Wichard*, Zwischen Markt und Moschee, wirtschaftliche Bedürfnisse und religiöse Anforderungen im frühen islamischen Vertragsrecht, 1993, S. 231: "Einem Menschen, der in der Gesellschaft der ersten islamischen Jahrhunderte lebte, wäre dieser Gedanke (der Vertragsfreiheit) wahrscheinlich als Hybris erschienen."; *El-Hassan*, ALQ 1 (1985) S. 54: "The freedom of contract as a concept was not discussed by the early Muslim jurists."

⁴⁵ *Hamid*, ebd. S. 5.

⁴⁶ *Linant de Bellefonds*, Revue Algérienne 74 (1958) S. 93; *Chehata*, ZvglRWiss 70 (1968) S. 93.

⁴⁷ *Gawad*, Égypte Contemporaine 54 (1963) S. 108; *Saleh*, Freedom of contract: What does it mean in the context of Arab Laws?, ALQ 16 (2001) S. 350 ff; *Comair-Obeid*, Particularity of the Contract's Subject-Matter in the Laws of the Arab Middle East, ALQ 11 (1996) S. 336 f.

gegenstand konkretisieren.⁴⁸ Einige vertraten die Ansicht, dass damit der Typenzwang und die zwingenden Wirkungen des Vertrages ausgehebelt würden, andere wiederum argumentierten, dass, sofern die Klauseln den Vertragsgegenstand oder die Leistungen insgesamt konkretisieren würden, diese zulässig seien. Die Grenze sollte dort gezogen werden, wo die Klauseln gegen die Natur des Vertrages verstießen oder ihrem Sinne zuwiderliefen.⁴⁹ Als Beispiele von verbotenen Klauseln werden dabei folgende Fälle genannt: wenn in einem Kaufvertrag dem Käufer ein Weiterveräußerungsverbot auferlegt oder ein Eigentumsvorbehalt vereinbart würde, da mit einem Kaufvertrag ja gerade der Eigentumsübergang und das uneingeschränkte Eigentumsrecht bezweckt werden.⁵⁰ Dabei ging es insbesondere darum zweierlei zu vermeiden: zum einen Klauseln, die dem Ziel des Vertrages widersprachen, also etwa das Eigentumsrecht des Käufers gefährdeten oder beschränkten⁵¹. Zum anderen sollten Wucher und Spekulationen vermieden werden, die zwei Kernpunkte, um die sich die Inhaltskontrolle des islamischen Rechts dreht.

Allerdings standen von Anfang an in den meisten Rechtsschulen die Ausnahmen zur Regel im Vordergrund, meist mit dem Argument der wirtschaftlichen Notwendigkeit.⁵² Zudem hatte im Vertragsrecht weitgehend immer Handelsgewohnheitsrecht und Handelsbrauch gegolten, das jeweils nur teilweise an das klassische islamische Recht angelehnt war. Oft bediente man sich im Handels(gewohnheitsrecht)recht nur bestimmter äußerer Formen des islamischen Rechts und schloss sog. Umgehungsgeschäfte. Insoweit hat sich übrigens auch eine besondere Gattung in der Rechtsliteratur entwickelt: die Bücher über die Rechtskniffe. Das bekannteste Beispiel eines solchen Umgehungsgeschäfts dreht sich um das Zinsverbot. Um das Zinsverbot zu umgehen, wird, ohne gegen den Wortlaut des Gesetzes zu verstoßen, eine Art Kreditkauf getätigt: der Verkäufer/Darlehnsgeber kauft einen Gegenstand, und verkauft ihn zu einem höheren Preis und in Raten wieder an die gleiche Person zurück. Durch den Abschluss von zwei fingierten Kaufverträgen wird de facto ein Darlehen mit Zinsen konstruiert. Dies ist eine Konstruktion derer sich auch heute noch zum Teil die sog. islamischen Banken bedienen.

Anhand dieser Diskussionen entwickelten sich aber auch neue Gedanken über die grundsätzlichen Möglichkeiten des Individuums, sein Leben autonom zu bestimmen, also die Frage, inwieweit es dem Einzelnen erlaubt sei, in einem religiös-ethisch fundierten Rechtssystem durch eigene Willenserklärung sein Leben zu gestalten.

⁴⁸ *Gawad*, Égypte Contemporaine 54 (1963) S.108 f.; *Linant de Bellefonds*, Revue Algérienne (1958) S. 97, beide ausführlich zu den Unterschieden in den Rechtsschulen; *Chehata*, ZvglRWiss 70 (1968) S. 92.

⁴⁹ *Linant de Bellefonds*, ebd. S. 100.

⁵⁰ *Linant de Bellefonds*, ebd. S. 91.

⁵¹ *Linant de Bellefonds*, ebd. S. 101-102.

⁵² *Hamid*, JICL 3 (1969) S. 6.

II. Formfreiheit

Ein wichtiges Argument auf dem Weg zur Gestaltungsfreiheit ist die Formfreiheit. Nach der ganz herrschenden Meinung⁵³ in den Rechtsschulen sind Verträge Konsensualverträge, die durch den erklärten Willen der Parteien zustande kommen, ohne dass etwaige Formvorschriften einzuhalten wären.⁵⁴ Die Schriftform wird aus Beweisgründen und für die Rechtssicherheit empfohlen,⁵⁵ hat aber keine Auswirkung auf die Gültigkeit des Vertragsabschlusses. Die Formfreiheit wird zum einen mit dem Argument gestützt, dass ein religiöses System wie das des islamischen Rechts dem inneren Willen und der Absicht eine gewichtigere Rolle angedeihen lässt, als der Erklärung des Willens.⁵⁶ Zum anderen gibt es auch textuelle, koranische Argumente⁵⁷ und *hadithe*.⁵⁸ Aus diesen Quellen wird gefolgert, dass die Gültigkeit von Verträgen davon abhängt, ob das was vereinbart wurde, auch dem tatsächlichen Willen der Vertragspartner entspricht.⁵⁹

III. Argumente für und gegen die Vertragsfreiheit

Trotz der grundsätzlichen Anerkennung der Formfreiheit haben sich zwei Meinungen zur allgemeinen Vertragsfreiheit gebildet. Dabei gehen beide Gruppen meist von den gleichen Koranstellen, insbesondere von Koran 5:1 aus. Dieser lautet: "Ihr Gläubigen, erfüllt eure Verpflichtungen."

⁵³ Saleh, ALQ 16(2001) S. 347. Nach einigen Autoren seien zwar keine Formvorschriften einzuhalten, für die Gültigkeit eines Vertrages sei jedoch nach der klassischen Lehre der Ausspruch bestimmter Formeln notwendig. *Owsia* nennt dies "verbalism", siehe *Owsia*, Formation of Contract, a Comparative Study under English, French, Islamic and Iranian law, 1994, S. 124; so auch *Zysow*, *The problem of Offer and Acceptance, a Study of implied-in-fact Contracts in Islamic law and the Common law*, CLEV. ST. L. REV. 34 (1985-86) S. 76: "Words became fully capable and, in some instances, uniquely capable of effecting a transfer of property."

⁵⁴ *Hamid*, Mutual Assent in the Formation of Contracts in Islamic law, JICL 7 (1977) S. 43; *Linant de Bellefonds*, Revue Algérienne 74 (1958) S. 110: "Le droit musulman a toujours ignoré le formalisme."; *Gawad*, Égypte Contemporaine 54 (1963) S. 105: "la formation du contrat n'exige aucune formalité."; *Chehata*, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, 1936, S. 41.

⁵⁵ Dies wird insbesondere auf Koran 2:282 gestützt. Im Koran-Kommentar von *Yusuf Ali*, The Holy Koran, English translation and commentary by Yusuf Ali, revised and edited by the presidency of Islamic Researchers, IFTA, 1411 H., wird dazu (S. 129) wie folgt Stellung genommen: "... in certain cases a written document is recommended, but it is held that the words later on this verse, that it is juster... more suitable as evidence, and more convenient to prevent doubts, etc., imply that it is not obligatory in law." Siehe auch *Saleh*, ALQ 13 (1998) S. 263; *ders.*, Remedies for breach of contract under Islamic and Arab laws, ALQ 4 (1989) S. 270.

⁵⁶ *Owsia*, S. 234; siehe aber auch *Linant de Bellefonds*, Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman, Revue Internationale de Droit Comparé, 81. Jahr, S. 510 f., der die unterschiedlichen Meinungen der sunnitischen Rechtsschule hierzu darstellt.

⁵⁷ Insbesondere Koran 4:29 und Koran 2:274; See *Zysow*, CLEV. ST. L. REV. 34 (1985-86) S. 70; *Owsia*, S. 232 f.; siehe auch *Hamid*, JICL 3 (1969) S. 41.

⁵⁸ So etwa "Acts are determined by intents or motives"; "A man is taken by his intent or motive", "The property of a Muslim is not licit for others to enjoy unless by his consent", "Believers must observe their engagements" and "Contract is law for Muslims", zitiert aus *Owsia*, S. 233.

⁵⁹ *Owsia*, ebd.

1. Die Argumente gegen die Vertragsfreiheit

Zunächst wird festgehalten, dass alle menschlichen Handlungen einen religiösen Wert aufweisen: entweder erfüllen sie das was Gott angeordnet hat oder das Gegenteil davon. Nur solche Handlungen bzw. Rechtsgeschäfte sind wirksam, die das erfüllen, was Gott ausdrücklich angeordnet hat. Alles andere ist zwingend unwirksam, denn sie erlauben entweder das was verboten ist oder verbieten das was erlaubt ist. Auch Koran 5:1 - "Ihr Gläubigen erfüllt eure Verpflichtungen" - wird dahingehend interpretiert, dass der Vers sich nur auf die ausdrücklich erlaubten Verträge beziehe.⁶⁰ Kurz: nach dieser Theorie ist alles verboten, was nicht ausdrücklich erlaubt ist. Diese Meinung wurde in dieser extremen Form nur von den Zahiriten, einer sunnitischen Rechtsschule die es heute nicht mehr gibt,⁶¹ vertreten. Die Hanafiten haben sich diese Meinung etwas abgeschwächt zu eigen gemacht und vertreten, dass die Vertragsfreiheit nur zu Beginn der Anbahnung eines Vertrages eine Rolle spiele. So sei die Abschlussfreiheit grundsätzlich gewährleistet; auf die Wirkungen eines einmal geschlossenen Vertrages können die Vertragsparteien allerdings keinen Einfluss nehmen.⁶²

2. Argumente für die Vertragsfreiheit

Auch hier wird Koran 5:1 herangezogen. Aus dem Wortlaut des Verses wird gefolgert, dass das Gebot Verträge und Vereinbarungen zu erfüllen ein absolutes sei und an keine Bedingungen geknüpft.⁶³ Ein solches Gebot wäre sinnlos, wenn die Vertragsfreiheit nicht die Norm, sondern die Ausnahme wäre. Ein derart allgemein formuliertes Gebot erfülle nicht die Tatbestandsmerkmale einer Ausnahme. Des Weiteren wird Koran 6:120 herangezogen, wo es heißt: "Gott hat euch erklärt, was euch verboten ist". Von diesem Vers wird abgeleitet, dass der natürliche Zustand der Dinge, die Vermutung ihrer Erlaubtheit ist und die verbotenen Handlungen ausdrücklich genannt sind: daher sind alle Handlungen und Rechtsgeschäfte erlaubt und daher wirksam, es sei denn, sie sind ausdrücklich verboten worden. Schließlich wird auch der konsensuale Charakter des Vertragsabschlusses als Argument herangezogen: Übereinstimmende Willenserklärungen als einzige Voraussetzung für einen gültigen Vertragsabschluss bedeutet, dass der Wille nur dort eingeschränkt werden könne, wo dies ausdrücklich angeordnet sei.⁶⁴

⁶⁰ *Hamid*, JICL 3 (1969) S. 8-9.

⁶¹ Siehe zur der Theorie der Zahiriten, dessen berühmtester Vertreter *Ibn Hazn al-Andalus* war, *Linant de Bellefonds*, Revue Algérienne 74 (1958) S. 98; *Gawad*, Égypte Contemporaine 54 (1963) S. 108.

⁶² Siehe *Musa*, The Liberty of the Individual in Contracts and Conditions according to Islamic Law, Islamic Quarterly 2 (1955) S. 80.

⁶³ *Hamid*, JICL 3 (1969) S. 8.

⁶⁴ Siehe Koran 4:29; *Hamid*, JICL 7 (1977) S. 43.

Diese Theorie haben insbesondere zwei *hanbalitische* Juristen des 14. Jahrhunderts entwickelt, die somit den Grundstein für die Anerkennung der Vertragsfreiheit gelegt haben.⁶⁵ *Ibn Taimiyya* und *Ibn Qayyim al-Djauziyya* lehrten, dass alles erlaubt sei, was nicht ausdrücklich durch Koran und den Traditionen verboten wird.⁶⁶ Nach dieser Lehre existieren nur zwei Kategorien von Verboten: Wucher und Spekulationsgeschäfte. Alle Verträge, die nicht gegen diese zwei Prinzipien verstoßen, seien zulässig. Damit ist die Zahl der Vertragstypen nicht begrenzt; der Inhalt von Verträgen kann von den Parteien frei vereinbart werden.⁶⁷

3. Zwischenergebnis

Die Frage, ob das islamische Recht die Vertragsfreiheit als Prinzip kennt oder nicht, kann nicht abschließend beantwortet werden. Wirft man einen Blick auf die Praxis der islamischen Länder vor den Kodifikationen, wird man allerdings sehen, dass unabhängig von der vorherrschenden Rechtsschule die Ergebnisse ähnlich waren: dort wo die Vertragsfreiheit anerkannt wurde, hatte sie ihre Grenzen im Wucher- und im Spekulationsverbot und dort wo sie eher abgelehnt wurde, wurden zahlreiche Ausnahmen mit der wirtschaftlichen Notwendigkeit gerechtfertigt.

C. Moderne Kodifikationen in den islamischen Ländern

Die *Mejelle* hatte den Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht verankert.⁶⁸ Der Grundsatz der Vertragsfreiheit war den osmanischen Juristen jedoch nicht fremd. Er war – nicht ohne vorherigen Druck der insbesondere im Außenhandel engagierten Wirtschaft einschließlich der Banken – an relativ versteckter Stelle, nämlich in Art. 64 der Zivilprozessordnung von 1914 eingeführt worden.⁶⁹

Interessant ist nun der Blick in die modernen Kodifikationen in den islamischen Ländern heute. Dort kann festgestellt werden, dass die meisten islamischen Länder die Vertragsfreiheit als Grundsatz in ihren Zivilgesetzkodifikationen verankert haben.⁷⁰ So bestimmt

⁶⁵ *Linant de Bellefonds*, *Revue Algérienne* 74 (1958) S. 99.

⁶⁶ *Gawad*, *Égypte Contemporaine* 54 (1963) S.113. Zur hanbalitischen Rechtsschule und *Ibn Taimiyya* siehe insb. *Laoust*, *Le traité de droit public d'Ibn Taimiyya*, 1948, *ders.*, *Le précis de droit d'Ibn Qudama*, 1950; *Jokisch*, *Islamisches Recht in Theorie und Praxis. Analyse einiger kaufrechtlicher Fatwas von Taqī'd-Dīn Ahmad b. Taymiyya*, 1996.

⁶⁷ Siehe auch *Krüger*, *ZVglRWiss* 97(1998) S. 367 dort FN 24 m.w.V.

⁶⁸ Siehe hierzu, *Dourmoussis*, *Le principe de la liberté des contrats en droit occidental et oriental*, 1917, S. 241-264; *Krüger*, *ZVglRWiss* 97 (1998) S. 366.

⁶⁹ *Krüger*, *Recht van de Islam*, S. 79 m.w.V.; Text des Art. 64 der Zivilprozessordnung abgedruckt bei *Krüger*, ebd. in FN 86.

⁷⁰ *Zahraa*, *Negotiating Contracts in Islamic and Middle Eastern Laws*, ALQ 13 (1998) S. 277.

etwa Art. 10 des iranischen ZGB, dass Verträge zwischen den Personen die sie abschließen bindend sind, es sei denn die Verträge verstoßen gegen gesetzliche Bestimmungen.⁷¹ Auch Art. 147 des ägyptischen ZGB bestimmt, dass geschlossene Verträge die Parteien binden und dass diese in der Ausgestaltung ihrer vertraglichen Beziehungen im Rahmen des Gesetzes grundsätzlich frei sind.⁷² Zwar enthalten das iranische und das ägyptische ZGB für besonders wichtige und häufig vorkommende Verträge besondere Bestimmungen. Den Parteien steht es jedoch grundsätzlich frei, ihre schuldrechtlichen Beziehungen abweichend zu gestalten oder neue Vertragstypen zu entwickeln, die nicht im Gesetz geregelt sind.⁷³

Manche Staaten haben einen weniger direkten Weg genommen: statt die Vertragsfreiheit als Grundsatz zu statuieren, wurde der Weg über die Regelung des Vertragsgegenstands gewählt.⁷⁴ So findet man z.B. in Art. 172 des kuwaitischen ZGBs sinngemäß folgende Bestimmung: Der Inhalt der Verpflichtung (der Vertragsgegenstand) darf nicht gegen gesetzliche Bestimmungen, gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstoßen, sonst ist der gesamte Vertrag nichtig. Die Grenzen der Vertragsfreiheit in den modernen Kodifikationen sind somit nicht mehr ausdrücklich Wucher und Spekulation, sondern gesetzliche Normen sowie die öffentliche Ordnung und die guten Sitten.⁷⁵ Diese Begriffe werden allerdings in islamischen Ländern durchaus in ihrem Kontext unterschiedlich interpretiert. Eine Konkretisierung, was unter der "öffentlichen Ordnung" und den "guten Sitten" zu verstehen ist, bleibt der Rechtsprechung überlassen. Leider fehlen uns, oft mangels Veröffentlichung der Rechtsprechung, entsprechende Ergebnisse.

Lassen Sie mich zum Abschluss noch auf einen sehr interessanten Fall hinweisen. In Saudi Arabien,⁷⁶ wo die *hanbalitische* Rechtsschule vorherrscht, kam es 1958 zu einem aufsehenerregenden Schiedsspruch in der Sache Regierung des Saudiarabischen Königreichs gegen *Aramco*, einer amerikanischen Ölgesellschaft.⁷⁷ In dem Fall hatte *Aramco* mit den Saudis im Jahre 1933 einen exklusiven Konzessionsvertrag geschlossen, wonach

⁷¹ Siehe ausführlich hierzu, *Katūzīān*, *hoqūq-e madanī, qavā'ed-e 'omūmī-e qarārdādha* [Zivilrecht, Allgemeines Schuldrecht] Bd. 1, 3. Aufl. 1995, S. 144 ff, wonach der Wortlaut des Art. 10 ZGB auf Art. 1134 des französischen Rechts zurückzuführen ist, wenn auch gewisse Ansätze zur Anerkennung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit im *schīitisch-islamischen* Rechts zu finden sind.

⁷² *Krüger*, *Recht van de Islam*, S. 80.

⁷³ Siehe auch Art. 126 und 128 ZGB der VAE von 1985 und Art. 2 HGB der VAE von 1993; Art. 137 des sudanesischen ZGB (wörtlich dem Art. 147 ägyptischen ZGB nachgebildet).

⁷⁴ *Saleh*, ALQ 16 (2001) S. 355 f.

⁷⁵ So auch Art. 266 syrisches ZGB, Art. 253 libysches ZGB, Art. 130 Abs. 1 irakisches ZGB oder Art. 164 Abs. 2 jordanisches ZGB; siehe auch *Saleh*, ALQ 16 (2001) S. 354 f.

⁷⁶ Zur Rechtsordnung in Saudiarabien siehe *Vogel*, *Islamic Law and Legal System. Studies in Saudi Arabia*, 2000; *Krüger*, *Vermögensrechtliches Privatrecht und Rechtsverfolgung in Saudi-Arabien*, Festschrift für Reinhold Geimer, 2002, S. 485-511.

⁷⁷ *International Law Report (ILR)* 27 (1963) S. 117-233; Siehe zum *Aramco-Fall* *Krüger*, FS für Geimer, S. 496

Aramco Öl fördern und die Technologie für die Aufbereitung des Öls zur Verfügung stellen sollte. Das ging einige Jahre gut. Im Jahre 1954 schloss die saudische Regierung einen weiteren Vertrag mit dem griechischen Reeder Onassis, wonach dieser das exklusive Recht erhalten sollte, das geförderte Öl auf unter saudischer Flagge fahrenden Tankern zu transportieren. Dagegen wandte sich *Aramco* und beanspruchte aus dem Konzessionsvertrag das Transportrecht für das Öl für sich selbst. In dem folgenden Schiedsverfahren, in dem es um die Auslegung des Konzessionsvertrages zwischen *Aramco* und Saudiarabien ging, wurde u.a. auch die Rechtsnatur des Konzessionsvertrages nach saudischem Recht erörtert, ein Vertragstyp, der dem *islamisch-hanbalitischen* Recht bis dato nicht bekannt war. Mit Rückgriff auf die Lehren von *Ibn Taimiyya* wurde ausdrücklich die vertragliche Freiheit von der Shari'a nicht gekannte bzw. nicht behandelte Verträge wie dem Konzessionsvertrag, als mit der Shari'a kompatibel anerkannt. Der Konzessionsvertrag - so der Schiedsspruch - sei ein Vertrag sui generis und nach saudischem Recht zulässig.⁷⁸ Dieser Schiedsspruch ist nun beinahe 50 Jahre alt und bis dato nicht beanstandet worden.

D. Zusammenfassung

Die klassischen islamischen Juristen haben in den traditionellen Interpretationen den Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht thematisiert. Es wurde von einem Katalog von Vertragstypen ausgegangen, von denen grundsätzlich nicht abgewichen werden durfte. Im 14. Jahrhundert entwickelten zwei *hanbalitische* Juristen den Grundstein für die Anerkennung der Vertragsfreiheit: *Ibn Taimiyya* und *Ibn Qayyim al-Djauziyya* lehrten, dass alles erlaubt sei, was nicht ausdrücklich durch den Koran und den Traditionen verboten ist. Die meisten arabischen Staaten haben sich diesen Grundsatz zu Eigen gemacht und praktisch alle Rechtskodifikationen kennen mittlerweile den Grundsatz der Vertragsfreiheit. Ganz einheitlich ist heute die Grundlage eines Vertrages das Einvernehmen der Parteien: Die Verbindlichkeit kommt durch Übereinstimmung der Parteien zustande. Gegenstand eines Vertrages kann alles sein, was nicht gegen ein Gesetz, die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstößt. Dies gilt für das Zivilrecht genauso wie für das Handelsrecht. Man muss allerdings damit rechnen, dass diese Begriffe "öffentliche Ordnung" und "gute Sitten" durchaus weit gefasst sein können.

⁷⁸ ILR 27 (1963) S. 163 f: "The concession contract does not conflict with these rules, since it is in conformity with two fundamental principles of the whole Moslem system of law, i.e. the principle of liberty to contract within the limits of Divine Law, and the principle of respect for contracts."

Grundzüge der ungarischen Privatrechtskodifikation*

Grundzüge des ungarischen Entwurfs zu einem neuen Zivilgesetzbuch

von

Professor Dr. Dr. h.c. Lajos Vékás**

I. Einführung

Das gültige ungarische Zivilgesetzbuch (ZGB) wurde 1959, zu einer Zeit der beinahe vollständigen Liquidierung des Privateigentums verabschiedet. Trotz der fachlichen Qualitäten dieses Gesetzbuches, die den mehreren Vorentwürfen aus der Vorkriegszeit und der anspruchsvollen Arbeit der Kommission zu verdanken sind, haben die grundlegenden Änderungen nach der Wiedereinführung der Marktwirtschaft in 1990 den Kodex in vielerlei Hinsicht reformbedürftig, gar überholt, werden lassen. Deshalb hat die Regierung im April 1998 den Beschluss gefasst, ein neues ZGB zu schaffen.¹ Die von der Regierung ins Leben gerufene Kommission hat zuerst aufgrund der von den Arbeitsgruppen diskutierten Problemstellungen eine Konzeption für die Neukodifikation ausgearbeitet. Insgesamt wurden mehr als hundert Abhandlungen dazu geschrieben. Die Kommission hat im Frühjahr 2002 ihren Entwurf zu der Konzeption mit den wichtigsten theoretischen Fragen und Antworten für eine Fachdiskussion vorgelegt.² Nach einer mehrmonatigen Diskussion unter ungarischen Juristen wurde die endgültige Fassung der Konzeption sowie eine ausführliche Regelungsthematik von der Kodifikationskommission angenommen und Anfang 2003 veröffentlicht.³ Diese Materialien bildeten die Grundlage für die Ausarbeitung eines Entwurfs zu einem neuen Gesetzbuch, welcher Ende 2006 der Fachöffentlichkeit präsentiert wurde.⁴

* Dieser Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Autor am 04.7.2007 in Osnabrück für die Internationale Juristenvereinigung Osnabrück-IIVO hielt.

** Der Autor ist Prof. em. an der Eötvös Loránd Universität in Budapest und zum Zeitpunkt Präsident der ungarischen Gesetzgebungskommission.

¹ Beschluss 1050/1998 von 24. April 1998, geändert durch Beschluss 1061/1999 von 28. Mai 1999, Beschluss 1009/2002 von 31. Januar 2002 sowie durch Beschluss 1003/2003 von 25. Januar 2003.

² Regierungsbeschluss Nr. 1009/2002 von 31. Januar 2002.

³ Regierungsbeschluss Nr. 1003/2003 von 25. Januar 2003.

⁴ Zur Reform siehe *Attila Harmathy*: Die Entwicklung des Zivilrechts in Ungarn, in: Norbert Horn (Hg.): Die Neugestaltung des Privatrechts in Mitteleuropa und Osteuropa (Polen, Russland, Tschechien, Ungarn),

II. Rechtspolitische Überlegungen

1. Ist eine Kodifikation auf nationaler Ebene noch zeitgemäß?

Gewiss war das 19. Jahrhundert das klassische Zeitalter der Privatrechtskodifikationen. In diesem Jahrhundert entstanden die großen Gesetzbücher, vom *Code Civil*, über das österreichische ABGB bis hin zum BGB und dem schweizerischen OR bzw. ZGB. Die Vereinheitlichung des Privatrechts innerhalb eines Nationalstaates war das politische Leitmotiv dieser Kodifikationen. Derselbe Grundgedanke führte auch zum ersten *Codice Civile*; dieser spielte eine wichtige Rolle auch bei der Schaffung der späteren mittel- und osteuropäischen Kodizes in der ersten Hälfte des 20-sten Jahrhunderts.

Logischerweise verlagerte sich der Hauptstrom der Kodifikationstätigkeit in der jüngsten Zeit auf die gesamteuropäische Ebene. Die Europäischen Prinzipien des Vertragsrechts (PECL)⁵ und die darauf basierenden gründlichen Arbeiten der *Study Group on a European Civil Code*⁶ mit dem Zweck der Schaffung eines „politischen“ bzw. „akademischen“ Gemeinsamen Referenzrahmen (CFR⁷) weisen eindeutig in diese Richtung.⁸ Heute lässt sich zwar m. E. die Frage noch nicht beantworten, auf welchem Weg (oder eher: auf welchen Wegen) das europäische Privatrecht (vor allem das Vertragsrecht) voranschreiten

München, 2002, 115-124; *Lajos Vékás*: Über die Neugestaltung des ungarischen Zivilrechts, in: Basedow/Hopt/Kötz (Hg.): Festschrift für Ulrich Drobnig, Tübingen, 1998, 713-724; *derselbe*, Privatrechtsreform in einem Transformationsland, in: Basedow/Drobnig/Ellger/Hopt/Kötz/Kulms/Mestmäcker (Hg.): Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, Tübingen, 2001, 1049-1064; *derselbe*: Einige Grundzüge der ungarischen Privatrechtsreform, in: Fischer-Czermak/Hopt/Schauer (Hg.): Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend, Wien 2003, 213-228.

⁵ Principles of European Contract Law (PECL) Parts I and II, edited by Ole Lando and Hugh Beale; Part III, edited by Ole Lando, Eric Clive, André Prüm and Reinhard Zimmermann, The Hague/London/New York, 2000 bzw. 2003. Deutsche Ausgabe der Teile I-II, Text samt den Motiven in: von Bar/Zimmermann (Hg.): Die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, München, 2002; den Text siehe auch in: Schulze/Zimmermann (Hg.): Basistexte zum Europäischen Privatrecht, Baden-Baden, 2002.

⁶ Siehe dazu *Christian von Bar*, in: Peter Gottwald (Hg.): Festschrift für Dieter Henrich, Bielefeld, 2000, 1-11.

⁷ Vgl. dazu *Christian von Bar*: Ein gemeinsamer Referenzrahmen für das marktrelevante Privatrecht in der Europäischen Union, in: Mansel/Pfeiffer/Kronke/Kohler/Hausmann (Hrsg.): Festschrift für Erik Jayme, Band 2. München 2004, 1217-1231.; *derselbe*: Zur gegenständlichen Reichweite des Gemeinsamen Referenzrahmens, in: Borozowski/Kocot/Michałowska (Red.): Towards Europeanisation of Privat Law, Essays in Honour of Professor Jerzy Rajski. Warszawa 2007, 105- 119.; Martijn W. *Hesselink*: A Technical „CFR“ or a Political Code?, in: *derselbe* (ed.): The Politics of a European Civil Code. The Hague, 2006, 3-8.

⁸ Es arbeiten auch andere wissenschaftlichen Gruppen in Europa an einem gemeinsamen Vertragsrecht: in Pavia die Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler [s. dazu Giuseppe Gandolfi (ed.): Code européen des contrats – Avant-projet, Livre premier, Milano, 2001]; das Common Core Projekt (Trento Gruppe); die Society of European Contract Law (SECOLA); das Forschungsnetzwerk „Common Principles of European Private Law“ im Rahmen des TMR-Programms der Europäischen Kommission [siehe dazu Reiner Schulze/Gianmaria Ajani (Hg.): Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts – Common Principles of European Private Law, Baden-Baden, 2003]; das Forschungsnetzwerk „Uniform Terminology for European Private Law“ [siehe dazu *Martin Ebers*: Uniform Terminology for European Private Law – Ein neues Forschungsnetzwerk der Europäischen Union, ZEuP 11(2003) 185 f.].

wird. Die ‚Dämmerung‘ der Kodifikationen auf nationaler Ebene scheint aber sicher zu sein.

Die grundlegenden Änderungen im Privatrecht der neuen mittel- und osteuropäischen Mitgliedstaaten in den 1990-er Jahren⁹ haben trotzdem die Frage nach der Neukodifikation auf nationaler Ebene aufgeworfen. Insbesondere in den baltischen Staaten¹⁰ war diese Aufgabe unaufschiebbar, weil diese Staaten – als Teil der Rückerlangung ihrer Souveränität – sich von ihrem nach sowjetischem Muster erstellten sozialistischen Kodex schnellstmöglich trennen wollten. In *Estland* wurde das Privatrecht nach und nach in einzelnen Gesetzen kodifiziert und die entsprechenden Bestimmungen des für die übrigen Materien zunächst weiter geltenden Zivilgesetzbuchs vom 12. Juni 1964 schrittweise außer Kraft gesetzt.¹¹ In *Lettland* gilt wieder (mit Änderungen aus den 1990-er und 2000-er Jahren) das Vorkriegsgesetzbuch vom 28. Januar 1937. Mit dem Inkrafttreten der einzelnen Teile des BGB von 1937 traten die entsprechenden Bestimmungen des Zivilgesetzbuches der ehemaligen Lettischen Sowjetrepublik außer Kraft.¹² In *Litauen* wurde am 18. Juli 2000 ein neues umfangreiches Bürgerliches Gesetzbuch verabschiedet.¹³ In *Slowenien* werden – ähnlich wie in Estland – die einzelnen Teile eines ZGB nach und

⁹ Siehe dazu Ginsburgs/Barry/Simons (eds.): The Revival of Private Law in Central and Eastern Europe, The Hague, 1996; Horn (Hg.), Fn. 4.; *Attila Harmathy*: Zivilgesetzgebung in mittel- und osteuropäischen Staaten, ZEuP 6(1998), 553-563.

¹⁰ Die Gesetze der baltischen Staaten in deutscher Sprache siehe Brunner/Schmid/West (Hg.): Wirtschaftsrecht der osteuropäischen Staaten (WOS, Loseblattsammlung), Baden-Baden, Band IV/1 (Estland), Band IV/2 (Lettland und Litauen).

¹¹ So im Sachenrechtsgesetz vom 9. Juni 1993; im Familienrechtsgesetz vom 1. Januar 1995, im Erbrechtsgesetz vom 1. Januar 1997; im Gesetz vom 26. September 2001 über die Schuldverhältnisse (Schuldrechtsgesetz) und zuletzt im – neuen – Gesetz über den Allgemeinen Teil des ZGB, welches das Gesetz vom 28. Juni 1994 ersetzt hat und am 1. Juli 2002 in Kraft getreten ist. Das Schuldrechtsgesetz in deutscher Übersetzung ist abgedruckt in: Brunner/Schmid/West (Hg.), vorige Fn., Band IV, IV 1b, 1-388. Das Einführungsgesetz zum Schuldrechtsgesetz, dem Gesetz über den Allgemeinen Teil des ZGB sowie dem Gesetz über internationales Privatrecht wurde am 5. Juni 2002 verabschiedet, womit diese Gesetze zum 1. Juli 2002 in Kraft gesetzt wurden. Damit galt die Zivilrechtsreform in Estland als abgeschlossen. Das schrittweise Inkrafttreten der genannten Gesetze machte jedoch die Beseitigung widersprüchlicher Bestimmungen notwendig. Dies geschah durch die Novellierung der Privatrechtsgesetze, welche am 27. Dezember 2003 in Kraft getreten ist. Vgl. dazu *Harri Mikk*: Zur Reform des Zivilrechts in Estland, Jahrbuch für Ostrecht 42(2001), 31-52.; *Triin Göttig*: Estnisches und deutsches Leistungsstörungenrecht im Vergleich zum UN-Kaufrecht und den Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts. ZFRV 47(2006) 138-152.

¹² Off. J. 1937, Nr. 5, Pos. 29. Die Wiedereinsetzung der Gültigkeit ist durch das Gesetz vom 14. Januar 1992 „Über das Bürgerliche Gesetzbuch der Lettischen Republik“ (Vedemosti Nr. 4-5, Pos. 50 von 1992) beschlossen worden. Der Zeitpunkt des Inkrafttretens der einzelnen Teile dieses BGB wurde in Spezialgesetzen bestimmt, in denen auch die Übergangsbestimmungen enthalten sind. So wurde das Sachen- und das Erbrecht mit Wirkung vom 1. September 1992 (Gesetz vom 7. Juli 1992), das Schuldrecht mit Wirkung vom 1. März 1993 (Gesetz vom 1. März 1993) und das Familienrecht mit Wirkung vom 1. September 1993 (Gesetz vom 25. Mai 1993) in Kraft gesetzt. Siehe dazu *Lammich/Ušacka*: Entwicklung des Rechtssystems Lettlands seit der Unabhängigkeitserklärung von 1990. ROW 39(1995), 65-71 (67).

¹³ In Kraft seit 1. Juli 2001. Siehe dazu *Valentinas Mikelenas*: Unification and Harmonisation of Law and the Turn of Millennium: the Lithuanian Experience, Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme V(2000), 243-261.; *Ulrich W. Schulze*: Das litauische Zivilrecht – Entwicklung, IPR und Allgemeiner Teil. WGO-MFOR 43(2001), 331-355.

nach verabschiedet. Das Schuldrechtsgesetz vom 25. Oktober 2001 ist am 1. Januar 2002 in Kraft getreten.¹⁴ Auch in anderen Ländern der Region wurden kodifikatorische Ergebnisse erzielt und sind noch immer rege Kodifikationsarbeiten im Gange: so z.B. neben Ungarn auch in *Polen*,¹⁵ in der *Slowakei*,¹⁶ und in *Tschechien*.¹⁷ Bis zum jetzigen Zeitpunkt entstand eine ziemlich bunte Palette an Kodifikationen in der Region.

2. Monistische oder dualistische Kodifikation?

Bei der Ausarbeitung der Konzeption zum neuen ZGB ist erneut auch die Diskussion darüber entfacht, ob der Gesetzgeber dem monistischen oder eher dem dualistischen Prinzip der Privatrechtskodifikation folgen sollte; mit anderen Worten, ob das Handelsprivatrecht, vor allem die Handelsverträge, innerhalb, als Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, oder in einem eigenständigen Handelsgesetzbuch (oder wie kürzlich in Österreich in einem Unternehmensgesetzbuch¹⁸) geregelt werden sollten.

Ungarn hat im 19. Jahrhundert den damals üblichen letzteren Weg eingeschlagen. Das Handelsgesetzbuch (*Kereskedelmi Törvény: Kt.*) von 1875 hat – dem ADHGB folgend – einen Kaufmannsbegriff formuliert; die Handelsgesellschaften und die Handelsgeschäfte

¹⁴ U. I. Nr. 83 vom 25. Oktober 2001, Pos. 4287. Siehe dazu *Verica Trstenjak*: Das neue slowenische Obligationenrecht, WGO-MfOR 44(2002), 90-110; vgl. auch *Claudia Rudolf*, in: WGO-MfOR 44(2002), 7. Neben dem Obligationengesetz von 2001 (U. I. Nr. 83 vom 25.10.2001, Pos. 4287) ist vor allem das Sachenrechtsgesetz von 2002 (U. I. Nr. 87 vom 17. Oktober 2002, Pos. 4360 in Kraft seit 1. Januar 2003) zu erwähnen. Zum Letzteren siehe *Matjaž Tramik*: Das neue slowenische Sachenrecht, WGO-MfOR 45(2003), 94-108; *Rijavec/Domej*: Slowenien: Sachenrechtsgesetzbuch (Textdokumentation mit Einführung). WiRO 12(2003), 148 ff. Einführende Literatur zur Transformation des slowenischen Zivilrechts: *Verica Trstenjak*: Zivilrecht in Slowenien, ZEuP 8(2000), 77-90.

¹⁵ Zu den Reformen in Polen siehe *Bogudar Kordasiewicz*, in: International Encyclopaedia of Comparative Law, Volume I, National Reports, Poland, Tübingen, 2000, P-157; *derselbe*: Änderungen im polnischen Zivil- und Handelsrecht, in: Horn (Hg.), Fn. 4, 55-83 (56 ff.); *Jerzy Poczubut*: Zur Reform des polnischen Zivilrechts, ZEuP 7(1999), 75-90.

¹⁶ *Ján Lazar*: Kodifikation und Europäisierung des slowakischen Privatrechts, in: Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hg.), Fn. 4., 229-231.

¹⁷ Zur Reform des Zivilrechts in der Tschechischen Republik siehe *Jiří Zemánek*: Der Vorentwurf des neuen tschechischen ZGB im Blickwinkel des europäischen Verbraucherschutzrechts, in: Basedow/Drobnig/Ellger/Hopt/Kötz/Kulms/Mestmäcker (Hg.), Fn. 4, 1089-1096; *Arsène Verny*: Die Entwicklung des Zivilrechts in der Tschechischen Republik, in: Horn (Hg.), Fn. 4, 89-110.

¹⁸ Handelsrechts-Änderungsgesetz (NR: GP XXII RV 1058 AB 1078 S. 122. BR: AB 7388 S. 725.), BGBl., Teil I. – 27. Oktober 2005 – Nr. 120. Siehe dazu *Martin Schauer*: Zur Reform des österreichischen Handelsrechts – *Kastners* Vorschläge und die heutige Perspektive. GesRZ 2003, 3-8; *derselbe*: Grundzüge der geplanten Handelsrechtsreform. ecolex 2004, 4-8; *derselbe*: Das Sondervertragsrecht der Unternehmer im UGB. JBI 126(2004), 23-31; *derselbe*: Handelsrechtsreform: Die Neuerungen im Vierten und Fünften Buch. ÖJZ 2006, 64-79. In der deutschen Rechtswissenschaft hat *Karsten Schmidt* die Theorie des „Außenprivatrechts der Unternehmen“ ausgearbeitet, welches das bisherige Handelsrecht ersetzen sollte: Das HGB und die Gegenwartsaufgaben des Handelsrechts, Heidelberg 1993; *derselbe*: Handelsrecht.³ Köln: 1999, § 3, 47ff. Zu den gegensätzlichen Meinungen in der deutschen Literatur und zur Reaktion des Gesetzgebers in der Reform des HGBm (HRefG: Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften, v. 22.6.1998, BGBl. I, 1474-1484.) siehe: *Jürgen Treber*: Der Kaufmann als Rechtsbegriff im Handels- und Verbraucherrecht. AcP 199(1999), 525-590.

aus dem Gewohnheitsprivatrecht herausgetrennt und ein eigenständiges Handelsprivatrecht geschaffen. Es ist nicht verwunderlich, dass nach den großen gesellschaftlichen Veränderungen nach 1990 und der Wiedereinführung der Marktwirtschaft einige Juristen reflexartig eine ähnliche Kodifikation verlangten.¹⁹ Diese Meinung hat natürlich auch nostalgische Gründe. Sie war aber auch nicht frei vom Einfluss des sozialistischen Wirtschaftsrechts und wurde von der ein Jahrhundert andauernden (allerdings Jahrzehnte in einem „Dornröschenschlaf“ ruhenden) Wirkung²⁰ des Kt. von 1875 gestärkt. In diese Richtung deutet auch der Umstand, dass die im Wirtschaftsleben wichtigen Verträge nicht oder nur ungenügend geregelt waren und, dass das Gesellschaftsrecht außerhalb des ZGB kodifiziert worden ist. Im Rahmen der konzeptionellen Überlegungen zum neuen ZGB sollte daher das Handelsprivatrecht nach der Ansicht einiger Autoren nicht mit einbezogen, sondern getrennt kodifiziert werden. Es wurde als eine modifizierte Fassung der handelsrechtlichen Gesetzgebung aus dem 19. Jahrhundert, ein „Unternehmensgesetzbuch“, vorgeschlagen.²¹ Nach Diskussionen in der Literatur hat sich letztendlich eindeutig die Konzeption einer monistischen Kodifikation, gegen ein separates HGB (mit Regeln über die Handelsverträge), durchgesetzt.²² Das Recht der Handelsgesellschaften²³ wird zwar (wie bisher²⁴) in einem separaten Gesetz geregelt, das sonstige Privatrecht (vor allem das gesamte Vertragsrecht mit allgemeinen Regeln und den typischen Handelsverträgen) ist jedoch Regelungsgegenstand einer einheitlichen Privatrechtskodifikation geblieben. Für diese Lösung sprachen sowohl die historischen Erfahrungen als auch die Lehren der Rechtsvergleichung.²⁵

¹⁹ So etwa *Péter Bárdos*: A kereskedelmi jog alapjairól, *Gazdaság és Jog* 4 (1996), 13-17. Der Streit um ein eigenständiges Handelsrecht (Unternehmensrecht) ist auch im Zusammenhang mit anderen Themen geführt worden, siehe dazu *László Kecskés*: A civilisztikai és gazdasági jogalkotás irányairól (Über die verschiedenen Richtungen der zivil- und wirtschaftsrechtlichen Kodifikation). *Magyar Jog XXXVIII* (1991), 199-204 (202ff); *Tamás Sárközy*: A társasági törvény felülvizsgálata (Über die Novellierung des Gesetzes über Handelsgesellschaften). *Magyar Jog XXXVIII* (1991) 416-418 (417f) Den entgegen gesetzten Standpunkt, mit Beispielen aus dem Ausland, siehe: *Éva Domján*: A polgári jog és a kereskedelmi jog szerkezetéről (Über die Struktur des Privat- und des Handelsrechts). *Magyar Jog XXXVIII* (1991), 751-755, sowie *Lajos Vékás*: Szükség van-e kereskedelmi magánjogra? (Ist ein Handelsprivatrecht separat zu kodifizieren?) *Magyar Jog XLV*(1998) 705-714.

²⁰ Viele Teile des HGB von 1875 waren – allerdings größtenteils nur formell – auch während der sozialistischen Periode in Kraft.

²¹ Zur Konzeption eines „Unternehmensprivatrechts“ in Ungarn siehe *Tamás Sárközy*: A Kereskedelmi Törvény esetleges koncepciója (Eine mögliche Konzeption zu einem Handelsgesetzbuch). *Gazdaság és Jog* 7(1999), 3-6.

²² Oben: Fn. 3, 798 f.

²³ Die Gesellschaft im bürgerlichen Recht bleibt weiterhin im ZGB geregelt.

²⁴ So das Gesetz Nr. VI vom Jahre 1988, genauso das Gesetz Nr. CXLIV vom Jahre 1997 sowie das Gesetz Nr. IV vom Jahre 2006 (in Kraft seit dem 1. Juli 2006). Im ungarischen Gesellschaftsrecht hat das gültige ZGB für die Handelsgesellschaften eine subsidiäre Geltung (§ 9 Abs. 2 des Gesetzes Nr. IV vom 4. 1. 2006 über Wirtschaftsgesellschaften), die auch im neuen ZGB beibehalten werden wird.

²⁵ Eine rechtshistorische und rechtsvergleichende Analyse des eigenständigen Handelsrechts siehe bei *Peter Rausch*: Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem des 19. Jahrhunderts. Encke Verlag: Stuttgart 1962; *derselbe*: Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische

Als erste der modernen Rechtsordnungen hat das *schweizerische Obligationenrecht* von 1881 die Trennung von Privatrecht und Handelsrecht aufgegeben. Die Idee des *Code unique* stammte von *Walther Munzinger*, dem Schöpfer des Entwurfs des OR. Wie den im Jahre 2000 veröffentlichten Materialien zum schweizerischen Handels- und Obligationenrecht²⁶ zu entnehmen ist, wollte man auch in der Schweiz zuerst lediglich ein Handelsgesetzbuch schaffen. Dieses Kodifikationsprojekt wurde jedoch bald auf das gesamte Obligationenrecht ausgedehnt und zwar, anders als in Deutschland, „nicht als ein Zusatzprogramm“, sondern von Anbeginn als eine Ausweitung des bereits laufenden Vorhabens auf eine beide Rechtsgebiete vereinigende Kodifikation.“²⁷ Ausschlaggebend war bei dieser Lösung *Munzingers* Gutachten von 1862. Er ging von der folgenden These aus: „Rein theoretisch aufgefasst ist die Ablösung des Handelsrechts vom allgemeinen Civilrecht ungerechtfertigt.“ Es wird „weder dem Nationalökonom noch dem Juristen je gelingen, Handelsrecht und Civilrecht theoretisch exakt von einander auszuschneiden“. *Munzinger* hat auch seinen Entwurf zu einem „Schweizerischen Obligationenrecht“ 1871, also Jahre vor der Verfassungsrevision von 1874, die eine Bundeskompetenz für Privatrechtssetzung geschaffen hat, vorgelegt.²⁸ Mit berechtigtem Stolz stellt heute *Eugen Bucher* fest, dass diese „Novität“, die „lange Zeit eine helvetische Besonderheit blieb“ und „in der Schweiz seit *Munzinger* selbstverständlich ist“, „niemals irgend welche Nachteile hat erkennen lassen“.²⁹

Ganz im Sinne *Munzingers* argumentierte zwanzig Jahre später der herausragende ungarische Rechtsgelehrte, *Béni Grossschmid*.³⁰ Er hat 1884 aus dem Beispiel des schweizerischen Obligationenrechts die Lehre gezogen und darauf hingewiesen, dass es für die

Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts. Karlsruhe 1965. Es ist hier zu erwähnen, dass es auch im „Hochkonjunktur“ der selbständigen Handelsgesetze Ausnahmen gab: der *Codice civile* des Herzogtums von Parma, Piacenza und Guastalla vom Jahre 1820 und genauso der *Codice civile* von Modena vom Jahre 1851 dem monistischen Konzept gefolgt sind. Vgl. dazu *Gábor Hamza*: Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn. Budapest 2003, 192.

²⁶ Urs Fasel (Hrsg.): Handels- und obligationenrechtliche Materialien. Bern/Stuttgart/Wien 2000. Vgl. dazu *Eugen Bucher*: Die Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19. Jahrhundert und die Schweiz. ZEuP 11(2003), 353-374.

²⁷ *Bucher*, vorige Fn., 356.

²⁸ *Fasel*, oben Fn. 26, 17-71, (25). *Munzinger* wollte sogar seinen Standpunkt auch mit der – in der Wirklichkeit nicht existierenden – identischen deutschen Auffassung „untermauern“: a. a. O., 30, vgl. *Bucher*, Fn. 26, 362 ff. Die bis heute allgemein vertretene Ansicht [siehe etwa zuletzt *Martin Schauer*: Integration des Handels- und Unternehmensrechts in das ABGB? in: Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hg.), oben Fn. 4., 137-156 (148)], die durch die Verfassungsbestimmung von 1874 ermöglichte Bundesgesetzgebungszuständigkeit hätte in der Schweiz zu einem monistischen System geführt, ist also in dem hier verfeinerten Sinne zu verstehen. Vgl. *Bucher*, Fn. 26, 356.

²⁹ *Bucher*, a.a.O. 364.

³⁰ Sein Neffe, der weltberühmte ungarische Schriftsteller, hat die Persönlichkeit von *Grossschmid* in einem literarischen Porträt verewigt. Siehe *Sándor Márai*: Bekenntnisse eines Bürgers. Berlin/Sankt Petersburg 1999, Kapitel 2.

Trennung des Handelsrechts vom übrigen Privatrecht keine solchen Gründe gebe, die unbedingt mit der Natur des Handels oder des Handelsrechts zusammenhängen. Deshalb könne man bei einer solchen Trennung nicht von inneren absoluten, sondern nur von äußeren relativen konkreten und historischen Gründen sprechen.³¹ Die Abgrenzung des Handelsrechts vom übrigen Privatrecht beruhe auf einem gewissen Positivismus und sei willkürlich. Daraus folge, dass in der Praxis ähnliche Sachverhalte zum Teil zu sehr verschiedenen Rechtsgebieten gehörten, nämlich einerseits zum Handelsrecht, andererseits zum „normalen Privatrecht“, wobei im Einzelfall die Abgrenzung zwischen beiden Gebieten ziemlich schwierig sei. All dies gefährde die Rechtssicherheit.³² *Grossschmid*s Meinung nach gebe es keine Hindernisse im Wege einer Vereinheitlichung der beiden Rechtsgebiete, falls man solche Regeln schaffen würde, die auch den Ansprüchen des Handelsverkehrs entsprächen.³³

Das 20. Jahrhundert zeigte eindeutig den Prozess der Zurückdrängung der eigenständigen handelsrechtlichen Kodifikationen und der Integration handelsrechtlicher Regelungen in das allgemeine Privatrecht. Die ehemals separaten Handelsgesetzbücher wurden in Italien in den *Codice Civile* (1940/1942)³⁴ und zuletzt in den Niederlanden in das *Burgerlijk Wetboek* vom Jahre 1992³⁵ integriert. Auch die neuesten Entwicklungen im Handelsrecht machen deutlich, dass der Inhalt der klassischen Handelsgesetzbücher zusammengeschrumpft ist, bzw. mit neuen Materien ergänzt wird. So wurde beispielsweise das deutsche HGB mit dem Bilanzrecht „aufgefrischt“. Diese Entwicklungen beweisen, dass solange die Rechtsgeschäfte im Unternehmensbereich im „allgemeinen“ Privatrecht geregelt werden können, es keinen Grund für ein Sonderprivatrecht für Kaufleute gibt.

Aus den neuen Mitgliedstaaten haben sich nur die damalige Tschechoslowakei (HGB von 1991³⁶) und Bulgarien (HGB in drei Teilen: 1991, 1994, 1996) für eine umfangreiche,

³¹ *Béni Grossschmid*: A kereskedelmi jognak különválásáról (Über die Verselbstständigung des Handelsrechts), in: *Magánjogi tanulmányok*. Budapest 1901, 719-725, (723).

³² ebd., 724.

³³ ebd., 725.

³⁴ *Mario Rotondi*: Entstehung und Niedergang des autonomen Handelsrechts in Italien. AcP 167 (1967), 29-63.; *derselbe*: L' unification du droit des obligations civiles et commerciales en Italie. Rev. trim. dr. civ. 67(1968) 1-24.

³⁵ Die ersten beiden Bücher (Buch I.: Personen und Familienrecht bzw. Buch II.: Juristische Personen) sowie der größte Teil des Buches VIII. über das Transportrecht des seit 1947 in Vorbereitung befindlichen Gesetzbuches sind bereits 1970, 1976 bzw. 1991 in Kraft getreten. Am 1-ten Januar 1992 sind dann das Buch III. (Allgemeines Vermögensrecht), das Buch V. (Sachenrecht), das Buch VI. (Allgemeines Schuldrecht) sowie einige Titel des Buches VII. (Einzelne Vertragstypen) in Kraft getreten. Die Bücher VII. und VIII. werden kontinuierlich ergänzt. Das Buch IV. (Erbrecht) ist erst am 1-ten Januar 2003 in Kraft getreten. Es sind außerdem noch Bücher über das Urheber- und Patentrecht sowie über das Internationale Privatrecht geplant.

³⁶ HGB: Gesetz Nr. 513/1991 SIG, in der Fassung des Gesetzes Nr. 370/2000. Kritisch dazu *Anton Kanda*: Zur Rekodifizierung des tschechischen Privatrechts. WiRO 12(1997), 441-443. *Verny* spricht dagegen über

auch das gesamte Vertragsrecht beinhaltende Handelsrechtsgesetzgebung entschieden. Das tschechoslowakische HGB enthält allgemeine Vertragsregeln und Vorschriften für die einzelnen Handelsvertragstypen.³⁷ Diese dualistische Struktur der Regelung des Zivilrechts könnte sich allerdings nach der Verabschiedung eines geplanten neuen Bürgerlichen Gesetzbuches in Tschechien (und wahrscheinlich auch in der Slowakei) grundsätzlich ändern. Dann nämlich soll das HGB von Doppelregelungen im Hinblick auf das Bürgerliche Gesetzbuch bereinigt und dessen Geltungsbereich hauptsächlich auf das Gesellschafts- und Unternehmensrecht beschränkt werden.³⁸ Im bulgarischen Handelsgesetzbuch regelt der dritte Teil (vom 27. September 1996) das Vertragsrecht: allgemeine Bestimmungen für den Vertrag (Artt. 286-317) und die wichtigsten Handelsverträge (Artt. 318-599).³⁹ Das HGB Estlands von 1995 enthält die grundlegenden Vorschriften für das Einzelunternehmen und die Handelsgesellschaften sowie das Handelsregister, nicht hingegen ein Sondervertragsrecht für Kaufleute oder Unternehmer. Hierzu gehört auch das Litauische Bürgerliche Gesetzbuch von 2000, welches – ähnlich wie seine Vorbilder aus Italien und den Niederlanden – dem monistischen Prinzip folgt und dem HGB von 1995 nur wenig Raum für vertragsrechtliche Bestimmungen übrig lässt.⁴⁰ In Polen, genauso wie in Ungarn, wurde die strukturelle und zum Teil auch die inhaltliche Einheit des Vertragsrechts auch vor 1990 erhalten und – im Gegensatz zu der ehemaligen Tschechoslowakei und der ehemaligen DDR – das „sozialistische Wirtschaftsrecht“ nicht separat kodifiziert. In Polen ist nach der Wende zuerst als eine Übergangslösung teilweise das Handelsgesetzbuch vom Jahre 1934 wieder belebt worden. In dessen Fassung wurden jedoch die Handelsgeschäfte nur in einem einzigen Artikel (Art. 531) behandelt. Von diesem mehrfach geänderten Gesetzbuch waren also praktisch nur noch die Vorschriften zu den Handelsgesellschaften in Kraft. Als 2001 ein neues Gesetz über das Gesellschaftsrecht in Kraft trat, wurde das

eine „in Tschechien schon traditionelle dualistische Konzeption“: *Arsène Verny*: Die Entwicklung des Zivilrechts in der Tschechischen Republik, Fn. 17., 106 f.

³⁷ Es gibt allgemeine Regeln (§§ 261-408) sowie besondere Vorschriften für Warenkauf und ähnliche Verträge, Darlehen, Lizenzvertrag, Lagervertrag, Aufbewahrung, Werkvertrag, Auftrag, Kommission, Beförderungs- und Frachtvertrag, Handelsvertretervertrag, Bankverträge usw. (§§ 409-755).

³⁸ *Verny*, Fn. 17. Zur ähnlichen Auffassung in der Slowakei siehe *Ján Lazar*: Kodifikation und Europäisierung des slowakischen Privatrechts, in: Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hg.), Fn. 4., 229-231, (229 f.); siehe auch *Zemánek/Paschke* (Hg.): Das tschechische Privat- und Wirtschaftsrecht unter dem Einfluss des europäischen Rechts. Münster 2004.

³⁹ Handelskauf (Artt. 318-341), Leasingvertrag (Artt. 342-347), Kommissionsvertrag (Artt. 348-360), Speditionsvertrag (Artt. 361-366), Beförderungsvertrag (Artt. 367-379), Versicherungsvertrag (Artt. 380-418), Bankgeschäfte (Artt. 419-454) sowie Wechsel (Artt. 455-538), Scheck (Artt. 539-562) und Lizenzvertrag (Artt. 587-599). Siehe: WOS, III/2: Bulgarien (I.), IV. 2a, Seite 1-84. Im bulgarischen Handelsgesetzbuch werden im Ersten Teil (1991) die Kaufleute und die Handelsgesellschaften, im Zweiten Teil (1994) das Insolvenz- und Konkursrecht geregelt. Vgl. hierzu *Stoyan Stalev*: Transformation der Rechts- und Wirtschaftsordnung Bulgariens, ZEuP 4(1996), 444-451(447f.).

⁴⁰ Siehe dazu *Valentinas Mikelenas*: Unification and Harmonisation of Law at the Turn of Millennium: the Lithuanian Experience. Unif. L. Rev/Rev. dr. unif. V(2000), 243-261 (249). Das HGB vom 12. Januar 1995 (Off. J. 1995 Nr. 10, Pos 204) regelt jedoch auch einige Vertragstypen des Handelsrechts (Artt. 18-43: Handelsvertreter, Handelsmakler, Handelskommissionär sowie Handelskauf).

alte Handelsgesetzbuch – wie eine Hülle ohne Inhalt – vollständig außer Kraft gesetzt.⁴¹ Insgesamt kann festgehalten werden, dass die neuen Privatrechtskodifikationen Mittel- und Osteuropas eher in die Richtung der monistischen Kodifikationsstruktur gehen und vor allem eine Verdoppelung der Regelung im Vertragsrecht vermeiden wollen.⁴²

Für ein integriertes Vertragsrecht sprechen auch die Entwicklungen im Verbraucherprivatrecht. Verbraucherverträge sind gleichzeitig auch Unternehmerverträge. Nach der Auffassung von *Stefan Grundmann* etwa könnten die Verbraucherverträge als einseitige Unternehmerverträge qualifiziert werden.⁴³ Auf der anderen Seite sind in einigen traditionellen Handelsverträgen, wie beispielsweise in Transportverträgen, typischerweise auch Verbraucher involviert. Sollten die Verbraucherverträge in die Privatrechtskodifikation integriert werden, wie es von vielen Verfassern richtigerweise vorgeschlagen und inzwischen auch vom Gesetzgeber in zahlreichen Staaten praktiziert wird,⁴⁴ dann ist dies ein Grund mehr, das Handelsvertragsrecht nicht in einem separaten Gesetz zu regeln.

Freilich darf man die Bedeutung der kodifikatorischen Einteilung nicht überschätzen.⁴⁵ Gleichwohl ist ein Handelsgesetzbuch mit Sondervertragsrecht für Kaufleute oder Unternehmer heute nicht mehr zu empfehlen.⁴⁶

⁴¹ Gesetz vom 15. September 2000 (Dz. U. Nr. 94., 1037), in Kraft seit dem 1. Januar 2001.

⁴² Vgl. hierzu auch *Luboš Tichý*: in: *Zemánek/Paschke*, Fn. 38, 18ff. Es ist hier zu erwähnen, dass auch die russische Privatrechtskodifikation in den 1990-er Jahren dem monistischen Prinzip gefolgt ist. Vgl. dazu *Oleg Shadikov*: Das neue Zivilgesetzbuch Russlands. ZEuP 4(1996), 259-272; ZEuP 7(1999), 903-919; *E. A. Suchanov*: Das Privatrecht in der modernen russischen Zivilgesetzgebung, in: Horn (Hg.), Fn. 4., 129-152.

⁴³ *Stefan Grundmann*: Generalreferat: Internationalisierung und Reform des deutschen Kaufrechts, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.): Europäisches Kaufgewährleistungsrecht – Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts. Köln/Berlin/Bonn/München 2000, 281-321. (284 ff.); *derselbe*: Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht – warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich? AcP 202(2002) 40-71. (68).

⁴⁴ Es sind vor allem das deutsche Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 11. Oktober 2001 und die umfangreiche Literatur zu dieser Reform zu erwähnen. In der geänderten Fassung des BGB finden sich nunmehr im Wesentlichen unverändert auch die Regelungen der früheren verbraucherrechtlichen Spezialgesetze. Siehe außerdem in Österreich: *Brigitta Lurger*: Integration des Verbraucherrechts in das ABGB? in: Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hg.), Fn. 4., 110-136. (128 ff.); Ungarn: *Vékás*: in: Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hg.), Fn. 4., 213-228. (221 ff.).

⁴⁵ So mit Recht *Eugen Bucher*: Der Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht: Bemerkungen zur Geschichte und heutigen dogmatischen Bedeutung der Unterscheidung, in: Festschrift Meier-Hayoz Band 1: Zürich 1972, 1-14. (2 f., 12.)

⁴⁶ Die Integration des Handelsgeschäftsrechts und der Normen für besondere (auch für die so genannte „modernen“) Vertragstypen wird befürwortet bereits von *Eichler*: Die Einheit des Privatrechts. ZHR 126(1964) 181 ff. (197) und auch von *Ernst Kramer*: Handelsgeschäfte – eine rechtsvergleichende Skizze zur rechtsgeschäftlichen Sonderbehandlung unternehmerischer Kontrahenten, in: Festschrift Ostheim: 1990, 299 ff. (319 ff.) sowie von *Martin Schauer*: Integration des Handels- und Unternehmensrechts in das ABGB?, in: Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hg.), Fn. 4., 152 ff.

III. Strukturelle Fragen

1. Allgemeiner Teil?

Der ungarische Entwurf enthält keinen Allgemeinen Teil. Bereits der allererste umfangreiche Entwurf von 1900 hat einen solchen im Sinne des deutschen BGB abgelehnt und ist eher der Systematik des schweizerischen ZGB gefolgt. Dementsprechend regelt – nach einigen einführenden Bestimmungen über den Zweck und die Prinzipien des Gesetzes – das Erste Buch das Recht der Personen, welches auch ziemlich ausführliche Bestimmungen über die juristischen Personen enthält. Diese allgemeinen Regeln werden nicht nur auf die im Gesetzbuch selbst regulierten Vereine und Stiftungen, sondern auch auf die in einem Spezialgesetz⁴⁷ geregelten und weiterhin dort bleibenden Personen- und Kapitalgesellschaften als *lex generalis* angewandt. Nach dem Zweiten Buch über das Familienrecht und dem Dritten Buch über das Sachenrecht, folgt das Buch über die Schuldverhältnisse. In diesem Buch werden allgemeine Bestimmungen über die Schuldverhältnisse vorangestellt, die sowohl bei vertraglichen als auch bei gesetzlichen Obligationen zum Zuge kommen können. Dieser erste Teil des Vierten Buches enthält u. a. die Verjährungsvorschriften, Regelungen über die Mehrparteiverhältnisse und die Erfüllung der Schuldverhältnisse. Die Normen des Vertragsrechts sind in zwei Teilen strukturiert worden. Die allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmungen gelten sowohl als *lex generalis* für die Vertragstypen im Besonderen Teil als auch für atypische Verträge. Ferner finden sie entsprechende Anwendung auch auf die einseitigen Rechtsgeschäfte sowie – mangels besonderer Regelung – auf die familienrechtlichen und sachenrechtlichen Verträge. Das Testament als einseitiges Rechtsgeschäft erfährt eine besondere Regelung im Fünften Buch über das Erbrecht.

2. Das Verhältnis zum EG-Richtlinienrecht, insbesondere zum Verbraucher- vertragsrecht

Trotz ihrer Unvollkommenheit haben auch die mehr als ein Dutzend vertragsrechtlichen Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften die Rechtsvereinheitlichung in einigen Gebieten gestärkt. Diese sind von den neuen Mitgliedstaaten in der Regel bereits vor ihrer EU-Mitgliedschaft in ihr Rechtssystem umgesetzt worden.⁴⁸ Die Umsetzung der Richtlinien hat auf den jeweiligen Rechtsgebieten zu einer Vereinheitlichung oder zu einer starken Annäherung innerhalb der ganzen Europäischen Union geführt.

⁴⁷ Gesetz Nr. IV. vom 4. Januar 2006 über die Wirtschaftsgesellschaften.

⁴⁸ Siehe dazu *Norbert Reich*: Wandlungen des Rechts der vertraglichen Schuldverhältnisse in neuen Mitgliedstaaten unter dem Einfluss des EG-Rechts, in: Gert Brüggemeier (Hrsg.): *Liber Amicorum Eike Schmidt*. Heidelberg, 2005, 239-262.

Auch aus den bisherigen Erfahrungen mit den Umsetzungsmethoden in den Mitgliedstaaten kann man einige Schlussfolgerungen ziehen. Ich möchte diese Problematik am Beispiel der Umsetzung der Verbraucherrichtlinien veranschaulichen, weil sie alle das Vertragsrecht berühren; noch dazu trifft die Klauselrichtlinie, und noch mehr die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gerade den Kern des Vertragsrechts. Die bisherige Umsetzungspraxis in den neuen Mitgliedstaaten zeigt ein ähnlich buntes Bild wie es anfangs in den alten Mitgliedsstaaten der Fall war. Was die strukturellen Lösungsmöglichkeiten betrifft, hat der Gesetzgeber bei der Umsetzung der Verbraucherrichtlinien auch in Mittel- und Osteuropa drei Methoden – zum Teil parallel – angewandt. Es handelt sich um die Umsetzung

- in Einzelgesetzen,
- in einem Sondergesetz für Verbraucherschutz (Verbraucher- oder Konsumentenschutzgesetz), bzw.
- durch Integration in das Bürgerliche Gesetzbuch.

Wo liegen die Vor- bzw. Nachteile dieser Umsetzungsmethoden?

a) Bei der in Einzelgesetzen erfolgten Umsetzung ist zwar die europarechtliche Herkunft der Regeln leichter zu erkennen, auch den nötigen daraus folgenden Konsequenzen (z.B. der einheitlichen Auslegungspflicht und der Vorabentscheidungspflicht) kann am einfachsten Rechnung getragen werden; diese Methode führt jedoch zu einer Zersplitterung des Privatrechts. Deshalb ist diese Lösung, die lange Zeit die bevorzugte Methode war, für ein kodifiziertes Rechtssystem längerfristig nicht zu empfehlen.

b) Die zweite Methode fügt die privatrechtlichen Verbraucherrichtlinien in einem Sondergesetz für Verbraucherschutz zusammen. Diese Lösung entspricht den Transparenzfordernissen des Verbraucherschutzes, vermengt jedoch Normen unterschiedlichen Charakters und nimmt gleichzeitig das heute so wichtige Gebiet des Privatrechts aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch heraus.

c) Die dritte Methode integriert die Richtlinien thematisch in das Bürgerliche Gesetzbuch und hebt damit den grundsätzlich privatrechtlichen Charakter der Richtliniennormen hervor. Sie wird der Einheit des Privatrechts am ehesten gerecht. Man muss aber gleichzeitig sehen, dass bei dieser Methode das Transparenzgebot zu kurz kommen kann. Der gemeinsame schwache Punkt der zweiten und der dritten Lösung besteht darin, dass der Gesetzgeber die europarechtliche Herkunft der Regelungen in irgendeiner Form eigens klarstellen muss, um damit ihre einheitliche Auslegung zu sichern.

Die Vorteile einer Integration ins Bürgerliche Gesetzbuch hat beispielsweise der ungarische Gesetzgeber (ähnlich wie der niederländische und der deutsche) bei der Umsetzung der Klausel- und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wahrgenommen. Trotz des privatrechtsfremden Charakters der Unabdingbarkeit der Regelungen für Verbraucherverträge und anderer Schwierigkeiten inhaltlicher und systematischer Art, wollte man derart wichtige Gebiete des Vertragsrechts wie die Kontrolle missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen und den Verbrauchsgüterkauf nicht in einem Sondergesetz regeln, sondern diesen wichtigen Aspekt der sozialen Dimension im Privatrecht in dem Gesetzbuch selbst zum Ausdruck bringen. Anders jedoch als das deutsche Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat der ungarische Entwurf die vorübergehenden Detaillösungen in den anderen Verbraucherrichtlinien nicht aufgenommen, sondern in Sondergesetzen belassen. Mit dieser Lösung hat der ungarische Gesetzgeber die im Grünbuch der Kommission vom Februar 2007⁴⁹ in Aussicht gestellte Neuorientierung bei der Überprüfung des gemeinschaftlichen Verbrauchervertragsrechts vorwegzunehmen versucht.

Über die allgemein bekannten Vorteile einer Kodifizierung hinaus bringt die Integration in das Gesetzbuch auch jenen zusätzlichen Vorteil, dass sich die ansonsten unvermeidlichen Widersprüche zwischen den Bestimmungen der einzelnen Richtlinien verringern. So werden etwa nicht unterschiedliche Fristen für das Rücktrittsrecht des Verbrauchers festgelegt, wie es gegenwärtig in den Richtlinien und in den umsetzenden nationalen Rechtsnormen immer wieder vorkommt. Ebenfalls können Probleme bei der Rechtsanwendung vermieden werden, die sich aus einer etwaigen Überschneidung der Regelungsbereiche der Richtlinien ergeben.⁵⁰

Auch beim Einbau des Richtlinienrechts in ein nationales Bürgerliches Gesetzbuch kann man zwischen zwei Möglichkeiten wählen. Man kann die Umsetzung auf Verbraucherverträge beschränken, d.h. die Richtlinie nur obligatorisch umsetzen. Diese Lösung verdoppelt gegebenenfalls die Regelung des betroffenen Vertrags (beispielsweise des Kaufvertrags) innerhalb des Gesetzbuches. Eine überobligatorische Integration hat dagegen augenfällige Vorteile. Vor allem können so die aus der Umsetzung der Richtlinie entstehenden Chancen zur Modernisierung des alten Rechts genützt werden. Der ungarische Gesetzgeber hat bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie versucht, aus dieser Möglichkeit

⁴⁹ Grünbuch der Kommission zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz vom 8. 2. 2007, KOM (2006) 744. Vgl. *Hans-W. Micklitz/Norbert Reich*: Europäisches Verbraucherrecht – quo vadis? *VuR* 22(2007) 121-130.

⁵⁰ Dieses Problem wird treffend durch die im Urteil des EuGH 22.4.1999, Rs. C-423/97, Slg. 1999, I-2195 aufgetauchte Frage illustriert. In diesem Fall kollidieren die sachlichen Anwendungsbereiche der Haustürwiderufs-Richtlinie und der Fernabsatzrichtlinie.

Gebrauch zu machen. Der zwingende Charakter der Vorschriften zugunsten des Verbrauchers müsste natürlich klar zum Ausdruck gebracht werden. Für das europarechtliche Erfordernis der einheitlichen Auslegung ist freilich auch bei einer überobligatorischen Umsetzung zu sorgen. Die einheitliche Auslegungspflicht obliegt zwar dem nationalen Richter nur bei Anwendung des Richtlinienrechts für Verbraucherverträge; die Einheit des nationalen Privatrechts, macht jedoch die einheitliche Auslegung der überobligatorisch umgesetzten Normen auch bei Nichtverbraucherverträgen wünschenswert.

IV. Einige dogmatische Probleme

1. Leistungsstörungenrecht

a) Pflichtverletzung

Im ungarischen Privatrecht hat bereits das bestehende ZGB den Versuch unternommen, alle Erscheinungsformen von Leistungsstörungen (Verzug, Schlechterfüllung, Unmöglichkeit, Verletzung von Nebenpflichten) unter dem Oberbegriff „Vertragsverletzung“ zusammenzufassen (Kapitel XXV. ZGB). Der Begriff der „Vertragsverletzung“, die eine ähnliche Funktion hat wie die „Pflichtverletzung“ im BGB nach der Schuldrechtsmodernisierung, verlangt generell nur den objektiven Verstoß gegen den Pflichtenkatalog des Schuldners; nicht vorausgesetzt wird, dass der Schuldner die Vertragsverletzung zu vertreten hat. Das Vertretenmüssen ist eine eigenständige, eventuell erforderliche Voraussetzung. Das System beruht im Wesentlichen auf zwei Anspruchsgrundlagen: Rücktritt vom Vertrag als objektive Rechtsfolge und Anspruch auf Schadensersatz als subjektive (verschuldensabhängige) Rechtsfolge. Notwendigen Besonderheiten wurde durch spezifische Ergänzungen Rechnung getragen: Gefahrübergang beim Verzug, Gewährleistung bei Schlechterfüllung u. ä.

Diese Struktur des Leistungsstörungenrechts im ZGB, in dessen Zentrum der Begriff der allgemeinen Vertragsverletzung steht, hat sich in der Gerichtspraxis insbesondere hinsichtlich der Verletzung von Nebenpflichten bewährt. Das ungarische Gericht kann die Verletzung von Nebenpflichten über § 318 Abs. 1 ZGB mit Schadensersatz sanktionieren, sofern ein Verschulden vorliegt.⁵¹ Zum Rücktritt berechtigt eine solche Pflichtverletzung meistens nicht. Der Entwurf will die bisherige Struktur des Leistungsstörungenrechts beibehalten.

⁵¹ Bekanntlich musste dagegen der deutsche Richter vor der Schuldrechtsmodernisierung die Verletzung von Nebenpflichten aus einem Vertragsverhältnis als eine Art von positiver Forderungsverletzung qualifizieren, um der anderen Partei Schadensersatz zusprechen zu können.

b) Unmöglichkeit

Anders als § 311a Abs. 1 BGB unterscheidet das ZGB zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit. Anfängliche objektive Unmöglichkeit führt entsprechend dem römischen Grundsatz „*impossibilium nulla est obligatio*“ nach § 227 Abs. 2 ZGB (wie nach § 306 BGB a. F.) zur Nichtigkeit des Vertrages. Es ist wünschenswert, dass die Reform – in Übereinstimmung mit der internationalen Entwicklung⁵² und dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz⁵³ folgend – diese Unterscheidung beseitigt.

Das ZGB macht keinen Unterschied zwischen objektiver Unmöglichkeit und Unvermögen. Diese Lösung wird auch durch die deutsche Rechtsentwicklung bestätigt. Im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde nämlich diese Differenzierung weitgehend beseitigt oder durch eine Angleichung der Rechtsfolgen relativiert.⁵⁴

Nach § 312 ZGB entfällt die Leistungspflicht des Schuldners im Fall der nachträglichen Unmöglichkeit kraft Gesetzes, und zwar auch dann, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Bei den Verpflichtungen geht es um primäre Leistungspflichten, deren Erfüllung ausgeschlossen ist, unabhängig davon, wer die Unmöglichkeit zu vertreten hat.

Das Kriterium des „Vertretenmüssens“ gehört auf die Ebene der Sekundäransprüche, vor allem des Schadensersatzanspruchs. In diesem Sinne wurde auch das BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz korrigiert: auf der ersten Ebene wird auf das Merkmal des „Vertretenmüssens“ verzichtet. Geht der Anspruch auf die Leistung unter, erlischt bei gegenseitigen Verträgen grundsätzlich auch der Anspruch auf die Gegenleistung. So wird es grundsätzlich auch in § 326 Abs. 1 BGB festgelegt.⁵⁵

⁵² Art. 4:102 PECL: „A contract is not invalid merely because at the time it was concluded performance of the obligation assumed was impossible, or because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates.“ – Art. 3.3 Abs. 1 der UNIDROIT-Principles: „The mere fact that at the time of the conclusion of the contract the performance of the obligation assumed was impossible does not affect the validity of the contract.“

⁵³ Soweit es um das Unvermögen geht, bestätigt die neue Regelung nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die bisherige Rechtsprechung, die durch Umkehrschluss aus § 306 BGB a. F. die Wirksamkeit des Vertrages ableitet.

⁵⁴ Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen waren bereits im § 275 Abs. 2 BGB a. F. einander gleichgestellt.

⁵⁵ Unter bestimmten Voraussetzungen bleibt der Anspruch auf die Gegenleistung jedoch erhalten. Das ist der Fall, wenn der Gläubiger der Leistung (z. B. der Käufer) den Verlust des Leistungsgegenstandes zu verantworten hat, oder wenn er in Annahmeverzug ist und der Gegenstand danach ohne Verschulden des Schuldners (z. B. des Verkäufers) untergeht (§ 312 Abs. 3 und § 303 Abs. 2 ZGB, bzw. § 326 Abs. 2 BGB).

c) Rücktritt

Der Rücktritt vom Vertrag knüpft, wie im deutschen Recht, eher an einzelne Leistungsstörungen (Vertragsverletzungen) an. Die Grundidee von einem einheitlichen Tatbestand der Vertragsverletzung auszugehen, ist im ZGB in diesem Punkt nur ansatzweise verwirklicht. Ähnliches kann man über das Verhältnis zwischen den Vorschlägen der Schuldrechtskommission und den Lösungen im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz sagen.

Das ZGB kennt keine Alternativität von Rücktritt vom Vertrag und Schadensersatz wegen Vertragsverletzung. Bekanntlich wurde diese Alternativität durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz auch im BGB (§ 325) aufgegeben. Diese Lösung entspricht der internationalen Entwicklung.⁵⁶

Das ZGB kennt das Instrument der „Ablehnungsandrohung“ nicht. Diese wurde durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz auch im BGB abgeschafft. An ihre Stelle trat – wie z. B. im § 298 Abs. 1 ZGB – die schlichte Setzung einer angemessenen Frist (§ 323 Abs. 1 BGB). Bekannterweise hat sich das Instrument der Ablehnungsandrohung in der deutschen Praxis nicht bewährt. Sehr häufig genügten die abgegebenen Erklärungen den Anforderungen einer Ablehnungsandrohung nicht. Die Neuregelung verbessert darüber hinaus die Rechtsposition des Gläubigers. Nach § 326 BGB a. F. standen dem Gläubiger nach Ablauf der Frist nur noch Sekundäransprüche zur Verfügung. § 323 BGB n. F. zieht diese Schlussfolgerung nicht. Der Gläubiger ist frei auch danach noch auf Erfüllung zu bestehen. Die andere Kehrseite dieser Lösung besteht jedoch darin, dass dadurch eine für den Schuldner missliche Schwebesituation entsteht. Im ungarischen Entwurf (§ 5:110) wird versucht, eine für beide Parteien ausgeglichene Lösung zu finden.⁵⁷

Das ZGB kennt die Institution „Wandelung“ nicht. Auch im Gewährleistungsrecht des Kauf- und Werkvertrages erfolgt die einseitige Aufhebung des Vertrages durch Rücktritt. Dieser Sonderweg des Gewährleistungsrechts wurde ab dem 1. Januar 2002 auch im BGB beseitigt. Die Wandelung wurde zum normalen Rücktrittsrecht.

Das Rücktrittsrecht ist im ZGB verschuldensunabhängig. Es hat sich auch in der Schuldrechtskommission die Auffassung durchgesetzt, dass das Verschulden für die Frage, ob ein Vertrag beendet werden soll, nicht die geeignete Kategorie ist. Dieser Trend ist auch in der

⁵⁶ Art. 8:102 PECL: „Remedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a party is not deprived of its right to damages by exercising its right to any other remedy.“ – Art. 7.3.5 Abs. 2 der UNIDROIT-Principles: „Termination does not preclude a claim for damages for non-performance.“

⁵⁷ Es sei hier darauf hinzuweisen, dass die Schuldrechtskommission vorgeschlagen hat, dem Schuldner die Möglichkeit zu geben, diese Schwebesituation zu beenden. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist diesem Vorschlag nicht gefolgt.

internationalen Gesetzgebung festzustellen.⁵⁸ Es wurde auch im BGB auf die Voraussetzung des Verschuldens für den Rücktritt vom Vertrag im allgemeinen Leistungsstörungenrecht verzichtet.⁵⁹ Dies kann als eine der wohl wichtigsten Änderung im BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz erachtet werden. Die ungarische Auffassung ist dadurch bestätigt worden.

d) Schadensersatz

Das ZGB hat versucht, das vertragliche und das außervertragliche Schadensersatzrecht auf den gleichen prinzipiellen Grundlagen zu lösen.⁶⁰ Ausgangsregel ist eine Generalklausel (§ 339 ZGB), die dem Beispiel des Art. 1382 des *Code civil* folgt. Danach ist eine rechtswidrige Handlung, d. h. Vertragsverletzung oder unerlaubte Handlung Grundvoraussetzung für die Haftung. In beiden Fällen kann Schadensersatz nur bei Verschulden des Schädigers zugesprochen werden. Auch eine Beweislastumkehr gilt auf beiden Gebieten. Das grundsätzlich einheitliche Haftungsregime (§ 318 Abs. 1 ZGB) mit einer fast einheitlichen Verjährungsfrist hat den Vorteil, dass in Grenzfällen die Qualifikation der rechtswidrigen Handlung (Vertragsverletzung oder unerlaubte Handlung) keine besondere Bedeutung hat. Gleichwohl kann unter marktwirtschaftlichen Bedingungen dieses einheitliche Regime nicht aufrechterhalten werden. Hier ist einem wichtigen Unterschied große Bedeutung beizumessen: Bei einer Vertragsverletzung besteht zwischen den Parteien schon im Vorhinein ein von ihnen beabsichtigtes Rechtsverhältnis, während ein solches beim Delikt fehlt. Deshalb werden im neuen Entwurf für das Gesetzbuch die vertragliche und die deliktische Schadenshaftung wieder voneinander getrennt geregelt. Im Entwurf wird das gültige Recht mit dem Verschuldensprinzip und der Verschuldensvermutung nur für Deliktsfälle beibehalten. Für die Beurteilung der Ansprüche auf Schadensersatz aus Vertragsverletzung wird die Übernahme des Art. 79 CISG vorgeschlagen. Für das Bemessen des Schadens aus Vertragsverletzung wird das Vorhersehbarkeitsprinzip nach Art. 74 CISG eingeführt.

2. Bereicherungsrecht

Im geltenden ungarischen Privatrecht hat die ungerechtfertigte Bereicherung (§ 361 ff. ZGB), wie etwa im französischen Recht, einen subsidiären Charakter. Eigentumsrechtli-

⁵⁸ Vgl. z. B. Art. 49 CISG; Art. 7.3.1 Abs. 1 der UNIDROIT-Principles; Art. 9:301 Abs. 1 PECL.

⁵⁹ Der Grundsatz ist im Gewährleistungsrecht ohnehin nicht mehr konsequent praktiziert worden. So konnte der Käufer nach § 463 und § 480 Abs. 2 BGB ohne weiteres den „großen Schadensersatzanspruch“ geltend machen, d. h. die empfangene (mangelhafte) Sache zurückgeben und seinen verbliebenen Schaden liquidieren. Im Ergebnis bedeutet dies die Aufhebung des Vertrages und Geltendmachung von Schadensersatz (BGHZ 29, 148).

⁶⁰ Siehe dazu Gyula Eörsi: Die Zivilrechtliche Verantwortlichkeit im Ungarischen Zivilgesetzbuch, in: *derselbe* (Hrsg.): Das ungarische Zivilgesetzbuch in fünf Studien. Budapest 1963, 261-318.

che, vertragliche und deliktsrechtliche Ansprüche gehen Bereicherungsansprüchen vor. Sofern dem Entreicherten eine andere Klage offensteht, sei es aus einem dinglichen Recht, einem Vertrag oder einem Delikt, steht ihm nur diese rechtliche Möglichkeit, nicht jedoch der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zur Verfügung. In der Gerichtspraxis wird vor allem den vertraglichen Ansprüchen ein Vorrang gegenüber den bereicherungsrechtlichen Klagen eingeräumt. Eine vertragliche Haftung schließt eine solche aus ungerechtfertigter Bereicherung aus. Zu den vorrangigen Rechtsfolgen gehören sowohl diejenigen, die auf Ausfüllung einer Lücke im Vertrag durch ergänzende Vertragsauslegung zurückzuführen sind, als auch diejenigen, die sich aus der Anwendung der Grundsätze über den Wegfall und die Änderung der Geschäftsgrundlage ergeben.

Im ZGB sind auch die Rechtsfolgen von nichtigen und mit Erfolg angefochtenen Verträgen grundsätzlich nicht im Bereicherungsrecht, sondern durch spezielle Vorschriften im Vertragsrecht (§§ 237 ff. ZGB) geregelt. Diese Lösung ist dadurch gegeben, dass das ZGB eine Trennung des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts und des abstrakten dinglichen Verfügungsgeschäfts nicht kennt. So vollzieht sich der Eigentumsübergang aufgrund des Vertrags in Verbindung mit der Übergabe bzw. der Eintragung im Grundbuch (Verbindung von Einheitsprinzip und Übergabegrundsatz). Das bedeutet, dass im Falle eines unwirksamen Vertrags – trotz der eventuellen Übergabe – kein wirksamer Eigentumsübergang vorliegt; weshalb die Rückabwicklung mit Hilfe des Eigentumsanspruchs (*rei vindicatio*) und nicht über die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung erfolgen kann.⁶¹

Dieses Verhältnis zwischen den verschiedenen privatrechtlichen Ansprüchen wird im Entwurf mit einigen Korrekturen aufrechterhalten. Die wichtigste Änderung ist gerade bei der Rückabwicklung von fehlgeschlagenen Verträgen festzustellen. Falls eine *in integrum restitutio* – aus einem physischen oder rechtlichen Grund – nicht möglich und deshalb ein Eigentumsanspruch ausgeschlossen ist, wird in dem Entwurf (anders als im ZGB) eine Leistungskondition vorgesehen.

V. Zusammenfassung

Eine Gesamtkodifikation des Privatrechts wirft eine Menge von Fragen rechtspolitischer, systematischer und rechtsdogmatischer Art auf. Der Aufsatz erörtert anhand der im Gang befindlichen ungarischen Kodifikation einige solcher Probleme.

Neben der Zeitgemäßheit der Kodifikation auf nationaler Ebene hat man sich in Ungarn bei der Ausarbeitung der Konzeption für ein neues Zivilgesetzbuch auch mit der Frage

⁶¹ Siehe dazu Lajos Vékás: Bereicherungsansprüche im ungarischen Zivilrecht. Jahrbuch für Ostrecht. XIX/2. 243-252., 1978.

auseinandergesetzt, ob der Gesetzgeber dem monistischen oder eher dem dualistischen Prinzip der Privatrechtskodifikation folgen sollte; mit anderen Worten, ob das Handelsprivatrecht, vor allem die Handelsverträge, innerhalb, als Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, oder in einem eigenständigen Handelsgesetzbuch (oder wie kürzlich in Österreich in einem Unternehmensgesetzbuch) geregelt werden sollten. Nach Diskussionen in der Literatur hat sich letztendlich eindeutig die Konzeption einer monistischen Kodifikation, gegen ein separates HGB (mit Regeln über die Handelsverträge), durchgesetzt.

Von den systematischen Fragen befasst sich der Verfasser mit der Schaffung eines Allgemeinen Teils im Sinne des deutschen BGB und der Umsetzung der EU-Richtlinien in einen nationalen Kodex. Der ungarische Entwurf enthält keinen Allgemeinen Teil, stattdessen werden im Buch über das Schuldrecht allgemeine Bestimmungen über die Schuldverhältnisse vorangestellt, die sowohl bei vertraglichen als auch bei gesetzlichen Obligationen zum Zuge kommen können. Bei der Umsetzung von Verbraucherrichtlinien haben die Mitgliedsstaaten drei Methoden – zum Teil parallel – angewandt. Sie haben die Richtlinien in Einzelgesetzen, in einem Sondergesetz für Verbraucherschutz (Verbraucher- oder Konsumentenschutzgesetz), bzw. durch Integration in das Bürgerliche Gesetzbuch umgesetzt. Der Aufsatz analysiert die Vor- und Nachteile dieser Umsetzungsmethoden.

Aus den vielen rechtsdogmatischen Problemen werden hier einige Fragen im Bereich des Leistungsstörungenrechts und des Bereicherungsrechts dargestellt. Bei der Darlegung der Lösungen im ungarischen Diskussionsentwurf weist der Verfasser oft auf das deutsche BGB hin.

Schaffung und Akzeptanz einheitlichen Privatrechts in Europa*

Lehren aus der Anwendung des UN-Kaufrechts für ein Europäisches Vertragsrecht

von

Dr. Ulrich G. Schroeter**

I. Einleitung

Für all diejenigen, die sich mit der Privatrechtsvereinheitlichung in Europa beschäftigen, leben wir in einer spannenden Zeit. Seit nunmehr einigen Jahren ist eine abwechslungsreiche Diskussion über die Frage entbrannt, ob (und ggfs. wie) das Vertragsrecht innerhalb der Europäischen Union vereinheitlicht werden sollte. Die wissenschaftlichen Vorarbeiten zu dem sog. Gemeinsamen Referenzrahmen (*Common Frame of Reference*) stehen kurz vor dem Abschluss, und nicht wenige halten es für möglich, dass dieser Gemeinsame Referenzrahmen einen wesentlichen, ja vielleicht den entscheidenden Zwischenschritt zu einem Europäischen Vertragsrecht darstellen könnte, das zu einem noch unbekanntem Zeitpunkt in der Zukunft als Rechtsakt in Kraft gesetzt zu werden verspricht.

Da in dem Institut hier in Osnabrück, in dem ich heute Abend zu Ihnen sprechen darf, mehr aktuelles wie auch detailliertes Wissen über den Stand der inhaltlichen Vorarbeiten zu diesem Projekt konzentriert sein dürfte als an irgendeinem sonstigen Ort in Europa, möchte ich es vermeiden, sie mit einem Referat zu Fragen des Inhalts des Gemeinsamen Referenzrahmens zu langweilen. Stattdessen werde ich einen Blick in die Zukunft wagen, und zwar auf den Moment, in dem das einheitliche Europäische Vertragsrecht die Forscherwerkstatt verlassen haben wird. Mein Interesse gilt dabei der Frage, auf welche *Akzeptanz* ein solches Regelwerk bei denjenigen Akteuren treffen wird, die von seiner Einführung betroffen wären, und von welchen Faktoren diese Akzeptanz voraussichtlich abhängt.

* Dieser Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Autor am 31.10.2007 in Osnabrück für die Internationale Juristenvereinigung Osnabrück-IJVO hielt. Die Vortragsform wurde weitestgehend beibehalten.

** Der Autor ist Akademischer Rat am Institut für ausländisches und internationales Privatrecht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.B.

Anlass und Ausgangspunkt der folgenden Untersuchung war dabei die Beobachtung, dass bei der Rechtsvereinheitlichung im Privatrecht sowohl die Inkraftsetzung von Einheitsrechtstexten als geltendes Recht als auch die Anwendung von Einheitsrechtstexten in der Praxis – beides bezeichne ich hier zusammenfassend als „Akzeptanz“ – anscheinend maßgeblich davon abhängt, wie die Anwendungsvoraussetzungen des betreffenden Einheitsrechtsaktes ausgestaltet sind. Dieser eher technische „Rahmen“ des Einheitsrechts ist für dessen Akzeptanz möglicherweise entscheidender als sein Inhalt.

Ich möchte daher prüfen, ob dies auch für ein Europäisches Vertragsrecht gilt, und welche Folgerungen daraus gezogen werden können. Soweit ich dabei im Folgenden von einem „Europäischen Vertragsrecht“ spreche, meine ich für den Zweck meines Vortrages ein Regelwerk, das in Form eines Gemeinschaftsrechtsaktes erlassen wurde. Auf die genaue Rechtsform und den genauen Inhalt kommt es dabei zunächst nicht entscheidend an.¹

II. Die Bedeutung der (voraussichtlichen) Akzeptanz eines Europäischen Vertragsrechts für dessen Schaffung

Bei der Lektüre des heutigen Vortragstitels mag sich mancher gefragt haben, welche Bedeutung der (voraussichtlichen) Akzeptanz eines Europäischen Vertragsrechts schon während dessen Schaffungsphase zukommen soll, in der wir uns zur Zeit befinden und noch eine Weile befinden werden.

1. Rechtsvereinheitlichung und Neue politische Ökonomie

In der Geschichte der Privatrechtsvereinheitlichung hat man in der Tat lange Zeit streng zwischen beiden Aspekten getrennt: Man ging davon aus, dass lediglich die Vorbereitung und Formulierung einheitsprivatrechtlichen Regelungen Aufgabe und Gegenstand der Wissenschaft – vor allem der vergleichenden Rechtswissenschaft – sei, während die anschließende Verabschiedung und Inkraftsetzung des Einheitsrechts zur alleinigen Sphäre der Politik gezählt wurde. So unterschied etwa *Hans-Joachim Mertens* im Jahre 1975 zwischen der wissenschaftlich geprägten Erarbeitung einheitlicher Privatrechtstexte einerseits und der „großen Politik“ andererseits, und formulierte seine Bewertung dieser Zweiteilung wie folgt: „Eine solche Konzeption der Privatrechtsvereinheitlichung erscheint aus juristischer Sicht ideal; doch hat ihr politisches Defizit Konsequenzen, die nicht nur politisch, sondern auch juristisch ins Gewicht fallen können.“ Es bestehe nämlich die

¹ Die wissenschaftliche Transparenz gebietet dabei die Offenlegung des Umstandes, dass ich selbst ein Mitarbeiter der *Study Group on a European Civil Code* bin. Ich stehe dem Projekt eines Europäischen Vertragsrechts also persönlich aufgeschlossen gegenüber und hoffe auf dessen Akzeptanz, habe mich aber bemüht, meinen Untersuchungsgegenstand gleichwohl ganz unvoreingenommen anzugehen.

Gefahr, dass sich später „nicht genügend politische Kräfte mobilisieren lassen, um besseres zu geltendem Recht werden zu lassen.“²

Diese strenge Unterscheidung entspricht heute nicht mehr dem Stand der Erkenntnis. In der Zwischenzeit hat die Wissenschaft vielmehr begonnen, die Schaffung von Einheitsrecht auch insoweit zu erforschen, wie die Phase des „zu geltendem Recht Machens“ betroffen ist, die man in den 1970er Jahren noch dem freien Spiel der politischen Kräfte zuordnete und daher aus der Perspektive rechtsvergleichender Juristen für schwer oder gar nicht vorhersehbar hielt. Die diesbezüglichen, neueren Forschungsansätze sind denn auch, obgleich sie zum Teil von Juristen (vor allem aus der USA) vorangetrieben werden, nicht dem klassischen Feld der Rechtswissenschaft zuzuordnen. Sie werden von den betreffenden Autoren selbst vielmehr zu den Bereichen der Neuen politischen Ökonomie, der (neuen) Institutionenökonomik und der „public choice“-Theorie gezählt.³ Die Frage der genauen Zuordnung zu einem bestimmten Forschungsfeld bleibt hier im Einzelnen freilich häufig unklar, was auch der generell fehlenden Trennschärfe innerhalb dieser Disziplinen geschuldet ist.⁴ Der gemeinsame Kern der genannten Forschungsansätze besteht dabei in der These, dass Gestalt und Inhalt von schließlich in Kraft gesetzten Rechtsregeln nicht (oder jedenfalls nicht allein) durch das vorgeblich verfolgte Regelungsziel oder übergeordnete Erwägungen der Sachgerechtigkeit bestimmt werden: Sie werden zudem vielmehr maßgeblich durch die *Interessen* derjenigen Einheiten und Gruppen beeinflusst, die durch das neue Recht bzw. die möglicherweise im gleichen Zuge erfolgende Ersetzung des bisherigen Rechtszustands betroffen werden.⁵

Richtet man den Blick auf die Vertragsrechtsvereinheitlichung in Europa, so wären vorrangig fünf Gruppierungen durch sie betroffen: (1) Die „Marktbürger“ (also die Unternehmen, aber auch die Verbraucher), (2) deren Rechtsberater, (3) die Gerichte, (4) die Organe der Europäischen Gemeinschaft (also Rat, Kommission und Europäisches Parlament) sowie schließlich (5) die Institutionen der Mitgliedstaaten (vor allem die nationalen Parlamente). Für jede dieser Interessengruppen zeitigt die Einführung eines

² *Hans-Joachim Mertens*, Rechtsvereinheitlichung rechtspolitisch betrachtet, in: Festschrift für Bärmann (1975), S. 651, 652 f.

³ Siehe *John Linarelli*, The Economics of Uniform Laws and Uniform Lawmaking, 48 Wayne L. Rev. (2003), 1387, 1391.

⁴ Vgl. etwa *Dieter Schmidchen*, Vereinheitlichung des Vertragsrechts – eine Lösung auf der Suche nach einem Problem?, in: Thomas Eger/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung (2007), S. 1, 5, der die Neue Institutionenökonomik als „ein Konglomerat aus Transaktionskostenökonomik, Verfügungsrechtsanalyse und ökonomischer Vertragstheorie“ beschreibt; *Linarelli*, 48 Wayne L. Rev. (2003), 1387, 1391 f.

⁵ *Clayton P. Gillette/Robert E. Scott*, The Political Economy of International Sales Law, 25 Int. Rev. Law Econ. (2005), 446, 459 ff.; *Linarelli*, 48 Wayne L. Rev. (2003), 1387, 1393, 1416; *Dennis C. Mueller*, Public Choice III (2003), S. 347 ff.

einheitlichen europäischen Vertragsrechts Folgen, und jede wird daher versuchen, ihren Interessen – die typischerweise nicht vollständig identisch mit den Interessen anderer Interessensgruppen sein werden – im Prozess der Schaffung des Einheitsrechts Berücksichtigung zu verschaffen.

Bedeutsam ist, dass mit dieser Feststellung in keiner Weise ein Unwerturteil verbunden ist, etwa dahingehend, es sei verwerflich oder gar unzulässig, in diesem Zusammenhang interessengerichtet zu handeln und damit die Gestalt des schließlich geltenden Einheitsrechts zu beeinflussen.⁶ Das wissenschaftliche Erkenntnisinteresse der Neuen politischen Ökonomie (wie ich sie im Folgenden pauschal nennen werde) und auch mein Erkenntnisinteresse ist vielmehr auf die Frage gerichtet, wie sich eine solche Interessenwahrnehmung auswirkt oder auswirken kann und welche Lehren daraus für den Schaffungsprozess von Einheitsrecht gezogen werden können. Die bisherige Forschung der Neuen politischen Ökonomie des Einheitsprivatrechts hat sich dabei bislang ganz auf die Interessen konzentriert, die in der Phase der Entwicklung eines Rechtstextes bis zu seiner Inkraftsetzung als geltendes Recht spürbar werden.⁷ Meine *erste These* ist, dass jedenfalls bei Behandlung eines Europäischen Vertragsrechts der Blickwinkel noch weiter gezogen werden muss und auch diejenigen Interessen zu untersuchen sind, die sich erst bei der *Anwendung* eines einmal erlassenen Einheitsvertragsrechts auswirken werden: Eine tatsächliche Rechtseinheitlichkeit wird nämlich nicht bereits durch die Inkraftsetzung eines einheitlichen Rechtstextes erreicht, weil das Einheitsprivatrecht erst dann einheitlich gilt, wenn es auch tatsächlich einheitlich angewandt wird. Vor allem auf dieser Ebene kommen sodann die Interessen von Unternehmen, von Rechtsberatern und von Gerichten ins Spiel, die zwar auch bei der Schaffung des Einheitsrechts schon eine Rolle spielen können, sich aber primär erst bei dessen Anwendung in der Praxis auswirken werden.

2. Die Gestaltung des „Rahmens“ eines Europäischen Vertragsrechts als Schlüsselfrage für dessen Anwendung: „Opt in“ oder „opt out“?

Denkt man über die Schaffung eines einheitlichen Europäischen Vertragsrechts nach, so erscheint es dabei – und dies ist meine *zweite These* – nahe liegend, wenn nicht sogar zwingend, den zu erarbeitenden Einheitsrechtsakt zielgerichtet so auszugestalten, dass er in der Praxis auf Anwendung hoffen kann. Lässt man diesen Aspekt hingegen außer acht, so besteht die Gefahr, dass – wie es *Peter Schlechtriem* einmal zur internationalen Kauf-

⁶ Vgl. in diesem Sinne auch *Martijn W. Hesselink*, The Politics of European Contract Law: Who has an Interest in what Kind of Contract Law for Europe?, in: Stefan Grundmann/Jules Stuyck (Hrsg.), *An Academic Green Paper on European Contract Law* (2002), S. 181, 190 f.

⁷ So zur internationalen Einheitsrechtsetzung etwa *Gillette/Scott*, 25 *Int. Rev. Law Econ.* (2005), 446, 459 ff.; *Linarelli*, 48 *Wayne L. Rev.* (2003), 1387 ff.

rechtsvereinheitlichung formuliert hat – das Einheitsrecht „ein Steinbruch für Doktorthe-men“ wird, „der auf Jahrzehnte hinaus reiche Ausbeute verspricht, aber für die Praxis toter Buchstabe“ bleibt.⁸

a) Die Schlüsselfrage

Von welchen Voraussetzungen, vor allem welchen Merkmalen eines Europäischen Vertragsrechts dessen voraussichtliche Akzeptanz abhängen wird, kann dabei mit den Methoden der Neuen politischen Ökonomie untersucht werden. Ich möchte mich hierbei auf eine Frage konzentrieren, die den Geltungsbereich des Europäischen Vertragsrechts (sozusagen seinen „Rahmen“) betrifft, und die ich mit Blick auf seine Akzeptanz für die *entscheidende Schlüsselfrage* halte. Zuvor muss ich klarstellen, dass es mir im Folgenden um die Rechtsanwendung bei grenzüberschreitenden Verträgen geht – ob europäisches Einheitsrecht auch für rein innerstaatliche Vertragsbeziehungen gelten sollte, lasse ich einstweilen offen. Soweit daher von einem Vertrag zwischen zwei Parteien die Rede ist, bezieht sich dies auf Parteien, die in unterschiedlichen Staaten ansässig sind.

Was meine ich mit der „Schlüsselfrage“ nun genau? Wir müssen uns vor Augen halten, dass die augenblicklichen Arbeiten an einem einheitlichen Europäischen Vertragsrecht zu einem Zeitpunkt stattfinden, zu dem sämtliche 27 EU-Staaten bereits nationale Vertragsrechte haben, die zum Teil schon über eine sehr lange Tradition verfügen. Es muss daher entschieden werden, welche Folgen die Inkraftsetzung eines Europäischen Vertragsrechts für die geltenden nationalen Vertragsrechte in grenzüberschreitenden Konstellationen haben soll: Sollen diese insoweit durch das neue europäische Einheitsrecht *ersetzt* werden oder sollen europäisches Vertragsrecht und nationale Rechte *nebeneinander* bestehen, und unter welchen Voraussetzungen soll in diesem Fall das eine oder das andere Recht anzuwenden sein?⁹

b) Denkbare Gestaltungsmöglichkeiten: „Opt in“ und „opt out“

Die Diskussionen unter den Juristen zu dieser Frage stehen noch am Anfang. Dabei werden drei grundsätzliche Gestaltungsmöglichkeiten genannt, die für den Geltungsbereich des Europäischen Vertragsrechts in Frage kommen. Die klarste und am weitesten gehende bestünde darin, dass das Europäische Vertragsrecht die nationalen Vertragsrechte ersetzt. Das BGB, der Code Civil etc. würden also aufgehoben, soweit das Europäische Einheits-

⁸ *Peter Schlechtriem*, *Einheitliches Kaufrecht – wissenschaftliches Modell oder praxisnahe Regelung?* (1978), S. 7.

⁹ Siehe *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat „Ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan“ vom 12.2.2003, KOM(2003) 68 endg., Nr. 92.

recht Regelungen vorsieht. Dies wird in der Tat verschiedentlich vertreten, dürfte allerdings – wie weithin anerkannt wird – kaum Aussicht auf politische Durchsetzbarkeit haben.

Ich konzentriere mich daher auf die beiden realistischeren Möglichkeiten, für die sich in der jüngeren Diskussion die Bezeichnung als „opt in“-Instrument einerseits und „opt out“-Instrument andererseits eingebürgert hat.¹⁰ Bei beiden Gestaltungsformen bleibt das nationale Vertragsrecht parallel bestehen, und der Unterschied besteht in der Frage, unter welcher Voraussetzung das Europäische Vertragsrecht anstelle des nationalen Vertragsrechts auf einen Vertrag Anwendung findet.

Als „opt in“-Instrument gestaltet würde das Europäische Vertragsrecht vorsehen, dass es nur bei seiner positiven Wahl durch die Vertragsparteien zur Anwendung gelangt; es wäre also ein Rechtsakt, dessen konkrete Anwendbarkeit von einem „opt in“ der Vertragsparteien abhängt. Tun die Parteien nichts, so gelangt unverändert ein nationales Vertragsrecht zur Anwendung.

Ein Europäisches Vertragsrecht in Form eines „opt out“-Instruments ginge darüber hinaus: Es gälte immer, sofern es nicht von den Parteien abgewählt wurde („opt out“-Möglichkeit), und verfügte damit über einen eigenen Anwendungsanspruch, der die nationalen Vertragsrechte in potentiell erheblich weiter gehender Weise verdrängen würde. Tun die Parteien nichts, so unterliegt ihr Vertrag in diesem Fall dem Europäischen Vertragsrecht.

Vereinfacht gesagt, entspräche ein Europäisches Vertragsrecht mit „opt in“-Erfordernis damit im Grunde bloßen europäischen Musterbedingungen,¹¹ während ein „opt out“-Vertragsrecht ein veritables internationales Vertragsgesetz der EG wäre. Es ist nahe liegend, dass sich die Frage der Akzeptanz entsprechend unterschiedlich darstellen wird.

3. Das Einheitskaufrecht als einschlägiges Anschauungsbeispiel

Wie auch alle anderen Autoren, die im Bereich der europäischen Vertragsrechtsvereinheitlichung mit ökonomischen Methoden arbeiten, muss allerdings auch ich an dieser

¹⁰ So etwa in *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat „Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen“ vom 11.10.2004, KOM(2004) 651 endg., S. 19; plastisch *Jürgen Basedow*, Ein optionales Europäisches Vertragsgesetz – opt-in, opt-out, wozu überhaupt?, ZEuP 2004, 1 ff.

¹¹ Vgl. *Schlechtriem* (o. Fußn. 8), S. 9 (zur vergleichbaren Situation des Haager Kaufrechts in Großbritannien; dazu noch näher im Text).

Stelle darüber klagen, dass es an einschlägigen empirischen Daten mangelt.¹² Wenn ich mich im Folgenden gleichwohl nicht auf Aussagen beschränken muss, die sich auf bloße Intuition und *common sense* stützen, so liegt dies daran, dass wir in Europa in einem nahe verwandten Bereich auf umfangreiche Erfahrungen mit internationalem Einheitsrecht zurückblicken können: Ich spreche von dem internationalen einheitlichen Kaufrecht, das ich im Folgenden als Anschauungsbeispiel nutzen möchte.

a) UN-Kaufrecht

Die Privatrechtsvereinheitlichung für den Bereich der internationalen Warenkaufverträge hat bekanntlich gerade im westlichen Europa schon einige Tradition. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, kurz UN-Kaufrecht oder (nach der englischen Abkürzung des Übereinkommens) „CISG“ genannt, wurde 1980 auf einer Diplomatischen Konferenz in Wien verabschiedet und trat 1991 in Deutschland in Kraft. Es handelt sich um ein klassisches einheitsrechtliches Übereinkommen in Form eines völkerrechtlichen Vertrages, das durch die einzelnen Staaten ratifiziert und in Kraft gesetzt werden muss, um Anwendung finden zu können. Das UN-Kaufrecht kann dabei durch die Kaufvertragsparteien übereinstimmend abgewählt werden (Art. 6 CISG) und stellt damit das Musterbeispiel für ein „opt out“-Einheitsrecht dar.¹³ Heute gilt es in 70 Staaten, verteilt über die gesamte Welt, darunter in 23 der augenblicklich 27 EU-Staaten. (Es fehlen z. Zt. noch das Vereinigte Königreich, Irland, Portugal und Malta.¹⁴) Zum UN-Kaufrecht sind bislang etwa 2.100 veröffentlichte Gerichts- und Schiedsgerichtsentscheidungen ergangen.

b) Haager Kaufrecht

Das UN-Kaufrecht hatte zudem bereits einen Vorläufer, das sog. Haager Einheitliche Kaufrecht, das 1964 auf einer Diplomatischen Konferenz in Den Haag angenommen wurde. Das Haager Kaufrecht war mit auf dem Höchststand neun Vertragsstaaten weltweit weit weniger erfolgreich, stellte aber vorübergehend gleichwohl eine Art europäisches Einheitskaufrecht dar, weil es sich bei den damaligen Vertragsstaaten vor allem um

¹² Vgl. *Gerhard Wagner*, The Virtues of Diversity in European Contract Law, in: Jan Smits (Hrsg.), *The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives* (2005), S. 1, 4; *Helmut Wagner*, Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty, in: Jan Smits (Hrsg.), *The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives* (2005), S. 25, 35.

¹³ In diesem Sinne wird das UN-Kaufrecht auch durch die Europäische Kommission in ihren Einlassungen zu einer europäischen Vertragsrechtsvereinheitlichung regelmäßig angeführt; vgl. etwa *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum europäischen Vertragsrecht vom 11.7.2001, KOM(2001) 398 endg., Nr. 66.

¹⁴ Zu den jeweiligen Hintergründen *Ulrich G. Schroeter*, UN-Kaufrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht: Verhältnis und Wechselwirkungen (2005), § 3 Rn. 3 ff.

Mitgliedstaaten der EG handelte.¹⁵ Mittlerweile hat das UN-Kaufrecht seinen Vorgänger weitgehend ersetzt.

c) Parallelen des Einheitskaufrechts zum Europäischen Vertragsrecht

Das Einheitskaufrecht zeichnet sich zum einen deshalb durch eine offensichtliche Nähe zu einem Europäischen Vertragsrecht aus, weil es in Gestalt des Kaufvertrages sachlich den praktischen wichtigsten Vertragstyp des Binnenmarktes betrifft. Sowohl das Haager Kaufrecht als auch das UN-Kaufrecht weisen zudem gerade im Bereich ihrer Anwendungsvoraussetzungen auffällige Parallelen zu den unterschiedlichen Gestaltungsvarianten auf, die zum Europäischen Vertragsrecht diskutiert werden. Sie bieten damit praktisches Anschauungsmaterial sowohl zu einem „opt in“- als auch einem „opt out“-Einheitsrecht, aus dem sich wertvolle Schlüsse zur Anwendung eines entsprechend gestalteten Europäischen Vertragsrechts und zu den darauf einwirkenden Interessen ziehen lassen.

III. „Opt in“ und „opt out“ im Spiegel der Interessen

1. Die Interessen der Unternehmen

Ich beginne mit den Interessen der europäischen Unternehmen, denn den Unternehmen und anderen Marktakteuren soll die Rechtsvereinheitlichung in der EU (und darüber hinaus) vorrangig dienen, wie sich aus dem Primärrecht der EG (wie auch der Präambel des CISG) ablesen lässt.

a) Senkung von Transaktionskosten als Ziel

Aus Sicht der grenzüberschreitend tätigen Unternehmen stellt die Tatsache, dass die bislang geltenden nationalen Vertragsrechte inhaltlich voneinander abweichen, nicht primär einen kulturell oder ästhetisch unerfreulichen Umstand, sondern vielmehr einen Kostenfaktor dar: Die Rechtsunheitlichkeit verursacht Transaktionskosten,¹⁶ auf deren Senkung das Interesse international tätiger Unternehmen nach normativer wirtschaftswissenschaftlicher Theorie gerichtet sein müsste, weil entsprechende Kosten bei rein

¹⁵ Vgl. Schroeter (o. Fußn. 14), § 2 Rn. 6.

¹⁶ Europäische Kommission, Mitteilung (o. Fußn. 13), Nr. 31 ff.; Europäische Kommission, Aktionsplan (o. Fußn. 9), Nr. 34 ff.; Gillette/Scott, 25 Int. Rev. Law Econ. (2005), 446, 453; Linarelli, 48 Wayne L. Rev. (2003), 1387, 1394; G. Wagner (o. Fußn. 12), S. 1, 17; H. Wagner (o. Fußn. 12), S. 25, 29; Christian von Bar/Stephen Swann, Response to the Action Plan on European Contract Law: A More Coherent European Contract Law (COM (2003) 63), ERPL 2003, 595 ff., Nr. 15.

innerstaatlich handelnden Konkurrenten nicht existieren und letztere daher zu einem niedrigen Preis anbieten können.¹⁷

aa) Unterschiede zwischen nationalen Vertragsrechten als Informationskostenursache

Transaktionskosten¹⁸ treten bei grenzüberschreitenden Verträgen primär in Gestalt von Informationskosten auf,¹⁹ unter denen vor allem die Kosten für die Beschaffung von Informationen über den Inhalt der unterschiedlichen nationalen Vertragsrechte ins Gewicht fallen.²⁰ Der Theorie zufolge würde sich das Unternehmen nämlich über die verschiedenen Vertragsrechte informieren (oder, durch Rechtsberater oder Verbände, informieren lassen) und dann bewusst dasjenige Recht wählen, welches die für seine Zwecke günstigste Vertragsrechtsregelung vorsieht – wenn ein bestimmtes Recht etwa den Käufer bei grenzüberschreitenden Geschäften einseitig bevorzugt, werden die informierten Käufer gegenüber nicht informierten Verkäufern die Wahl dieser Rechtsordnung durchsetzen.²¹ Diesen Vorgang bezeichnet man häufig auch als „Wettbewerb der Rechtsordnungen“.

Freilich gibt es nach diesem ökonomischen Erklärungsansatz auch Konstellationen, in denen sich die Informationsbeschaffung nicht lohnt,²² etwa weil es sich um kleinere oder mittlere Unternehmen handelt oder nur ausnahmsweise internationale Transaktionen durchgeführt werden.²³ Nach klassischer Auffassung soll der genaue Inhalt der Vertragsrechtsordnungen hier aus Sicht der betroffenen Unternehmen letztlich keine besondere Rolle spielen, weil sie eine als inhaltlich vorteilhaft ermittelte Rechtsordnung aufgrund ihrer mangelnden Verhandlungsstärke gegenüber der überlegenen Gegenseite ohnehin nicht durchsetzen könnten²⁴ oder aber bereits die bloße Unbekanntheit ausländischer

¹⁷ Gillette/Scott, 25 Int. Rev. Law Econ. (2005), 446, 448.

¹⁸ Vgl. Schmidtchen (o. Fußn. 4), S. 1, 7: „der Begriff schillert“.

¹⁹ Gillette/Scott, 25 Int. Rev. Law Econ. (2005), 446, 453 f.; Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer, Die Vereinheitlichung des europäischen Vertragsrechts: Ökonomische Notwendigkeit oder akademisches Interesse?, in: dies. (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen (2002), S. 203, 207; Schmidtchen (o. Fußn. 4), S. 1, 23; H. Wagner (o. Fußn. 12), S. 25, 29.

²⁰ Ott/Schäfer (o. Fußn. 19), S. 203, 207.

²¹ Ott/Schäfer (o. Fußn. 19), S. 203, 215; von Bar/Swann, ERPL 2003, 595 ff. Nr. 43: „The ‘problem’ that parties may suddenly and en masse choose to subject their agreements to a strange national law [...] already exists...“.

²² Zu den potentiellen Rechtsermittlungskosten in „prohibitiver Höhe“ Peter Mankowski, Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs, RIW 2003, 2, 7.

²³ Linarelli, 48 Wayne L. Rev. (2003), 1387, 1402.

²⁴ Peter Herbel, Der internationale Unternehmensjurist – ein vaterlandsloser Geselle?, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert: Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Peter Schlechtriem (1999), S. 1, 9: „Bei der

Rechtsordnungen dazu führt, dass kleinere oder mittlere Unternehmen vom Abschluss grenzüberschreitender Verträge absehen,²⁵ also ohne dass es auf den Inhalt des auf einen solchen Vertrag anwendbaren Rechts ankäme. Letztere These wird vor allem von der Europäischen Kommission²⁶ und an der europäischen Vertragsrechtsvereinheitlichung arbeitenden Rechtswissenschaftlern²⁷ vertreten, während die Stellungnahmen von wirtschaftswissenschaftlicher Seite in dieser Hinsicht sehr skeptisch ausfallen.²⁸

bb) Unter Informationskostengesichtspunkten vorteilhafte Anwendungsvoraussetzungen eines Europäischen Vertragsrechts

Unterstellt man die beschriebenen Annahmen für einen Moment als richtig, so wäre die Schaffung eines Europäischen Vertragsrechts aus Sicht derjenigen Unternehmen, die stets eine überlegte Rechtswahl vornehmen, positiv zu bewerten,²⁹ würde dadurch doch im EU-Raum ein „28. Vertragsrecht“ und damit eine zusätzliche Wahlmöglichkeit geschaffen.³⁰ Die Ausgestaltung als „opt in“- oder „opt put“-Instrument wäre danach irrelevant, weil ein bewusstes Optieren in jedem Fall erfolgt.

Für kleine und mittlere Unternehmen wäre hingegen eine „opt out“-Gestaltung vorzugswürdig, weil in den Fällen, in denen die Rechtswahl nicht durch die Gegenseite diktiert wird, sondern unterbleibt, in Gestalt des Europäischen Vertragsrechts ein Recht Anwendung fände, dessen Inhalt für das Unternehmen leichter feststellbar ist als der Inhalt einer ausländischen Vertragsrechtsordnung³¹ und aus diesem Grund die von einem Vertragsabschluss abhaltende Unsicherheit wegfiel oder jedenfalls reduziert würde.³²

Rechtswahlklausel geht es dagegen eindeutig um ein Kräfteverhältnis. Die stärkere Partei wird der anderen Partei ihr nationales Recht aufzwingen.“

²⁵ Jan Smits, Diversity of Contract Law and the European Internal Market, in: ders. (Hrsg.), The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives (2005), S. 153, 167.

²⁶ Europäische Kommission, Mitteilung (o. Fußn. 13), Nr. 30; Europäische Kommission, Aktionsplan (o. Fußn. 9), Nr. 30.

²⁷ Ole Lando, Is Codification Needed in Europe?, ERPL 1993, 157; ders., Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law, ERPL 2000, 59, 61.

²⁸ Vgl. Schmidtchen (o. Fußn. 4), S. 1, 9 ff.; aus Sicht eines Juristen ebenso G. Wagner (o. Fußn. 12), S. 1, 18. Anders aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht hingegen H. Wagner (o. Fußn. 12), S. 25, 41.

²⁹ So auch G. Wagner (o. Fußn. 12), S. 1, 16 mit dem Argument, dass die Parteien dadurch nicht mehr zur Wahl eines ausländischen Rechts gezwungen wären – letzterer Umstand stellt aus ökonomischer Perspektive jedoch als solcher keinen Nachteil dar.

³⁰ Schmidtchen (o. Fußn. 4), S. 1, 35; ebenso, aber kritisch Linarelli, 48 Wayne L. Rev. (2003), 1387, 1406 ff.; anders Gillette/Scott, 25 Int. Rev. Law Econ. (2005), 446, 482.

³¹ Mankowski, RIW 2003, 2, 9; Ott/Schäfer (o. Fußn. 19), S. 203, 212.

³² Siehe zu den Stellungnahmen zum „Aktionsplan“ der Kommission Europäische Kommission, Mitteilung „Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen“ (o. Fußn. 10), S. 19.

b) Kritik des Informationskostenarguments

Allerdings leidet das referierte Modell, welches das anwendbare Vertragsrecht aus Unternehmenssicht als ein wichtiges Transaktionsdetail einordnet, das von den Vertragsparteien inhaltlich untersucht und bewertet und sodann als Kostenfaktor „eingepreist“ wird, an einem wesentlichen Mangel: Es sind nämlich schlichtweg keinerlei empirische Befunde dafür feststellbar, dass die international agierenden Marktbürger dem anwendbaren Vertragsrecht die Bedeutung tatsächlich zumessen, die sie ihm als rational handelnde Akteure theoretisch zumessen müssten,³³ und dass überhaupt eine überlegte Auswahl des passenden („günstigen“) Vertragsrechts stattfindet.

aa) Empirischer Befund: Praktisch durchgängige Wahl des Heimatrechts

Im Gegenteil ist festzustellen, dass europäische Unternehmen in ihren Verträgen bzw. ihren AGB praktisch ausnahmslos ihr eigenes Recht (d.h. das an ihrem jeweiligen Sitz geltende nationale Recht)³⁴ sowie vereinzelt alternativ eine „neutrale“ Rechtsordnung wählen, während die inhaltliche Geeignetheit der einzelnen Rechtsordnung für die Interessen der konkreten Partei oder für die konkrete Transaktion anscheinend vollständig irrelevant ist.³⁵ Dieser Befund stimmt überein mit dem Bild, welches sich aus den mittlerweile über 2.000 Gerichts- und Schiedsgerichtsentscheidungen zum UN-Kaufrecht ergibt: Sind eine (oder mehrere) Rechtswahlklauseln vorhanden, so erklären diese praktisch durchgehend das nationale Vertragsrecht am Sitz der jeweiligen Partei für anwendbar, und nur vereinzelt kommt es als Kompromiss zur unmittelbaren Vereinbarung des UN-Kaufrechts. Lediglich in einzelnen Branchen hat sich die einheitliche Wahl eines bestimmten nationalen Rechts durchgesetzt, das für die dortigen Marktteilnehmer (unabhängig von der Vorteilhaftigkeit für die konkrete Partei) als eingeführter Marktstandard gilt, wie die Wahl des englischen Rechts bei Schiffahrtsverträgen und in der *commodity trade* sowie des New Yorker Rechts bei internationalen Finanzierungsverträgen. Dass ein Unternehmen im Übrigen ein ausländisches Vertragsrecht als inhaltlich für seine Position günstig ermittelt und dessen Anwendbarkeit durchzusetzen versucht, ist hingegen offenkundig eine Konstellation, die allein in der Theorie vorkommt.

³³ In diesem Sinne auch G. Wagner (o. Fußn. 12), S. 1, 18.

³⁴ So etwa in OLG Celle, ZIP 2001, 1724 f. (Wohnrechtserwerb – Recht der Isle of Man); OLG Hamburg, RIW 1998, 889 (Darlehensvertrag – schwedisches Recht); LG Düsseldorf, IPRspr 2002, Nr. 31, 78 ff. (Franchisevertrag – Recht des U.S.-Gliederstaates Kansas); AG Langenfeld, NJW-RR 1998, 1524 ff. (Kaufvertrag – niederländisches Recht).

³⁵ Eva-Maria Kieninger, Rechtsentwicklung im Wettbewerb der Rechtsordnungen, in: Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen (2002), S. 72, 92 f.: die Bilanz sei „ernüchternd“.

bb) Irrelevanz des Vertragsrechtsinhalts aus unternehmerischer Sicht

Warum ist dies so? Weitere empirische Befunde weisen darauf hin, dass Unternehmen – in Abweichung von den theoretischen Annahmen, und bei In- wie auch bei Auslandsge-
 schäften – typischerweise kein Interesse daran haben, überhaupt irgendeine Entscheidung
 über die rechtlichen Regelungen zu treffen, die auf einen Vertrag anzuwenden sein
 werden.³⁶ Entsprechende Ergebnisse ergaben bereits in den 1960er und 70er Jahren die
 bekannten Erhebungen *Macaulays* unter U.S.-amerikanischen Unternehmen,³⁷ die
 plastisch in einer dort wiedergegebenen Aussage eines Geschäftsmannes zum Ausdruck
 kommen: „Contracts are a waste of time. [...] If we needed a contract with a man, we
 wouldn't deal with him.“³⁸ Aber auch im heutigen Europa spricht vieles dafür, dass
 grenzüberschreitend tätige Unternehmen die internationale Vertragsrechtsfrage vollständig
 und abschließend ihren Rechtsberatern überlassen, und zwar nicht nur in dem Sinne, dass
 sie das Fachwissen der Rechtsanwälte bzw. Verbandsjuristen einkaufen und nutzen, um
 sodann als Nicht-Juristen selbst eine aufgeklärte Rechtswahl treffen zu können, sondern
 indem sie die Entscheidung als solche übertragen.³⁹ Sogar diese delegierende Handlung
 nehmen die Unternehmen dabei vielfach überhaupt nur auf Drängen ihrer Rechtsberater
 vor, die ihrerseits auf der Aufnahme von Rechtswahl- und Streitbeilegungsklauseln
 beharren. Aus Unternehmersicht gleicht ein solches Ansinnen, wenn es in der Vertragsab-
 schlussphase vorgebracht wird, hingegen in etwa dem Auftritt eines entfernten
 Familienmitglieds auf dem Hochzeitsempfang, wo dieses noch vor der Zeremonie alle
 Anwesenden mit lauter Stimme über seine höchst unerfreulichen Erfahrungen mit Schei-
 dungen und deren finanziellen Folgen in Kenntnis setzt.

Eine *wissenschaftliche Begründung* dafür, warum es sich bei dieser Haltung nicht ledig-
 lich um eine nur selten auftretende Ausnahmeerscheinung, sondern um ein systematisches
 Rationalitätsdefizit der Marktteilnehmer handelt, könnte dabei die noch junge Forschungs-
 richtung des *behavioral law and economics* liefern.⁴⁰ Sie hat nachgewiesen, dass reale
 Akteure typischerweise solche Informationen ignorieren, die ihren jeweiligen Interessen,
 Wünschen und Glaubenssätzen – bei einigungswilligen Vertragspartnern also etwa dem
 Vertrauen in die erfolgreiche Durchführung der bevorstehenden Transaktion – zuwiderlau-

³⁶ *Schmidtchen* (o. Fußn. 4), S. 1, 42; *Smits* (o. Fußn. 25), S. 153, 169 ff.

³⁷ *Stewart Macaulay*, Non-contractual relations in business: a preliminary study, 28 *ASR* (1963), 55 ff.; *ders.*,
 The Use and Non-Use of Contracts in the Manufacturing Industry, in: Ian R. MacNeil (Hrsg.), *Cases and*
Materials on Contracts: Exchange, Transactions and Relationships (1971), S. 9 ff.; im selben Sinne zu
 englischen Unternehmen *Hugh Beale/Tony Dugdale*, *Contracts between businessmen*, 2 *British J. Law and*
Society (1975), 45 ff.

³⁸ *Macaulay*, *The Use and Non-Use of Contracts* (o. Fußn. 37), S. 9.

³⁹ *Herbel* (o. Fußn. 24), S. 1, 8 f.; *Mankowski*, *RIW* 2003, 2 f.: Kaufmännische Verhandlungsführer schenken
 der Frage keine Beachtung oder wollen sich bewusst nicht mit „technischen Technikalitäten“ belasten.

⁴⁰ So auch *Smits* (o. Fußn. 25), S. 153, 175.

fen und damit kognitive Dissonanzen auslösen würden.⁴¹ Ein Unternehmensjurist hat das
 Ergebnis einmal selbstkritisch mit den Worten zusammengefasst: „Statt also, wie für die
 anderen wirtschaftlich wichtigen Faktoren, auch für die Rechtskomponente eine Optimie-
 rung zu suchen, würfeln wir.“⁴²

2. Die Interessen der Rechtsberater

Dass bestehende Rechtswahlklauseln in Verträgen nahezu ausnahmslos das nationale
 Heimatrecht der betreffenden Partei verwenden, geht nach dem Gesagten also nicht auf die
 Wahl der Unternehmen, sondern ihrer Rechtsberater⁴³ zurück. Will man eine Prognose
 über die Akzeptanz eines Europäischen „opt in“- oder „opt out“-Vertragsrechts treffen, so
 kommt es hierbei – und dies ist meine *dritte These* – also auf die Interessen der Rechtsbe-
 raters der europäischen Unternehmen an.⁴⁴ In Abwandlung eines Wahlkampflogans des
 späteren U.S.-Präsidenten Bill Clinton, der seine Mitarbeiter mit den Worten „It's the
 economy, stupid!“ an die Präferenzen der Wähler zu erinnern pflegte, könnte man daher
 für unsere Zwecke formulieren: „It's *not* the economy, stupid – it's their legal advisors!“

a) Empirischer Befund: Praktisch durchgängige Wahl des Heimatrechts

Auf den ersten Blick könnte man nun einfach annehmen, dass die Interessen der Rechtsbe-
 raters allein darauf gerichtet sein werden, die wirtschaftlichen Interessen ihrer Mandanten
 rechtlich bestmöglich umzusetzen. Beschränkt man sich für einen Moment auf die
 Alternative zwischen nationalem Kaufrecht und UN-Kaufrecht,⁴⁵ so müsste ein auftrags-
 gemäß handelnder Rechtsanwalt Vor- und Nachteile beider Regelwerke unter Beachtung
 der konkreten Situation seines Mandanten (also vor allem der Frage, ob dieser den
 Kaufvertrag bzw. die AGB als Verkäufer oder Käufer verwenden will) gegenüberstellen
 und die Wahl des günstigeren Regelwerkes empfehlen. (Dies würde, um nur ein Beispiel
 zu nennen, bei der Erstellung von Käufer-AGB regelmäßig klar für das UN-Kaufrecht
 sprechen, weil darin die Rügeobliegenheit des Käufers erheblich laxer ausgestaltet ist als

⁴¹ *Horst Eidenmüller*, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral
 Law and Economics, *JZ* 2005, 216, 218; grundlegend bereits *Leon Festinger*, *A Theory of Cognitive*
Dissonance (1957).

⁴² *Herbel* (o. Fußn. 24), S. 1, 9 f.

⁴³ Dies wird in den meisten Fällen ein beauftragter Rechtsanwalt, bei größeren Unternehmen möglicherweise
 auch der eigene Rechtsstab sein (zu Letzterem *Mankowski*, *RIW* 2003, 2, 3). Zu den Rechtsberatern lassen
 sich im weiteren Sinne allerdings auch Branchenverbände zählen, die Standardbedingungen erstellen oder
 Empfehlungen über die zu wählende Vertragsrechtsordnung aussprechen.

⁴⁴ In diese Richtung wohl auch *von Bar/Swann*, *ERPL* 2003, 595 ff. Nr. 10.

⁴⁵ Vgl. mit Blick auf die Alternative zwischen nationalen Rechten *von Bar/Swann*, *ERPL* 2003, 595 ff. Nr.
 40: „legal advisers have hitherto been called on to juggle knowledge of numerous national laws or else in
 effect to sub-contract the advisory task at their clients' expense.“

im strengen § 377 HGB⁴⁶ und in der Praxis mehr Käuferklagen an einer verfristeten Mängelrüge scheitern als an jedem anderen Umstand.) Wäre dies die Realität, so könnte die Rechtswahl kaum – wie vorhin zitiert – als „Würfeln“ beschrieben werden.

Tatsächlich ergeben Umfragen unter Rechtsanwälten zum CISG aber ein Bild, das weitgehend mit bereits berichteten Befund des häufigen (jedenfalls versuchten) „opt out“ aus dem Einheitsrecht übereinstimmt: In einer 2004 durchgeführten Befragung von ca. 500 deutschen Rechtsanwälten gaben 42% der Befragten an, das UN-Kaufrecht generell auszuschließen,⁴⁷ und auch eine Untersuchung zur Vertragspraxis niederländischer Unternehmen führte zum Ergebnis, dass nur solche Firmen das UN-Kaufrecht vertraglich ausschlossen, deren AGB durch Rechtsberater formuliert worden waren.⁴⁸ Als Grund lässt sich dabei fast immer die *mangelnde Kenntnis* und Beherrschung des UN-Kaufrechts auf Seiten der betroffenen Rechtsberater identifizieren⁴⁹ (nicht hingegen ein inhaltlicher Vergleich des UN-Kaufrechts mit den nationalen Vertragsrechten, der zuungunsten des Einheitskaufrechts ausgefallen wäre).

b) Gründe für die Bevorzugung der nationalen Heimatrechte gegenüber dem Einheitsrecht aus ökonomischer Perspektive

Fragt man sich, warum erheblichen Teilen der Rechtsanwaltschaft das UN-Kaufrecht, dessen Inhalt sie nach der Rechtsprechung von Rechts wegen kennen müssten,⁵⁰ gleichwohl unbekannt geblieben ist und sie diesen Mangel durch ein pauschales „opt out“ zu kaschieren suchen, so wird von Vertretern der *behavioral law and economics*-Richtung auf das psychologische Phänomen des „status quo bias“ verwiesen;⁵¹ nach einem geringfügig anderen Ansatz würde man von „Pfadabhängigkeit“ sprechen.⁵²

⁴⁶ Ingeborg Schwenzer, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG –, 4. Aufl. (2004), Art. 39 Rn. 15.

⁴⁷ Justus Meyer, UN-Kaufrecht in der deutschen Anwaltspraxis, *RabelsZ* 69 (2005), 457, 471.

⁴⁸ Roeland I. V. F. Bertrams, Enige aspecten van het Weens Koopverdrag (1995), 72 ff.

⁴⁹ Herbel (o. Fußn. 25), S. 1, 12; Robert Koch, Wider den formularmäßigen Ausschluss des UN-Kaufrechts, *NJW* 2000, 910; Mankowski, *RIW* 2003, 2, 8; Wolfgang Witz/Hanns-Christian Salger/Manuel Lorenz, International Einheitliches Kaufrecht: Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG (2000), S. 7; ebenso die Befunde bei Meyer, *RabelsZ* 6 (2005), 457, 475.

⁵⁰ So schon zum Haager Kaufrecht OLG Koblenz, *NJW* 1989, 2699, 2700; aus der Literatur mit Blick auf die Haager Kaufgesetze zustimmend Ulrich Hübner, Die Berufshaftung – ein zumutbares Risiko?, *NJW* 1989, 5, 7; Franz Tepper, Anwaltschaft und EuGVÜ, *IPRax* 1991, 98, 99. Nachweise zum UN-Kaufrecht finden sich unten in Fußn. 56.

⁵¹ Smits (o. Fußn. 25), S. 153, 175; vgl. auch Heico Kerkmeester, Uniformity of European Contract Law – An Economic Study Between Logic and Fact, in: Jan Smits (Hrsg.), *The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives* (2005), S. 69, 81.

⁵² Linarelli, 48 *Wayne L. Rev.* (2003), 1387, 1412 f.

Der Befund lässt sich jedoch auch bei Annahme eines rationalen ökonomischen Handelns der Rechtsberater erklären, nämlich damit, dass eine Kenntnisverschaffung über den Inhalt des UN-Kaufrechts (das an deutschen Universitäten selten Bestandteil des Unterrichts ist) ihnen Aufwendungen verursachen würde,⁵³ ohne zusätzliche Honorare einzubringen.⁵⁴ Diese eigenen Aufwendungen lassen sich durch eine flächendeckende Abwahl des CISG in den betreuten Verträgen vermeiden. Da den Mandanten auf diese Weise die Anwendung eines für sie günstigeren Regelwerkes entgehen kann, ohne dass sie dieses als Nichtjuristen bemerken werden,⁵⁵ handelt es sich um ein klassisches *Principal-Agent*-Problem: Der Rechtsberater nutzt die bestehende Informationsasymmetrie über Rechtswahlmöglichkeiten und -vorteile zu Lasten seines Auftraggebers aus. Dass der Rechtsanwalt sich dadurch schadensersatzpflichtig machen kann, weil er bei Annahme eines internationalkaufrechtlichen Mandats unstreitig das UN-Kaufrecht beherrschen und beachten muss,⁵⁶ nutzt den beratenen Unternehmen in der Praxis wohl nicht viel, weil eine Anwaltschaftung bei internationalen Transaktionen anscheinend sehr selten geltend gemacht wird.

Das konstatierte Interesse an einer pauschalen, flächendeckenden Abbedingung des Einheitsrechts, das bei Teilen der Rechtsanwaltsanwaltschaft besteht und zu häufigen „opt out“-Versuchen führt, heißt allerdings nicht, dass das UN-Kaufrecht in den betreffenden Fällen tatsächlich keine Anwendung findet. Hier wirkt es sich nämlich aus, wenn der Rechtsanwalt sich das Studium des UN-Kaufrechts gespart hat; Denn wer in Vertretung seines Mandanten aus dem UN-Kaufrecht „aus-optieren“ will, der muss zumindest den Inhalt des hierfür maßgeblichen Art. 6 CISG kennen und wissen, wie eine „opt out“-Vertragsklausel formuliert werden muss. Viele Rechtsanwälte wissen dies jedoch anscheinend nicht. Weil die Gerichte diese Vorschrift hingegen offenkundig viel besser beherrschen und zudem streng auslegen, scheitert das „opt out“ im Ergebnis häufig, und der Rechtsanwalt macht vor Gericht schließlich doch noch Bekanntschaft mit dem UN-Kaufrecht.

⁵³ Gillette/Scott, 25 *Int. Rev. Law Econ.* (2005), 446, 478: „Attorneys have incentives to avoid learning about novel law, and thus they incorporate into their contracts legal principles with which they are already familiar.“

⁵⁴ Die Untersuchungen ausländischer Vertragsrechte müssten sie nämlich im Regelfall an ausländische Rechtsanwälte „auslagern“, die sodann entsprechende legal opinions anfertigen und dafür vom Mandanten bezahlt würden.

⁵⁵ Vgl. Gillette/Scott, 25 *Int. Rev. Law Econ.* (2005), 446, 466.

⁵⁶ Brigitte Borgmann/Antje Jungk/Holger Grams, Anwaltschaftung, 4. Aufl. (2005), § 19 Rn. 47; Joachim Gruber, Anwaltschaftung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, *MDR* 1998, 1399, 1400; Martin Hensler, Haftungsrisiken anwaltlicher Tätigkeit, *JZ* 1994, 178, 185; Götz-Sebastian Hök, Zum Haftungsrisiko der Anwälte bei der Übernahme von Mandaten mit Auslandsberührung, *JurBüro* 1990, Sp. 155, 159; Koch, *NJW* 2000, 910; Franz-Josef Rinsche, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, 6. Aufl. (1998), Rn. I 106; Oliver Sieg, Internationale Anwaltschaftung (1996), S. 81; Horst Zugehör, Handbuch der Anwaltschaftung (1999), Rn. 543.

c) Präferierte Anwendungsvoraussetzungen eines Europäischen Vertragsrechts

Im Interesse vieler Rechtsberater – meine *vierte These* – dürfte nach alledem ein Europäisches Vertragsrecht liegen, das die Anwendung der nationalen, ihnen vertrauten Vertragsrechte möglichst unberührt lässt. Dieser Präferenz würde die Ausgestaltung des Europäischen Vertragsrechts als „opt in“-Instrument am besten gerecht,⁵⁷ weil in diesem Fall sogar bei dem Fehlen einer Rechtswahl das nationale Vertragsrecht eingriffe, ohne dass die Vornahme eines „opt out“ (mit dem Risiko eines Scheiterns) nötig wäre. Die Folgen für die praktische Relevanz des Europäischen Vertragsrechts wären allerdings wohl bedenklich, weil (jedenfalls anfänglich) nicht zu erwarten steht, dass viele Rechtsanwälte die Verträge ihrer Mandantschaft mit einer Wahlklausel zugunsten des neuen Einheitsrechts versehen würden. Diese skeptische Prognose wird durch einschlägige Erfahrungen mit „opt in“-Erfordernissen unter dem Haager Kaufrecht belegt, auf die ich noch zurückkommen werde.

3. Die Interessen der Gerichte

a) Neutrale Haltung bzw. „lex fori bias“?

Richtet man den Blick sodann auf die Akzeptanz von Einheitsrecht durch die staatlichen Gerichte,⁵⁸ so könnte man annehmen, dass nationale Gerichte keinerlei eigene Interessen verfolgen, sondern das Recht eben so anwenden, wie es in den Büchern steht.⁵⁹ Einer „opt in“- oder „opt out“-Ausgestaltung müssten sie danach gleichgültig gegenüber stehen.⁶⁰

Nach Schaffung des UN-Kaufrechts ist demgegenüber anfänglich von vielen befürchtet worden, dass staatliche Gerichte im Zweifel zu einer Anwendung des ihnen besser bekannten nationalen Vertragsrechts und gegen eine Anwendung des UN-Kaufrechts neigen werden. Das bereits erwähnte allgemeine Phänomen des „status quo bias“ scheint in dieselbe Richtung zu weisen.

⁵⁷ Siehe zu den Stellungnahmen zum „Aktionsplan“ der Kommission *Europäische Kommission*, Mitteilung „Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen“ (o. Fußn. 10), S. 19.

⁵⁸ Eine andere Frage ist, wie die Interessen des Europäischen Gerichtshofes mit Blick auf ein Europäisches Vertragsrecht aussehen; vgl. hierzu *Hesselink* (o. Fußn. 6), S. 181, 185 (zum „empowerment effect“ eines abstrakt formulierten Einheitsrechts mit vielen Generalklauseln).

⁵⁹ So *Linarelli*, 48 *Wayne L. Rev.* (2003), 1387, 1408.

⁶⁰ Die Interessen der nationalen Gerichte wären freilich dann betroffen, wenn im Zusammenhang mit der Einführung eines Europäischen Vertragsrechts ein gesonderter Gerichtszweig mit exklusiver Zuständigkeit für dessen Auslegung (entsprechend der U.S.-amerikanischen Bundesgerichtsbarkeit) geschaffen würde; siehe dazu *Hesselink* (o. Fußn. 6), S. 181, 186.

b) Empirischer Befund: Einheitsrechtsfreundlichkeit der Gerichte

Praktisch sichtbar wird die „Grundhaltung“ nationaler Gerichte bei deren Beurteilung, ob sich die Parteien im konkreten Fall auf ein „opting out“ aus dem Einheitskaufrecht geeinigt haben, was vielfach von einer Auslegung der vertraglichen Rechtswahlklauseln durch das Gericht abhängt. Tatsächlich lässt sich dabei in der internationalen Rechtsprechung zum UN-Kaufrecht keineswegs ein „Heimwärtsstreben“ der nationalen Gerichte nachweisen, sondern vielmehr das genaue Gegenteil: Die Gerichte in den unterschiedlichsten Vertragsstaaten stellen einheitlich hohe, vielfach sogar höchste Anforderungen an das Vorliegen einer Abwahlklausel und verlangen durchgehend einen eindeutig nachweisbaren Parteiwillen zum „opt out“.⁶¹

Keine Abbedingung des UN-Kaufrechts liegt danach in einer Rechtswahlklausel zugunsten des nationalen Rechts eines CISG-Vertragsstaates wie etwa „Dieser Vertrag unterliegt deutschem Recht“, weil auch das CISG Bestandteil des nationalen Rechts des jeweiligen Vertragsstaates ist.⁶² Entsprechende Klauseln, die in der Praxis wohl die Regelformulierung darstellen dürften, werden international ganz einheitlich so eingeordnet, etwa durch die Gerichte in Deutschland, Frankreich, den Niederlanden, Österreich, der Schweiz und den USA.⁶³ Die Gerichte gehen aber in ihrer einheitsrechtsfreundlichen Tendenz noch wesentlich darüber hinaus, indem sie auch in solchen Rechtswahlklauseln keine Abwahl des UN-Kaufrechts erkennen, die ein nationales Recht unter ausdrücklichem Ausschluss des Haager Kaufrechts – also des seit 1991 in Deutschland nicht mehr geltenden Vorgängers des CISG – berufen.⁶⁴ Obgleich man einer so abgefassten Klausel wohl wenigstens andeutungsweise einen Parteiwillen zum Ausschluss von Einheitsrecht entnehmen kann,⁶⁵ verweisen die Gerichte schlicht darauf, nach ihrer Auffassung sei ein Ausschluss der Haager Kaufgesetzes nicht auch ein Ausschluss des CISG; auf Letzteres hätte die Klausel

⁶¹ Vgl. nur *Asante Technologies, Inc. v. PMC-Sierra, Inc.*, 164 F. Supp. 2d 1142, 1149 f., wo „a clear intent to opt out of the CISG“ bzw. „clear language indicating that both contracting parties intended to opt out of the CISG“ vorausgesetzt wird; *Morten M. Fogt*, Konkludente Vertragsannahme und grenzüberschreitendes kaufmännisches Bestätigungsschreiben nach CISG, IPRax 2007, 417, 418: „harte“ Anforderungen an ein opting-out.

⁶² Statt vieler BGH, NJW 1997, 3309, 3310.

⁶³ Umfangreiche Nachweise bei *Staudinger/Magnus*, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), 2005, Art. 6 Rn. 24.

⁶⁴ OLG München, IHR 2007, 30, 32; Hof van Beroep Antwerpen, 4.11.1998, CISG online 1310; LG Düsseldorf, 11.10.1995, CISG online 180; LG Memmingen, 13.9.2000, CISG online 820. Ganz ähnlich etwa Hof van Beroep Gent, 20.10.2004, CISG-online 983: die Wahl des „für Inländer in der Bundesrepublik Deutschland maßgebenden Rechts“ umfasst das CISG.

⁶⁵ So etwa *Staudinger/Magnus* (o. Fußn. 63), Art. 6 Rn. 16 und *Westermann*, in *MünchKomm-BGB*, 4. Aufl. (2004), Art. 6 CISG Rn. 6, die in solchen Konstellationen deshalb von einem Ausschluss des CISG ausgehen.

vielmehr explizit hinweisen müssen,⁶⁶ weil andernfalls davon auszugehen sei, dass das UN-Kaufrecht als neue und fortentwickelte Einheitsrechtsfassung Gültigkeit haben solle.⁶⁷

Die Gerichte legen damit also einen außerordentlich strengen Maßstab an ein „opt out“ an. Es wirft freilich auch ein wenig günstiges Licht auf die Rechtskenntnisse deutscher Rechtsberater, wenn Rechtswahlklauseln noch im Jahre 2002 das Haager Kaufrecht abbedingen, das in Deutschland bereits seit mehr als 10 Jahren durch das UN-Kaufrecht ersetzt worden ist. Sie stehen damit freilich nicht völlig alleine, sieht doch auch ein im Jahre 2003 (erstmalig) erschienenen Formularbuch mehrere Rechtswahlklauseln vor, in denen nicht das UN-Kaufrecht, aber die Haager Kaufgesetze ausgeschlossen werden.⁶⁸

c) Denkbare Gründe für Einheitsrechtsfreundlichkeit der Gerichte

Fragt man nach einer Erklärung für die einheitsrechtsfreundliche Haltung der Gerichte, deren Richter jedenfalls aus ihrem Universitätsstudium keine größeren Vorkenntnisse zum UN-Kaufrecht mitbringen dürften als die Rechtsanwälte, so könnte ein Grund darin liegen, dass es jedenfalls nach deutschem Prozessrecht Aufgabe des Richters ist, den Inhalt eines etwaig anwendbaren ausländischen Vertragsrechts von Amts wegen zu ermitteln,⁶⁹ während den Rechtsanwalt als Parteivertreter allenfalls eine Mitwirkungspflicht im Rahmen des Zumutbaren trifft: Dieser vielfach als lästig empfundenen Pflicht, welche zur Einholung von Gutachten sowie schließlich zur Anwendung eines inhaltlich fremden und zudem regelmäßig fremdsprachigen Rechts zwingt,⁷⁰ kann der Richter dadurch entgehen, dass er zur Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts gelangt. Freilich ist sehr zweifelhaft, ob dies eine tragfähige Begründung für die generelle Rechtsprechungstendenz ist: Zum einen ist diese ja auch außerhalb Deutschlands zu verzeichnen (wo eine ganz andere Aufgabenverteilung zwischen Richter und Rechtsanwalt bestehen mag), und zum anderen ist sie auch in Konstellationen feststellbar, in denen bei Nichtanwendung des UN-Kaufrechts kein ausländisches Vertragsrecht, sondern die unvereinlichte *lex fori* einschlägig wäre.

⁶⁶ OLG München, IHR 2007, 30, 32.

⁶⁷ LG Memmingen, 13.9.2000, CISG online 820.

⁶⁸ Hans Schulte-Nölke/Norbert Frenz/Eckhard Flohr, Formularbuch Vertragsrecht (2003), S. 440, ebenso S. 456.

⁶⁹ BGH, NJW 2003, 2685, 2686; Giesela Rühl, Die Kosten der Rechtswahlfreiheit, *RabelsZ* 71 (2007), 559, 568 m.w.Nachw.

⁷⁰ Zur Fehlerträchtigkeit der Anwendung forumfremden Rechts aus Sicht des Richters *Mankowski*, *RIW* 2003, 2, 4.

d) Präferierte Anwendungsvoraussetzungen eines Europäischen Vertragsrechts

Für die Frage der Ausgestaltung eines Europäischen Vertragsrechts kann nach alledem jedenfalls festgehalten werden, dass die Erfahrungen mit der Gerichtspraxis zum UN-Kaufrecht – und dies ist meine *fünfte These* – für die Schaffung eines „opt out“-Instruments sprechen.

4. Die Interessen von Gemeinschaftsorganen und Mitgliedstaaten

Abschließend bleiben nun die Interessen derjenigen Akteure zu untersuchen, die letztlich über die Inkraftsetzung eines Europäischen Vertragsrechts entscheiden werden. Angesprochen sind damit zum einen Kommission und Europäisches Parlament, die ich unter dem Begriff der „Gemeinschaftsorgane“ zusammengefasst habe, und zum anderen die Mitgliedstaaten, deren Interessen über den Rat einwirken werden, der gemeinsam mit dem Europäischen Parlament auf Vorschlag der Kommission einen entsprechenden Gemeinschaftsrechtsakt erlassen würde.⁷¹

Sämtliche dieser Akteure sollten mit Blick auf die „opt in“ oder „opt out“-Frage natürlich die voraussichtliche Akzeptanz eines entsprechenden Instruments durch Unternehmen, Rechtsberater und Gerichte berücksichtigen. Sie haben darüber hinaus jedoch auch eigene Präferenzen.

a) Die Interessen der Gemeinschaftsorgane

Stellt man auf das Ziel der europäischen Vertragsrechtsvereinheitlichung ab, das die Gemeinschaftsorgane vorrangig nennen, nämlich die *Senkung der Transaktionskosten* der Marktteilnehmer, müssen ihre Interessen auf die Schaffung eines „opt out“-Instruments gerichtet sein. Wenngleich sehr zweifelhaft ist, ob es sich hierbei nicht um die Lösung handelt, die „auf der Suche nach dem dazugehörigen Problem“ ist⁷² – viele Unternehmen wenden in der Praxis eben nur geringe Informationskosten auf, weil pauschal und ohne aufwändige Vorprüfungen das eigene nationale Recht gewählt wird – so könnte irgendeine Reduktion von Transaktionskosten durch Einheitsrecht wohl nur dann erreicht werden kann, wenn dieses eingreifen kann, ohne von den Parteien gewählt worden zu sein.

Daneben haben Kommission und Europäisches Parlament auch deshalb ein eigenes Interesse an einem geltungsstarken Europäischen Vertragsrecht (und damit an einem

⁷¹ Die genannten Aufteilung folgt dabei funktionalen Kriterien, weil es sich natürlich auch bei dem Rat um ein Organ der Europäischen Gemeinschaft handelt (Art. 202 ff. EG).

⁷² Ott/Schäfer (o. Fußn. 19), S. 203, 233 f.; schon früh in diesem Sinne Hein Kötz, *Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele*, *RabelsZ* 50 (1986), I, 10.

Gemeinschaftsrechtsakt, der auch ohne positive Wahl durch die Parteien eingreift), weil sich hierdurch ihr *Einfluss* erhöht.⁷³ Die faktische Macht, die Kommission und Parlament durch ihre Vorschlags- und Mitentscheidungsbefugnisse bei jeder Änderung des Europäischen Vertragsrechts ausüben würden,⁷⁴ fällt natürlich bedeutender aus, wenn dieses Vertragsrecht in der Praxis häufig zur Anwendung gelangt, als wenn dieses aufgrund seiner Ausgestaltung als bloßes „opt in“-Regelwerk neben den nationalen Vertragsrechten nur eine Nebenrolle spielt. Vertreter der Neuen Institutionenökonomik formulieren diesen Aspekt gelegentlich recht deutlich und sprechen von dem „eigennützigen Interesse der Kommission, des Europäischen Parlamentes und des EuGH an einer Beförderung der Idee eines europäischen Zentralstaates“, infolge dessen „die Bedeutung der Rechtszersplitterung als Transaktionshemmnis aufgebauscht“ werde.⁷⁵ Selbst wenn man diese Aussage für zu drastisch hält, wird man sich der Erkenntnis kaum verschließen können, dass aus Sicht von Kommission und Europäischem Parlament alles für ein Europäisches Vertragsrecht mit lediglicher „opt out“-Möglichkeit sprechen muss.

b) Die Interessen der Mitgliedstaaten

a) Schutz des eigenen Vertragsrechts oder neutrale Haltung?

Das Interesse der Mitgliedstaaten müsste demgegenüber auf die Schaffung eines Europäischen Vertragsrechts gerichtet sein, das ihr jeweiliges nationales Vertragsrecht möglichst wenig beeinträchtigt,⁷⁶ also lediglich bei einem „opt in“ durch die Parteien eingreift.⁷⁷ Dieser Einschätzung wird allerdings die These entgegen gehalten, die nationalen Legislativen zögen keinerlei Vorteile aus einer internationalen Bevorzugung ihres Vertragsrechts, weil diese dem Staat fiskalisch nichts nütze und auch keine Auswirkungen auf seine Attraktivität als Wirtschaftsstandort zeitigten;⁷⁸ ein Interesse am Vorrang des eigenen Vertragsrechts bestehe daher nicht.

⁷³ *Hesslink* (o. Fußn. 6), S. 181, 184.

⁷⁴ Skeptisch zur fachlichen Eignung der Kommission für diese Aufgabe von *Bar/Swann*, ERPL 2003, 595 ff. Nr. 64.

⁷⁵ *Schmidtchen* (o. Fußn. 4), S. 1, 38; siehe auch *H. Wagner* (o. Fußn. 12), S. 25, 38: „Scientific cost analyses can easily be ideologically misused...“.

⁷⁶ So *Hesslink* (o. Fußn. 6), S. 181, 186.

⁷⁷ Dem entsprechen die Stellungnahmen der Regierungen, die zum „Aktionsplan“ der Europäischen Kommission Stellung genommen haben; siehe *Europäische Kommission*, Mitteilung „Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen“ (o. Fußn. 10), S. 19.

⁷⁸ *Ott/Schäfer* (o. Fußn. 19), S. 203, 216; *Schmidtchen* (o. Fußn. 4), S. 1, 36 f.

b) Erfahrungen mit „opt in“-Einheitsrecht: Das Haager Kaufrecht im Vereinigten Königreich

Dass die Einordnung nationaler Legislativen und Exekutiven als „einheitsrechtsneutral“ jedoch nicht richtig sein muss, lässt sich wiederum an einem Beispiel aus dem Einheitskaufrecht aufzeigen, nämlich der Haltung des Vereinigten Königreichs zum Haager Kaufrecht. Eine Tatsache, von der ich vermute, dass sie auch manchen Experten des englischen Vertragsrechts unbekannt sein dürfte, ist, dass das Vereinigte Königreich im Jahre 1973 das Haager Einheitliche Kaufrecht ratifiziert hat und ihm bis zum heutigen Tage angehört. Der Beitritt zum Vorgänger des UN-Kaufrechts war dabei übrigens „europäisch inspiriert“ und hing mit dem Umstand zusammen, dass Großbritannien kurz zuvor der EG beigetreten war: „The United Kingdom’s adherence was inspired by its joining the Common Market and was apparently regarded by the British government of the day as a gesture of goodwill towards its new economic and political partners.“⁷⁹

Auch unter dem Übereinkommen zum Haager Kaufrecht war dabei eine Entscheidung erforderlich, ob das Einheitsrecht als „opt out“- oder „opt in“-Instrument zur Anwendung kommen sollte. Diese wurde allerdings nicht bereits durch das Übereinkommen vorgegeben, sondern erst durch die einzelnen ratifizierenden Staaten getroffen: Das Übereinkommen erlaubte es nämlich jedem Vertragsstaat, bei seiner Ratifikation einen Vorbehalt zu erklären, wonach das Einheitskaufrecht vor Gerichten dieses Staates nur als „opt in“-Instrument gelten soll. Seine Regeln fanden in diesem Fall nur unter der Voraussetzung Anwendung, dass die Kaufvertragsparteien das Haager Einheitskaufrecht in ihrem Vertrag ausdrücklich als anwendbares Recht gewählt hatten. Das Vereinigte Königreich erklärte diesen Vorbehalt, und zwar in dem erklärten Bestreben, durch das Einheitsrecht nicht die Arbeit der Rechtsanwälte, Gerichte und Schiedsrichter in London zu beeinträchtigen, deren übereinstimmende Interessen auf die unveränderte Geltung des englischen Rechts gerichtet waren und weiterhin sind.⁸⁰ Dass dieses Ziel erreicht wurde, lässt sich an der praktischen Bedeutung des „opt in“-Einheitskaufrechts in Großbritannien ablesen: Bis zum heutigen Tage hatten englische Gerichte keinen einzigen Fall unter diesem Recht zu entscheiden, weil es durch die Parteien und ihre Rechtsberater schlichtweg niemals gewählt wird.⁸¹

⁷⁹ So *Jacob Ziegel*, *The Future of the International Sales Convention from a Common Law Perspective*, 6 N.Z. Bus. L. Q. (2000), 336, 337 Fußn. 4.

⁸⁰ Zur Weigerung des Vereinigten Königreichs, das CISG zu ratifizieren, aus Sicht der *public choice*-Theorie ausführlich *Linarelli*, 48 Wayne L. Rev. (2003), 1387, 1426 ff. (mit zahlr. Nachweisen).

⁸¹ *Schroeter* (o. Fußn. 14), § 3 Rn. 7.

c) Kosten der Einheitsrechtseinführung als Gesichtspunkt

Entscheidend für die Haltung der Mitgliedstaaten dürfte schließlich noch eine weitere Frage sein, die bei der Diskussion um eine Vertragsrechtsvereinheitlichung vielfach unter den Tisch fällt, nämlich die Frage nach den Kosten für dessen Einführung.⁸² Diese Kosten würden nämlich vor allem auf der Ebene der Mitgliedstaaten anfallen, zum einen unmittelbar etwa in Gestalt von Umschulungskosten für Richter und Professoren an staatlichen Universitäten und Kosten für die Neuausstattung von Bibliotheken, zum anderen mittelbar durch entsprechende Umstellungskosten der Rechtsanwaltschaft und der Unternehmen.⁸³

Die anfänglich angesprochene Senkung von Transaktionskosten vermag die Schaffung eines Europäischen Vertragsrechts damit letztlich nur dann zu rechtfertigen, wenn die so ersparten Transaktionskosten höher sind als die Kosten der Rechtsvereinheitlichung.⁸⁴ Ob dies der Fall ist, lässt sich nicht pauschal sagen, sondern hängt wiederum entscheidend vom Anwendungsbereich des Europäischen Vertragsrechts ab, also von seinem „Rahmen“. Man muss daher differenzieren:

aa) Bei Ersetzung der nationalen Vertragsrechte durch das Europäische Vertragsrecht

Die weitestgehende denkbare Vertragsrechtsvereinheitlichung wäre eine Gestaltung, die ich zu Beginn meines Vortrages kurz angesprochen habe, nämlich die Ersetzung aller nationalen Vertragsrechte durch das Europäische Vertragsrecht. In diesem Fall würde für grenzüberschreitende Verträge wie auch innerstaatliche Verträge in der EU das neue Europäische Vertragsrecht gelten, ohne dass es eines „opt in“ bedürfte und ohne dass ein „opt out“ zugunsten eines der Vertragsrechte der EG-Staaten möglich wäre, weil diese gar nicht mehr bestünden. Die hierfür anfallenden Kosten wären ganz beträchtlich,⁸⁵ weil die sprichwörtlichen „berichtigenden Worte des Gesetzgebers“⁸⁶ in diesem Fall ganze

⁸² Darauf hinweisend *Horst Eidenmüller*, *Obligatorisches versus optionales europäisches Vertragsgesetzbuch*, in: Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen* (2002), S. 237, 240; *Filippo Ranieri*, *Vereinheitlichung des Vertragsrechts in Europa – Wirtschaftspolitisches Projekt oder rechtskulturelle Herausforderung?*, in: Thomas Eger/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung* (2007), S. 46, 47; *Schmidtchen* (o. Fußn. 4), S. 1, 35; *Roger Van den Bergh*, *Forced Harmonisation of Contract Law in Europe: Not to be Continued*, in: Stefan Grundmann/Jules Stuyck (Hrsg.), *An Academic Green Paper on European Contract Law* (2002), S. 249, 254 f.

⁸³ *Ranieri* (o. Fußn. 82), S. 46, 47.

⁸⁴ *Schmidtchen* (o. Fußn. 4), S. 1, 22; *Smits* (o. Fußn. 25), S. 153, 179; *G. Wagner* (o. Fußn. 12), S. 1, 19; *H. Wagner* (o. Fußn. 12), S. 25, 39.

⁸⁵ *Smits* (o. Fußn. 25), S. 153, 178.

⁸⁶ Zurückgehend auf den Vortrag mit dem Titel „Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“, die *Julius Hermann von Kirchmann* im Jahre 1847 vor der Berliner Juristischen Gesellschaft hielt.

Bibliotheken in nicht weniger als 27 Mitgliedstaaten zur Makulatur werden ließen und sämtliche vertragsrechtlich tätigen Juristen in allen Mitgliedstaaten das Vertragsrecht vollständig neu lernen müssten. Es erscheint mir daher ganz unwahrscheinlich, dass ein so konzipiertes Europäisches Vertragsrecht geltendes Recht werden könnte.

bb) „Opt in“ oder „opt out“ und die Geltung des Europäischen Vertragsrechts für innerstaatliche Verträge

Im Übrigen ist davon auszugehen, dass ein „opt out“-Vertragsrecht in den Mitgliedstaaten generell weit höhere Anpassungskosten verursachen würde als ein Regelwerk mit bloßer „opt in“-Möglichkeit, weil das Europäische Vertragsrecht in ersterer Form weit häufiger angewandt werden würde. Die zweite entscheidende Frage scheint mir daher zu sein, ob das neue Vertragsrecht *auch für innerstaatliche Verträge* gelten soll: Da die weitaus meisten Rechtsstreitigkeiten in Europa nach wie vor Verträge betreffen, bei denen beide Vertragspartner im selben Staat ansässig sind, wäre eine „opt out“-Geltung auch für innerstaatliche Verträge eine weit tiefgreifendere Änderung mit weit höheren Umstellungskosten.⁸⁷ Freilich lassen sich für eine vorrangige Anwendung des Europäischen Vertragsrechts auf rein nationale Verträge kaum Gründe finden, denn Transaktionskosten würden in diesem Fall nicht gespart und es ist auch sonst nicht recht ersichtlich, warum der Kauf eines Brötchens durch einen Finnen in Helsinki bei Passivität der Parteien demselben Recht unterliegen müsste wie der Kauf eines Croissants durch einen Franzosen in Paris. Aus ökonomischer Sicht droht hier im Gegenteil die Verdrängung lokal effizienter Vertragsrechte, die den lokal unterschiedlichen Präferenzen Rechnung tragen.⁸⁸ Für innerstaatliche Verträge dürften die Interessen der Mitgliedstaaten daher gegen die Einführung eines „opt out“-Einheitsvertragsrecht gerichtet sein, während gegen eine innerstaatliche „opt in“-Möglichkeit keine entscheidende Gründe zu sprechen scheinen.

Soweit grenzüberschreitende Transaktionen betroffen sind, scheint mir die Abstimmung unter den Mitgliedstaaten unter Kostengesichtspunkten grundsätzlich offen zu sein. Damit ein Europäisches Vertragsrecht mit bloßer „opt out“-Möglichkeit im Rat eine Mehrheit findet, muss allerdings wohl noch einige Aufklärungs- und Überzeugungsarbeit unter den Mitgliedstaaten geleistet werden. Entschiedener Widerstand ist in diesem Fall vermutlich von Seiten des Vereinigten Königreichs zu erwarten,⁸⁹ dessen nationales Vertragsrecht – wie gesagt – für „legal London“ einen bedeutenden Wirtschaftsfaktor darstellt.

⁸⁷ *Schmidtchen* (o. Fußn. 4), S. 1, 25.

⁸⁸ *Eidenmüller* (o. Fußn. 82), S. 237, 240; *Kerkmeester* (o. Fußn. 51), S. 69, 80; *Ott/Schäfer* (o. Fußn. 19), S. 203, 221; *Schmidtchen* (o. Fußn. 4), S. 1, 24; *H. Wagner* (o. Fußn. 12), S. 25, 39.

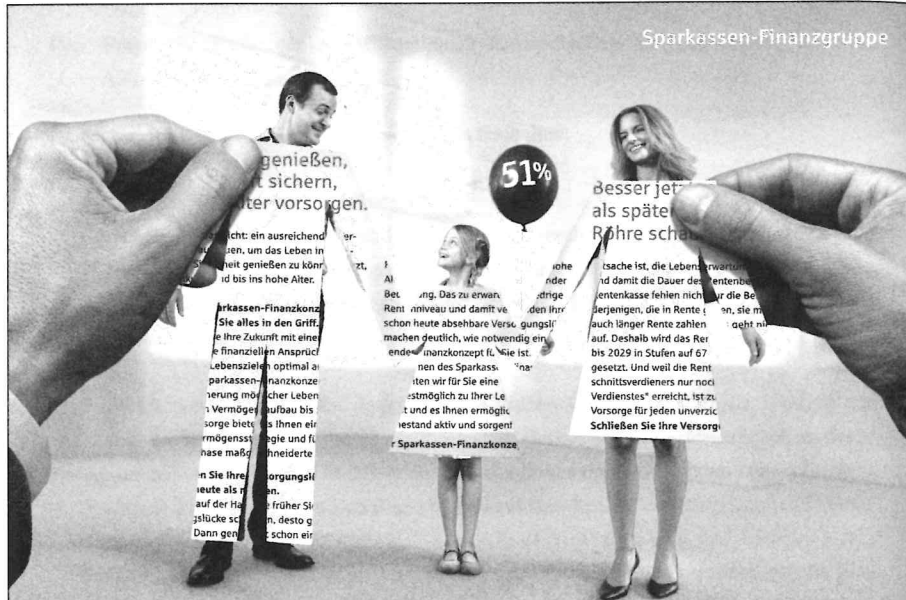
⁸⁹ Vgl. *Diana Wallis*, *Is it a Code?*, ZEuP 2006, 513.

IV. Empfehlung für die Schaffung eines Europäischen Vertragsrechts, das auf Akzeptanz hoffen kann

Zusammenfassend lässt sich damit Folgendes festhalten:

1. Um das Projekt zur Schaffung eines Europäischen Vertragsrechts zum Erfolg zu führen, sollte bereits während seiner Schaffungsphase berücksichtigt werden, von welchen Faktoren die Akzeptanz des Einheitsrechts bei seiner Inkraftsetzung und seiner späteren Anwendung abhängen wird. Die Wahl zwischen „opt in“-Erfordernis und „opt out“-Möglichkeit dürfte dabei die Schlüsselfrage sein.
2. Nach den Erkenntnissen der Neuen politischen Ökonomie wird die Haltung der unterschiedlichen Akteure gegenüber einem Europäischen Vertragsrecht von deren Interessen abhängen. Die Interessen der Unternehmen spielen dabei keine entscheidende Rolle, weil diese sich überwiegend auf ihre Rechtsberater verlassen.
3. Die Interessen von Kommission und Europäischem Parlament werden auf die Einführung eines „opt out“-Vertragsrechts gerichtet sein, während die Mitgliedstaaten in der Tendenz eher ein bloßes „opt in“-Vertragsrecht bevorzugen werden. Die Erfahrungen mit der Anwendung des UN-Kaufrechts deuten darauf hin, dass die Rechtsanwaltschaft ein „opt in“-Erfordernis bevorzugen würde, die staatlichen Gerichte hingegen eine „opt out“-Möglichkeit.
4. Fragte man mich, welche Empfehlung ich nach alledem für die Schaffung eines Europäischen Vertragsrechts geben würde, das auf Akzeptanz hoffen kann, so würde sie lauten: Für grenzüberschreitende Verträge sollte das Europäische Vertragsrecht mit „opt out“-Möglichkeit gelten, während es auf innerstaatliche Transaktionen Anwendung finden könnte, wenn die Parteien sich für ein „opt in“ entschieden haben.

Sparkassen-Finanzgruppe



Jetzt Riester-Förderung sichern:
Über **51 %** sind möglich!*

Zugeschnitten auf Ihr Leben. Die
Sparkassen-Altersvorsorge.

 Sparkasse
Osnabrück

Wenn Ihre Altersvorsorge gut sitzen soll, nehmen Sie eine nach Maß! Wir stecken Ihre Bedürfnisse genau ab und schneiden Ihnen ein ganzheitliches Vorsorgekonzept direkt auf den Leib. Damit Ihre finanziellen Freiräume durch attraktive Erträge ständig wachsen. Infos in Ihrer Filiale oder auf www.sparkasse-osnabrueck.de. **Wenn's um Geld geht – Sparkasse.**

*Die Höhe der staatlichen Förderung für Ihre Vorsorge ist abhängig von Ihrer Lebenssituation.

Die Eurohypothek

von

Dr. Otmar Stöcker*

Seit zwei Jahrzehnten wird in Wissenschaft und Praxis immer intensiver über die Angleichung der Grundpfandrechte in Europa nachgedacht. Im Zentrum dieser Diskussionen steht der Gedanke der sog. Eurohypothek. Darunter versteht man die Einführung eines einheitlichen Grundpfandrechts in allen EU-Staaten zusätzlich zu den bereits bestehenden nationalen Grundpfandrechten, wobei meist ein nicht-akzessorisches Grundpfandrecht angestrebt wird.

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit dogmatischen und praxisrelevanten Grundsatzfragen zum Thema der Eurohypothek. Dabei wird besonders auf die verdienstvollen Werke von Kiesgen¹ und Kircher² zu diesem Themenkreis eingegangen.³ Zusätzlich wird auf die gemeinsamen Wurzeln von Grundpfandrechten und Covered Bonds hingewiesen. Denn beide Gruppen von Finanzinstrumenten haben ihren Ursprung im Ziel, den „Bodenkredit“ mobil zu machen, und könnten durch die Schaffung einer Eurohypothek verstärkt zu einem Binnenmarkt für den Hypothekarkredit beitragen.

A. Vielfalt und Komplexität von Finanzierungsinstrumenten

Mit einem Volumen von mehr als 4 Billionen Euro haben die Hypothekarkredite in Europa eine sehr große Bedeutung. Dennoch kann man bisher nicht von einem europaweiten Binnenmarkt für Hypothekarkredite sprechen; vielmehr ist der Hypothekenmarkt weitgehend national geprägt. Einen Binnenmarkt für Hypothekarkredite zu schaffen, bedeutet nicht nur, grenzüberschreitende Immobilienfinanzierungen, sondern auch deren grenzüberschreitende Refinanzierung zu erleichtern. Dies war ein deutliches Ergebnis der EU-Funding-Gruppe, die in diesem Zusammenhang

* Der Autor ist Geschäftsführer des Verbandes deutscher Pfandbriefbanken e.V. (vdp), Berlin.

¹ Kiesgen, Ein Binnenmarkt für den Hypothekarkredit – Der Vorschlag zur Einführung einer Eurohypothek unter besonderer Berücksichtigung des Sicherungsvertrages, Köln 2004.

² Kircher, Grundpfandrechte in Europa – Überlegungen zur Harmonisierung der Grundpfandrechte unter besonderer Berücksichtigung der deutschen, französischen und englischen Rechtsordnung, Berlin 2004.

³ Beide Werke sind völlig unabhängig voneinander entstanden. Die beiden Autoren hatten während ihrer Arbeiten daran keinerlei Kontakt zueinander. Umso bemerkenswerter ist es, dass nahezu zeitgleich zwei Dissertationen zum Thema der Eurohypothek – allerdings mit unterschiedlicher Schwerpunktbildung – in deutscher Sprache veröffentlicht wurden.

Maßnahmen zur effizienteren grenzüberschreitenden Übertragung von Hypothekenportfolien gefordert hat.⁴

Spricht man heute von „Finanzierungsinstrumenten“, werden meist Finanzinstrumente des Aktiv- und des Passivgeschäftes, also der Finanzierung und der Refinanzierung umfasst. Dies ist weniger eine sprachliche Ungenauigkeit als ein Zeichen dafür, dass die Finanzinstrumente auf beiden Seiten der Bilanz eines Kreditinstituts eingesetzt werden können. Dies ist kein neues Phänomen, sondern hat durchaus historische Wurzeln. Dies lässt sich am Beispiel der Immobilienfinanzierung und der Grundpfandrechte aufzeigen.

I. Funktion und Struktur von Grundpfandrechten

1. Funktion

Der Sinn eines Grundpfandrechts besteht heute üblicherweise darin, dass eine Darlehensforderung gesichert werden soll, indem das wertbeständige Vermögen einer Immobilie genutzt wird.

In der kontinentaleuropäischen Rechtsdogmatik hat sich hierzu die Abspaltung eines Verwertungsrechts aus dem Eigentum herausgebildet. Die Sicherungsübertragung der Immobilien mit Verfallklauseln wurde nach und nach verboten. In England wurde die „mortgage“ oder „charge“ bis zum Jahre 1925 als eine Art Sicherungsübereignung an der Immobilie verstanden.⁵ In vielen US-Bundesstaaten, insbesondere in Kalifornien, ist heute die „deed of trust“ die übliche Besicherungsform; hierbei wird das Immobilieneigentum an einen Trustee übertragen, der es treuhänderisch mit Verkaufsvollmacht hält.⁶ Derartige grundlegende Unterschiede der Rechtsinstrumente haben tiefgreifende Folgen für die Struktur der Kreditsicherung vom Ablauf einer Kreditgewährung bis zu den Verwertungsverfahren, auch wenn sie den gleichen wirtschaftlichen Zwecken dienen.

2. Auswählerfordernis

Betrachtet man die kontinentaleuropäischen Grundpfandrechtsarten näher, stellt man eine große Vielfalt fest. Jede Studie über das Hypothekenrecht in Europa steht daher vor der

⁴ Vgl. hierzu C. I.

⁵ Zur Historie vgl. Kircher, S. 83 ff.

⁶ Näher hierzu Kaufmann, Aufnahme US-amerikanischer Grundpfandrechte in die Deckungsmasse für Pfandbriefe, ZBB 2005, S. 336 ff, insbesondere S. 339, Fn. 27, mit einer Aufzählung der US-Bundesstaaten, in denen ausschließlich oder vorrangig die deed of trust zur Kreditsicherung verwendet wird. Vgl. auch Stürmer/Kern, Deutsche Hypothekendarlehen und U.S.-amerikanische Deckungswerte, Berlin 2007, S. 32 (Schriftenreihe des vdp, Band 28). Die Werke der Schriftenreihe des vdp können kostenfrei beim vdp bezogen werden, soweit noch vorrätig.

großen Aufgabe, eine Auswahl derjenigen Rechtsordnungen zu treffen, deren Grundpfandrechte dargestellt werden sollen. Während sich Kiesgen für die Rechtsordnungen Frankreichs und Italiens entscheidet, zieht Kircher Frankreich und England heran, um deren Grundpfandrechte mit dem deutschen Recht zu vergleichen. Sich auf wenige Rechtsordnungen zu beschränken, ist durchaus sinnvoll, da eine – für eine rechtswissenschaftliche Dissertation angemessene – wissenschaftliche Tiefe wohl kaum erreicht werden kann, wenn man als Alleinautor eine Vielzahl von oder gar alle Rechtsordnungen Europas umfassen will. Zudem erfordert die eingehende Befassung mit einem Rechtsinstrument die Kenntnis der jeweiligen Landessprache.

Eine rechtsvergleichende Analyse von Grundpfandrechten kann sich nicht auf eine einzelne Frage beschränken, die möglicherweise mit Hilfe einer gesetzlichen Vorschrift beantwortet werden könnte. Vielmehr ist die Funktionalität der Grundpfandrechte im Zusammenhang der rechtlichen Rahmenbedingungen zu untersuchen. Will man z.B. eine Aussage über die Risiken eines Grundpfandrechts für den Eigentümer der belasteten Immobilie treffen, spielt nicht nur das Vollstreckungsrecht eine Rolle, sondern ebenso die Möglichkeit des (materiell-rechtlichen) gutgläubigen Erwerbs eines Grundpfandrechts durch Dritte und damit die komplexen Themengebiete der Einreden/Einwendungen und der Beweislastverteilung in einem evtl. Vollstreckungsverfahren.

Vor allem Kircher wählt diesen umfassenden Ansatz und befasst sich u.a. mit der Bestellung und Drittwirkung der Grundpfandrechte, mit Vollstreckungs- und Insolvenzfällen, aber auch mit für die Praxis wichtigen Themen der Übertragung und des Verbraucherschutzes. Kiesgen präferiert einen nicht weniger interessanten Weg, nämlich die Darstellung auf die Thematik des Sicherungsvertrages zu konzentrieren, der in der bisherigen Literatur zur Eurohypothek nicht ausreichend gewürdigt worden ist. Dabei hat sich bereits herausgestellt, dass in allen näheren Diskussionen über die Ausgestaltung der Eurohypothek oder eines nationalen nicht-akzessorischen Grundpfandrechts gerade hier die schwierigste Problematik liegt, wenn man von der Struktur eines akzessorischen zu derjenigen eines nicht-akzessorischen Grundpfandrechts wechseln möchte.

3. Akzessorietät

Der Kern eines Kreditsicherungsrechts liegt in seinem Verhältnis zur gesicherten Forderung. Damit ist ein zentrales Kriterium zur Differenzierung der Grundpfandrechte auf nationaler wie auf europäischer Ebene die rechtliche Verbindung zwischen dem Grundpfandrecht und der gesicherten Forderung. Dies ist daher zu Recht der Hauptgegenstand der Arbeiten von Kiesgen und Kircher – nicht zuletzt, weil sich die bisherigen Diskussionen über eine Eurohypothek weitgehend auf diese Thematik konzentrieren. Nicht

verwechselt werden darf die Akzessorietät mit der Kausalität, wie es in Diskussionen auf europäischer Ebene jedoch immer wieder geschieht.⁷

Nahezu alle europäischen Rechtsordnungen verfügen über Grundpfandrechte, die eine sehr enge rechtliche Verbindung zu der Forderung aufweisen, die sie sichern. Diese „Akzessorietät“ genannte Verbindung hat jedoch mehrere Stufen oder Arten und kann nicht pauschal beurteilt werden.⁸

Die Arten der Akzessorietät lassen sich danach unterscheiden, welche Umstände maßgeblich sind, um das „geführte“ Recht an das „führende“ Recht anzupassen. Diese Arten oder Auswirkungen der Akzessorietät lassen sich folgendermaßen differenzieren:⁹

- (1) Akzessorietät in der Entstehung: Das Grundpfandrecht entsteht nur, wenn auch die gesicherte Forderung entsteht.
- (2) Akzessorietät im Umfang: Der Umfang des Grundpfandrechts bestimmt sich nach dem Umfang der gesicherten Forderung, z.B. nach deren Höhe.
- (3) Akzessorietät in der Zuständigkeit: Dem Gläubiger der gesicherten Forderung steht auch das Grundpfandrecht zu.
- (4) Akzessorietät im Erlöschen: Erlischt die gesicherte Forderung (z.B. durch Tilgung¹⁰), dann erlischt auch das Grundpfandrecht.
- (5) Akzessorietät in der Durchsetzung: Das Grundpfandrecht ist nur dann durchsetzbar, wenn auch die gesicherte Forderung durchsetzbar ist.¹¹

Dieses Verhältnis von führendem (gesicherte Forderung) und geführtem Recht (Hypothek) kann folglich nicht mit einem einfachen ja oder nein beantwortet werden. Dies ist die grundlegendste und häufigste Ungenauigkeit, die regelmäßig zu Unverständnis und

⁷ Zur Differenzierung dieser Begriffe vgl. *Soergel/Stöcker*, EU-Osterweiterung und dogmatische Fragen des Immobiliarsachenrechts - Kausalität, Akzessorietät und Sicherungszweck, ZBB 2002, 412-420; *Köndgen/Stöcker*, Die Eurohypothek – Akzessorietät als Gretchenfrage?, ZBB 2005, S. 112 ff (114); *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion – eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts, Tübingen 1996, S. 7 ff., 600 ff

⁸ Vgl. auch C. III. 2.

⁹ So auch *Kircher*, S. 41 f, dabei *Medicus*, Die Akzessorietät im Zivilrecht, JuS 1971, S. 497 ff folgend.

¹⁰ Die Tilgung der Forderung führt dort zum Erlöschen der Hypothek, wo die Hypothek „bestandsakzessorisch“ ist, wie z.B. auch heute noch grundsätzlich (d.h. außerhalb der hypothèque rechargeable) in Frankreich. Durch die Tilgung kann aber auch ein Unterfall der Zuständigkeitsakzessorietät betroffen sein, wie z.B. bei der deutschen Hypothek, bei der das Erlöschen der Forderung dazu führt, dass der Eigentümer die Hypothek erwirbt, die sich dann in eine Eigentümergrundschuld umwandelt (§§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB); daher wird die deutsche Hypothek als „zuständigkeitsakzessorisch“ bezeichnet.

¹¹ Dies betrifft vor allem Bestand und Höhe der Forderung. Eine andere Frage ist es, ob aus dem Grundpfandrecht vollstreckt werden kann, wenn die gesicherte Forderung bereits verjährt ist.

Konfrontation bei den Diskussionen über die Eurohypothek führt. Indem die Akzessorietät oder die Nicht-Akzessorietät simplifiziert als absolute Notwendigkeit postuliert und als Dogma behandelt wird, wird die Entwicklung einer differenzierenden Betrachtung der verschiedenen Arten der Akzessorietät oder, anders formuliert: der Auswirkungen der Akzessorietät verhindert oder zumindest erschwert. Besser wäre es, die einzelnen Auswirkungen der Akzessorietät daraufhin zu untersuchen, welche Vor- und Nachteile sie für die beteiligten Personen haben. Auf dieser Basis könnten dann Empfehlungen für die Ausgestaltung der Akzessorietät oder Nicht-Akzessorietät einer Eurohypothek entwickelt werden.

In den umfangreichen Werken von Kiesgen und Kircher mag man vermissen, dass die praktischen Folgen der unterschiedlichen Akzessorietätswirkungen bei den untersuchten Grundpfandrechtsarten nicht umfassend einbezogen werden. Dies soll deren Wert jedoch nicht schmälern, zumal sie nicht als Handbücher für Praktiker, sondern als dogmatische Grundlagenwerke konzipiert wurden. Kircher¹² trifft zudem bei der französischen Hypothek, die unter den von ihm erfassten Grundpfandrechten diejenige mit der strengsten Akzessorietät darstellt, den Kern mit der Aussage, dass die streng akzessorische Hypothek ein Auseinanderfallen der Stellung des Gläubigers der Hypothek und der gesicherten Forderung nicht zulässt¹³ und daher z.B. das treuhänderische Halten von Hypotheken zugunsten anderer Forderungsgläubiger nicht möglich ist. Dies ist letztlich die deutlichste Unterscheidung zwischen akzessorischen und nicht-akzessorischen Grundpfandrechten, wie die umfangreichen Recherchen des vdp gezeigt haben.¹⁴

4. Verbraucherschutz

Die engste Verbindung weisen die sog. streng bestandsakzessorischen Hypotheken auf, bei denen das Erlöschen der gesicherten Forderung kraft Gesetzes zum Untergang der Hypothek führt. Häufig wird die streng akzessorische Hypothek daher als verbraucherfreundlich bezeichnet, während die nicht-akzessorischen Grundpfandrechte als für den Verbraucher gefährlich kritisiert werden. Dies ist in dieser Verkürzung nicht richtig. Denn der Schutz des Verbrauchers (beim Grundpfandrecht: des Eigentümers der Immobilie) lässt sich nicht auf die materiell-rechtliche Frage der Existenz des Grundpfandrechts beschränken, aus dem im Rahmen einer Vollstreckung vorgegangen werden könnte.

¹² S. 67.

¹³ Für die deutsche Hypothek *Staudinger/Wolfsteiner* (2002), Vorbemerkung 7 zu § 1113 ff m.w.N. Interessant allerdings der Hinweis bei *Becker-Eberhard*, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, Bielefeld 1993, S. 329 ff, wonach sich eine Begründung für das Identitätsgebot in den Materialien zum BGB nicht finden lässt; er vertritt die Ansicht, dass sich Forderungsgebundenheit und Auseinanderfallen von Inhaberschaft am Sicherungsrecht und Gläubigerschaft an der gesicherten Forderung sehr wohl miteinander vertragen (331).

¹⁴ Näher dazu B. II.

Vielmehr spielen prozessuale Fragen der Beweislastverteilung ebenso eine Rolle wie die Möglichkeit des materiell-rechtlichen gutgläubigen „Wegerwerbs“ von Einwendungen und Einreden gegen das Fehlen einer gesicherten Forderung. Je nachdem wie diese Themen in einer Rechtsordnung geregelt sind, kann ein nicht-akzessorisches Grundpfandrecht durchaus weniger „gefährlich“ sein für den Eigentümer als ein akzessorisches.

Erfreulich ist es daher, dass die Arbeiten von Kiesgen und Kircher diese Zusammenhänge bei der Darstellung der verschiedenen Rechtsordnungen herausarbeiten, auch wenn dies meist in Form einer Beschreibung der einzelnen nationalen Regelungsbereiche erfolgt. Wenn sie¹⁵ den für die Kreditpraxis sehr wichtigen Bereich der Übertragung der Grundpfandrechte darstellen und dabei die komplexen Themen des gutgläubigen Erwerbs und der Einwendungen/Einreden erläutern, vermisst man Hinweise auf die praktischen Fallgestaltungen und Notwendigkeiten, auf die sich diese wertvollen theoretischen Ausführungen beziehen.¹⁶ Dies mag für weitere wissenschaftliche Arbeiten ein Ansporn sein, sich auf diese Wechselwirkungen und praktischen Fälle zu konzentrieren, für deren Darstellung beide Werke wichtige Grundlageninformationen bieten.

Höchste Aufmerksamkeit ist dabei auf die Thematik des Risikos einer doppelten Inanspruchnahme aus Darlehensforderung und Grundpfandrecht zu legen. Zwar kommen derartige Fälle in der Praxis sehr selten vor. Bei Diskussionen über die Eurohypothek nimmt diese Frage jedoch häufig einen zentralen Raum ein. Kircher¹⁷ gibt für die deutsche Grundschild einen guten Überblick über den Meinungsstand. Seinem Ergebnis ist voll zuzustimmen, wonach das Risiko einer doppelten Inanspruchnahme nicht auf der Nicht-Akzessorietät der Grundschild beruht, sondern auf der Möglichkeit des gutgläubigen einredefreien Erwerbs eines Grundpfandrechts generell, so dass dieses Risiko folglich auch für die Verkehrshypothek gilt. Dies bedeutet aber nicht, dass das Risiko einer doppelten Inanspruchnahme dort nicht besteht, wo es keinen gutgläubigen Erwerb gibt. Denn hier spielen auch Fragen der Beweislastverteilung eine Rolle.¹⁸

¹⁵ Wie z.B. Kircher, S. 222 ff.

¹⁶ In der Kreditpraxis mag der gutgläubige Erwerb von Grundpfandrechten kaum vorkommen. Aber für ein erwerbendes Kreditinstitut ist es beim Vorgang der Bestellung oder Übertragung eines Grundpfandrechts von großer Bedeutung, welche Rechtstatsachen zu prüfen sind, um das Risiko eines Rechtsverlustes gering zu halten – und dies wiederum bestimmt sowohl den betriebswirtschaftlich relevanten Aufwand im Rahmen der Kreditprüfung als auch die Wahrscheinlichkeit eines Rechtsverlustes (oder des Risikos, ein Recht gar nicht erst erworben zu haben), was wiederum eine Größe im Risikomanagement und in der Margenkalkulation darstellt. Besonders intensiv müssen sich Kreditinstitute damit befassen, wenn sie im Rahmen der Umsetzung von Basel II den IRBA-Ansatz für Risikogewichtung und Eigenkapitalunterlegung wählen.

¹⁷ S. 295 f und S. 391.

¹⁸ In vielen Ländern mit akzessorischen Hypotheken ist es üblich, dass sich die Bank die Auszahlung des Darlehens im Hypothekenbestellungsvertrag (notariell) bestätigen lässt – und erst danach die Auszahlung vornimmt. Hierdurch wird zum Teil ein ähnlicher Effekt erreicht wie die Bestellung einer nicht-

Ein weiterer ebenso wichtiger und im Zusammenhang mit Verbraucherschutzfragen häufig diskutierter Problembereich ist die Bestellung eines Grundpfandrechts durch einen vom Darlehensnehmer verschiedenen (dritten) Immobilieneigentümer. Hiermit befassen sich beide Autoren, besonders eingehend aber Kiesgen¹⁹, der für die von ihm untersuchten Rechtsordnungen über die Grundpfandrechte hinaus die Richtlinien der Rechtsprechung aufarbeitet, die überall für solche Drittfälle zu Einschränkungen kommen.

II. Grundpfandrechte als Refinanzierungsinstrumente

Früher existierte kein Kapitalmarkt wie heute, der den Austausch von Kapital weltweit möglich macht. Vielmehr erfüllten die Grundpfandrechte damals zwei Zwecke: Zum einen dienten sie als Kreditsicherheiten für individuelle Finanzierungen. Zum anderen wurde ihre Übertragbarkeit zur Refinanzierung genutzt, indem der ursprüngliche Darlehensgeber das Grundpfandrecht an einen Kapitalinvestor verkaufte und übertrug. Zu Beweis Zwecken war hierfür eine Urkunde unverzichtbar.

1. Vielfalt in Europa

Im Laufe der Modernisierung der Finanzwirtschaft und des Kreditsystems hat man schon vor einigen Hundert Jahren in Europa erkannt, dass eine zu enge Verbindung von Darlehen und Grundpfandrecht die Flexibilität der Kreditbeziehung behindert – und auch die Refinanzierung erschwert. Daher haben viele Gesetzgeber in Europa darüber nachgedacht, wie sie zur Verbesserung ihres nationalen Kreditsystems die Grundpfandrechte flexibler und leichter übertragbar machen können.

Im Widerstreit standen dabei immer wieder die gleichen Interessen:

- Kostengünstige Kredite sollten ermöglicht werden, die zur Risikominimierung ein funktionsfähiges Grundpfandrecht erforderten. – Damit waren das Hypotheken- und das Grundbuchrecht angesprochen.
- Der Dritterwerb der Kreditforderungen und Grundpfandrechte sollte zu Refinanzierungszwecken erleichtert werden. – Im Hypotheken- und Grundbuchrecht waren dadurch vorrangig Themen der Einwendungen/Einreden, der Übertragbarkeit und der Ausstellung einer Urkunde betroffen.

akzessorischen Grundschild vor Auszahlung des Darlehens, was aus Sicht der finanzierenden Bank durchaus legitim und erforderlich ist. Diejenigen, die die verbraucherschützende Wirkung der strengen Akzessorietät ihrer Hypothek betonen, gehen auf diese weit verbreitete Praxis jedoch in der Regel nicht ein.

¹⁹ Vgl. hierzu insbesondere seine rechtsvergleichende Analyse, S. 157 ff. Näher C. III. 3.

- Der Schutz des Eigentümers/Schuldners vor ungerechtfertigten Zwangsmaßnahmen sollte sichergestellt werden. – Dies wurde meist als Thema des Zwangsvollstreckungsrechts verstanden.

Die volkswirtschaftliche Zielsetzung einer gesetzlichen Maßnahme hatte Folgen für die Festlegung der Priorität unter diesen Interessengegensätzen. War der Gesetzgeber geprägt von leidvollen Erfahrungen eines großen Kapitalbedarfs, z.B. durch den (Wieder-) Aufbau seines Landes nach einem Krieg oder durch eine wettbewerbsintensive Industrialisierungsphase, wurde das Schwergewicht auf die Stärkung der Rechtsposition eines Kapitalinvestors gelegt, der bereit war, ein Darlehen zu geben oder ein Grundpfandrecht von einem Darlehensgeber zu erwerben. Hält man sich zudem vor Augen, welche Hürden in früheren Jahrhunderten der Geld- und Kapitalverkehr ohne durchorganisiertes und flächendeckendes Bankensystem, ohne eine Bankaufsichtsbehörde und ohne ein bargeldloses Zahlungsverkehrssystem zu überwinden hatte, wird verständlich, dass der ausgestellten Urkunde über ein Grundpfandrecht eine überragende Bedeutung beigemessen wurde, insbesondere auch im Hinblick auf die Frage von Einwendungen und Einreden bei der Veräußerung und Übertragung von Grundpfandrechten, dem Beispiel des bereits früher entwickelten Wechsels folgend.

Analysiert man die einzelnen Rechtsordnungen Europas, stellt man fest, dass es heute in allen entwickelten Hypothekenrechtsordnungen entweder eine flexible Grundpfandrechtsart gibt oder zumindest verschiedene praktische Vorgehensweisen zur Flexibilisierung der Kreditbeziehung entwickelt wurden, so z.B. die Nutzung eines sog. Krediteröffnungsvertrags, bei dem die akzessorische Hypothek eine bedingte oder künftige, der Höhe nach noch nicht feststehende Forderung sichert und folglich eine Art Höchstbetragshypothek erreicht wird.²⁰

Die am weitesten verbreitete Grundpfandrechtsart in Europa hierzu ist die sog. Höchstbetragshypothek. Bei dieser ist die Umfangsakzessorietät gelockert, indem die gesicherte Forderung in der Höhe schwanken kann. Manche Rechtsordnungen gehen sogar so weit, die an sich „akzessorische“ Höchstbetragshypothek aufrecht zu halten, wenn die gesicherte Forderung völlig erloschen ist. Damit wird die Höchstbetragshypothek im Hinblick auf die Erlöschensakzessorietät nicht-akzessorisch. Dies gilt z.B. für die niederländische Bankhypothek und die österreichische Höchstbetragshypothek, die zudem eine Vielfalt wechselnder Forderungen sichern können. Erst im Jahre 1996 wurde in Belgien, wo man lange Jahre dem französischen Vorbild der streng akzessorischen

²⁰ Vgl. hierzu Kircher, S. 113 f für das französische Recht (vor der Reform 2006) und Stöcker, Die Eurohypothek, S. 120. Zur früher verwendeten deutschen „verdeckten Höchstbetragshypothek“ vgl. Staudinger/Wolfsteiner (2002), § 1113, Rdnr. 17.

Hypothek gefolgt war, die "hypothèque pour toutes sommes" gesetzlich geschaffen, die am Beispiel der niederländischen Bankhypothek ausgerichtet ist; durch diese können auch zukünftige Forderungen gesichert werden, sofern diese bei der Bestellung der Hypothek bestimmt oder bestimmbar sind; diese Hypothekenart hat sich in der belgischen Kreditpraxis schnell durchgesetzt.

Ihren beschränkten Wirkungskreis zeigen die Höchstbetragshypotheken jedoch bei einer Übertragung auf einen neuen Gläubiger. Hier greift wieder die Akzessorietät (Zuständigkeitakzessorietät) und lässt die Spaltung des Grundpfandrechts von der Forderung nicht zu. Folglich müssen Forderung und Grundpfandrecht grundsätzlich zusammen übertragen werden – und die nicht mitübertragenen Forderungen sind nicht mehr dinglich gesichert.

Problematisch ist bei manchen Höchstbetragshypotheken (z.B. nach deutschem und österreichischem Recht), dass ein einheitlicher maximaler Haftungsbetrag für Kapital und Zinsen vereinbart werden muss und folglich diese Höchstbetragshypotheken nicht verzinslich sind, so dass in den Kapitalbetrag auch die Zinsen eingerechnet werden müssen, die man durch ein Zwangsvollstreckungsverfahren sichern möchte – mit Folgen für die Bestellungsgebühren.

Ein weiterer für die Praxis wichtiger Nachteil kann grundsätzlich in der Effizienz eines Vollstreckungsverfahrens bestehen. Da das Kapital nur ein Höchstbetrag, also ein Maximalbetrag ist, kann eine Höchstbetragshypothek konsequenterweise nicht sofort vollstreckbar erklärt werden. Dies bedeutet, dass die in vielen Rechtsordnungen vorhandene Möglichkeit nicht besteht, dass sich der Eigentümer mit dinglicher Wirkung für jeden künftigen Eigentümer (z.B. durch eine notariell beurkundete Erklärung) der sofortigen Vollstreckung unterwirft. Daher muss die Bank grundsätzlich zuerst einen Titel erstreiten, bevor sie das Zwangsvollstreckungsverfahren starten kann. Allerdings machen manche Rechtsordnungen hiervon wiederum Ausnahmen, z.B. indem jede notarielle Hypothekurkunde kraft Gesetzes vollstreckbar ist; die Frage der tatsächlichen Forderungshöhe ist dann eine Frage der Beweislastverteilung.

Nicht-akzessorische Grundpfandrechte finden sich heute²¹ in Deutschland (Grundschuld), Ungarn (önálló zálogjog), Slowenien (zavarovalni zemljiski dolg) und Estland (hüpoteek).

²¹ Bemerkenswert ist es, dass das russische Hypothekenrecht bis zum Jahre 1918 ein nicht-akzessorisches Grundpfandrecht kannte; vgl. hierzu Lassen, Die Hypothek nach russischem Recht als Kreditsicherungsmittel vor dem Hintergrund des Grundbuchrechts, der Zwangsvollstreckung in die Immobilie und der Insolvenz des Hypothekengebers, Berlin 2007 (Schriftenreihe des vdp, Band 30), S. 78 ff.

In Polen²² wurde ein detaillierter Gesetzentwurf für die Einführung eines an der Grundschuld²³ orientierten Grundpfandrechts (dlug gruntowe, Immobilienschuld, genannt) erstellt, der bereits für Wissenschaftler anderer Länder als Orientierungshilfe für die Einführung oder Weiterentwicklung von Sicherungsgrundschulden herangezogen wird.

Funktional können auch Grundpfandrechte in ihrer Kombination mit abstrakten Schuldversprechen in Norwegen (gjort pantobligasjon) und Schweden (pantbrev) hier eingruppiert werden; auch die Sonderform der Eigentümerhypothek in Dänemark (ejerpantbrev).²⁴

Dies gilt ebenso für die Schweiz (Schuldbrief)²⁵, die Türkei (ipotekli borç senedi)²⁶ und Argentinien (letra hipotecaria)²⁷. Dort besteht die Besonderheit, dass gesetzlich geregelt ist, dass die ursprüngliche zugrundeliegende Darlehensforderung durch ein abstraktes Schuldversprechen ersetzt wird, die Darlehensforderung also durch eine Novation²⁸ erlischt, so dass nur noch die im Wertpapier verkörperte abstrakte Forderung neben dem Grundpfandrecht erhalten bleibt.

Da die Arbeit von Kircher bereits im Jahre 2003 und diejenige von Kiesgen 2004 abgeschlossen wurde, konnten beide die neuere Rechtsentwicklung in Frankreich nicht mehr berücksichtigen, die gerade im Hinblick auf die Akzessorietät der Hypothek neue Wege

²² Dieser Gesetzentwurf ist dargestellt bei *Drewicz-Tulodziecka/Gregorowicz* in *Stöcker* (Red.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band I, Berlin 2006 (Schriftenreihe des vdp, Band 23), S. 241 ff.

²³ Die ursprüngliche Idee, das neue Grundpfandrechtskonzept am Schweizer Schuldbrief auszurichten, beurteilte die Zivilrechtskommission der polnischen Regierung als zu kompliziert. Daher entschied man sich dafür, auf die deutsche Grundschuld zurückzugreifen, die aus historischen Gründen in polnischen Grundbüchern vorkam und daher nicht völlig fremd war.

²⁴ Der ejerpantbrev ist nicht gesetzlich geregelt, sondern wurde von dänischen Bankjuristen aus den Prinzipien des allgemeinen Rechts des pantbrev (der dänischen Briefhypothek) entwickelt. Er entsteht dadurch, dass der Eigentümer einer Immobilie diese für eine Forderung, die gegen ihn selbst gerichtet ist, verpfändet und für diese Forderung und Verpfändung das Grundbuchamt auf Antrag des Eigentümers ein Wertpapier ausstellt, den ejerpantbrev. Dieses Wertpapier wird vom Eigentümer an den Gläubiger zur Sicherheit verpfändet, wobei die Verpfändung in einer eigenen Vereinbarung festgehalten wird. Es gibt also zwei Verpfändungen: die Verpfändung des Grundstücks und die des ejerpantbrev.

²⁵ Zur Novation beim Schweizer Schuldbrief vgl. *Stürner/Stadler*, *Hypothekenpfandbriefe und Deckungswerte in der Schweiz*, Berlin 2007 (Schriftenreihe des vdp, Band 31), Zweiter Teil, A. II. 2. a); *Stöcker*, *Die Eurohypothek*, S. 243.

²⁶ Dieses Grundpfandrecht, das im Zuge der Orientierung des am 4.10.1926 in Kraft getretenen türkischen Zivilgesetzbuches am Schweizer Zivilgesetzbuch am Schweizer Schuldbrief ausgerichtet wurde, wird in der türkischen Kreditpraxis offenbar nicht verwendet. Nach dem türkischen Verbraucherkreditgesetz darf es durch Verbraucher nicht bestellt werden. Derzeit gehen wissenschaftliche Arbeiten der Frage nach, inwieweit dieses Verbot gerechtfertigt ist.

²⁷ Vgl. hierzu *Cristiá/Stöcker*, *Structured „Covered Bonds“ in Argentina*, *Immobilien & Finanzierung* 2007, S. 318.

²⁸ Zumindest in der Schweiz ist unstrittig, dass diese Novationswirkung nachgiebig gilt, also vertraglich (auch konkludent) ausgeschlossen werden kann, was in der Praxis der Kreditinstitute üblich ist.

beschreitet, nämlich durch die Einführung einer „hypothèque rechargeable“, bei der die Akzessorietät so weit gelockert ist, dass man sie zuweilen bereits als der deutschen Grundschuld ähnlich beurteilt.²⁹

Künftige rechtsvergleichende Arbeiten werden sich auch dem skandinavischen Rechtskreis zuwenden und herausstellen, dass z.B. in Schweden und Norwegen Grundpfandrechte in Kombination mit abstrakten Schuldversprechen in der Praxis üblich sind. Hierbei kann das Grundpfandrecht theoretisch als streng akzessorisch beurteilt werden, aber eben im Verhältnis zu einem abstrakten Schuldversprechen, das unabhängig von der Darlehensforderung besteht. Dies stellt eine deutliche Parallele zum Schweizer Schuldbrief und zur deutschen „abstrahierten Hypothek“ dar, ebenso zur Verbindung eines englischen oder US-amerikanischen Grundpfandrechts mit einer debenture oder promissory note.³⁰

2. Historische Entwicklung im deutschen Recht

Die Vielfalt in Europa spiegelt sich im deutschen Recht wieder, das wie kein anderes Land in Europa noch heute über eine Fülle von Grundpfandrechten verfügt, die gesetzlich geregelt sind oder durch die Praxis entwickelt wurden: Sicherungshypothek, Verkehrshypothek, Wertpapierhypothek, Höchstbetragshypothek, Sicherungsgrundschuld und isolierte Grundschuld, aber auch die Rentenschuld und die Reallast. Zur Refinanzierung von Hypothekarkrediten über den Kapitalmarkt steht seit mehr als zwei Jahrhunderten der Pfandbrief zur Verfügung.

a) Individualhypothek

Bereits im früheren deutschen Recht wurde eine Fülle von dinglichen Rechten entwickelt, die das Sicherungsbedürfnis in flexibler Weise erfüllen sollten. Dies geschah insbesondere zum Aufbau marktwirtschaftlicher Strukturen und zur Förderung freiheitlicher Finanzstrukturen.

²⁹ Vgl. hierzu *Leutner/Lehberg*, *Die Entdeckung der Grundschuld: Die „wiederauffüllbare Hypothek“ (hypothèque rechargeable) als neues Kreditsicherungsmittel im französischen Recht*, *ZfR-Report* 2006, S. 817 ff; *Klein/Tietz*, *Frankreich reformiert sein Kreditsicherungsrecht*, *RIW* 2007, S. 101 ff (insbesondere S. 105 f).

³⁰ In Schweden wird das Grundpfandrecht nicht zur Sicherung des Darlehens, sondern eines „skuldebrev“ bestellt, der als gesonderte Verbindlichkeit neben das Darlehen tritt. Interessant ist auch, dass es in vielen US-Bundesstaaten üblich ist, das Grundpfandrecht für eine „promissory note“ zu bestellen, die ebenfalls eine selbständig neben dem Darlehen existierende Verbindlichkeit schafft. Auch in der deutschen Kreditpraxis wurde die Kombination aus abstraktem Schuldversprechen mit Sicherung durch eine Hypothek zeitweise genutzt, dann jedoch aufgrund der einfacheren Handhabbarkeit der Sicherungsgrundschuld aufgegeben; vgl. zu dieser „abstrahierten Hypothek“ *Baur/Stürner*, *Sachenrecht*, 17. Auflage 1999, § 36 Rdnr. 76, § 37 Rdnr. 18 und § 40 Rdnr. 45 f.

Die einzelnen grundpfandrechtlich gesicherten Kredite, die früher meist von Privatpersonen gegeben wurden (Individualhypotheken), sollten verkehrsfähig gemacht werden, indem ihre Übertragbarkeit vereinfacht wurde. Diesem Zweck dienen die Lockerung der Durchsetzungsakzessorietät bei der Verkehrshypothek durch den gutgläubigen Erwerb einer Hypothek auch ohne Forderung, § 1138 BGB, und die Bestellung einer Wertpapierhypothek, also einer an sich akzessorischen Hypothek für eine Inhaber- oder Orderschuldverschreibung, §§ 1187 BGB.³¹

b) Grundschuld

Die Grundschuld, früher auch „selbständige Hypothek“ genannt³², wurde als rechtlich-technisch isoliertes Grundpfandrecht und zu Refinanzierungszwecken, d.h. zur Nutzung durch Privatpersonen im Kapitalverkehr entwickelt. Sie hatte zum Ziel, eine dingliche Forderung am Kapitalmarkt verkäuflich und handelbar zu machen. Dies erforderte zum einen deren leichte Übertragbarkeit – hierzu diente die Briefform. Zum anderen war wichtig, dass ein weiterer Erwerber der Grundschuld (der Kapitalinvestor) als neuer Gläubiger vor Einwendungen/Einreden geschützt wurde, auf die er keinen Einfluss hatte. Unter allen Grundpfandrechtsarten bildete sie damit die „Spitze“ an Verkehrsfähigkeit und Umlaufsicherung.³³ Auch wenn sie eine Forderung sichern sollte, so bedeutete die Wahl der Grundschuld, dass die Vertragsparteien den Verkehrsinteressen den Vorzug vor den Sicherungsinteressen geben wollten.³⁴

Durch ihren Charakter als isoliertes Grundpfandrecht sollte sie frei und unabhängig von einer Darlehensforderung sein. Die Rechtsbeziehung zwischen Eigentümer und Erwerber der isolierten Grundschuld kann daher zwar funktional als ein Kreditgeschäft verstanden werden, rechtlich entspricht es aber eher einem teilweisen Erwerb der Immobilie, genauer nämlich dem Erwerb des Verwertungsrechts. Erst später hat sich daraus die Sicherungsgrundschuld entwickelt durch die Aufspaltung von schuldrechtlicher Bindung und dinglicher Rechtsmacht (fiduziarischer Charakter),³⁵ folglich die schuldrechtliche Beschränkung der dinglichen Rechtsposition.

³¹ Hierzu Kircher, S. 50 ff, inbes. S. 53 f sowie S. 225 ff.

³² Buchholz, Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht – Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld, Frankfurt a.M. 1978, S. 11 u. S. 395. Der Begriff der Grundschuld wurde bei den Arbeiten am BGB als neutraler Begriff gegenüber der Realobligation, dem Realwechsel und dem Grundwechsel bevorzugt (Buchholz, S. 345). Der Grundschuldbrief wurde auch als „Wechsel auf dem Gebiet des Realverkehrs“ bezeichnet (Buchholz, S. 343, Fn. 18 m.w.N.)

³³ Buchholz, S. 11.

³⁴ Buchholz, S. 347.

³⁵ Vgl. Buchholz, S. 12.

Während der Gesetzgeber des BGB der Hypothek den Vorrang vor der Grundschuld gab, hat sich das Verhältnis dieser beiden Grundpfandrechtsarten in der Praxis bald umgekehrt. Heute wird in der Kreditpraxis von Kreditinstituten nur noch die Grundschuld verwendet, allerdings in der Form der Sicherungsgrundschuld.³⁶

Von allen Arten bietet der Grundschuldbrief auf den Inhaber, § 1195 BGB, die größte Verkehrsfähigkeit. Er hat jedoch keine praktische Bedeutung, ebenso wenig wie die Wertpapierhypothek.³⁷

c) Institutshypothek und Pfandbrief

Im 18. und 19. Jahrhundert wurde intensiv an einem System der „Institutshypothek“ gearbeitet. Dieses bestand im Kern darin, dass das Kreditgeschäft nicht von Individuum zu Individuum geschlossen wurde, sondern ein kreditgebendes Institut als Intermediär dazwischen geschaltet wurde. Daraus hat sich das System der Landschaften und des Pfandbriefes entwickelt.

So erfolgreich und weitverbreitet der Pfandbrief heute auch ist, als Refinanzierungsinstrument war er ursprünglich nur vorübergehend gedacht,³⁸ nur dem Adel und dem Großgrundbesitz zugänglich; das Ausgabeverfahren war schwerfällig³⁹ und verursachte hohe Verwaltungskosten.⁴⁰

Dort, wo ein lebhafter lokaler Markt für Individualhypotheken existierte, war wenig Raum für Kreditinstitute.⁴¹ Die häufig auf sehr lange Laufzeiten und feste Zinsen ausgestellten Pfandbriefe konnten zwar jederzeit „getilgt“ werden, aber dann zum aktuellen Marktpreis (Kurs), der angesichts der langen Laufzeiten bei gesunkenen Kapitalmarktzinsen weit über dem Nominalbetrag liegen konnte. Zudem betrug das Disagio beim erstmaligen Verkauf eines Pfandbriefes häufig 30 %. Die kündbare „Privathypothek“ (auch in Form der Grundschuld) war daher in Phasen einer gut laufenden Wirtschaft beliebter als

³⁶ Stöcker, Die Eurohypothek, S. 25 ff. m.w.N.

³⁷ Vgl. hierzu Staudinger/Wolfsteiner (2002), § 1195, Rdnr. 1.

³⁸ Vgl. Stöcker, Realkredit und Pfandbriefsicherheit, Frankfurt a.M. 2004 (Schriftenreihe des VDH/vdp, Band 18), S. 37, Fn. 120 m.w.N.

³⁹ Der Darlehensnehmer musste ursprünglich selbständig für den Verkauf des Pfandbriefes sorgen, um sich auf diese Weise das im Pfandbrief verkörperte Kapital zu beschaffen. In einem späteren Entwicklungsstadium wurde diese Aufgabe von den Landschaften übernommen.

⁴⁰ Buchholz, S. 230.

⁴¹ Buchholz, S. 233.

der Pfandbrief.⁴² Seine Stärke zeigte der Anstaltskredit, d.h. die Kreditgewährung mittels der Ausgabe von Pfandbriefen durch die Landschaften, in Krisenzeiten.⁴³ Wesentlich zur Durchsetzung des Pfandbriefsystems hat sicherlich auch beigetragen, dass die Struktur und die Arbeitsweise der Landschaften zügig weiterentwickelt wurden, womit auch eine Ausdehnung des Kreises der Darlehensnehmer einherging.

Je enger die Verbindung zwischen einem Darlehen und einer Kreditsicherheit erwünscht ist, desto eher ist die streng akzessorische Hypothek ausreichend. Je mehr ein Kreditinstitut an einer dauerhaften und unveränderten Kreditbeziehung zu einem Kunden interessiert ist, desto weniger Interesse hat es an einer leichten Übertragbarkeit des grundpfandrechtlich gesicherten Kredits und vor allem des Grundpfandrechts selbst.

Die Vertreter des Landschaftssystems und der Hypothekenbanken⁴⁴ waren daher an einer flexiblen Grundsuld wenig interessiert, da die selbständig handelbare Individualhypothek und die Grundsuld durch ihre Kapitalmarktfähigkeit Konkurrenzprodukte zum Pfandbrief waren. Während also früher diverse Grundpfandrechte als verkehrsfähige Finanzierungs- und Refinanzierungsprodukte entwickelt wurden, sollte nunmehr das Grundpfandrecht in der Hand des finanzierenden Kreditinstituts verbleiben - und der Pfandbrief wurde das verkehrsfähige Finanzinstrument.

Die deutschen Hypothekenbanken haben bis ca. 1969 an der Hypothek als Kreditsicherheit festgehalten, wohingegen die deutschen Geschäftsbanken schon bald nach 1900 vorrangig die Grundsuld verwendet haben.⁴⁵ Danach sind auch die Hypothekenbanken immer stärker zur Grundsuld übergewechselt. Heute lassen sich die Pfandbriefbanken wie auch alle anderen Kreditinstitute, auch ausländische, die in Deutschland tätig werden, ausschließlich Sicherungsgrundsulden als Kreditsicherheiten auf in Deutschland belegenen Immobilien bestellen.

3. Refinanzierungsinstrumente für Hypothekarkredite in Europa

Grundpfandrechtlich gesicherte Darlehen für Wohnungszwecke und für gewerbliche Immobilieninvestitionen werden heute in Europa durch Einlagen, ungedeckte Bankschuldverschreibungen, diverse Eigenkapitalformen, Mortgage Backed Securities (MBS) und

⁴² Buchholz, S. 211 u. S. 233 f. Zur zeitgenössischen Kritik am System der Landschaften und des Pfandbriefes vgl. Buchholz, S. 228 ff.

⁴³ Buchholz, S. 211.

⁴⁴ Die Hypothekenbanken konnten im landwirtschaftlichen Kredit keinen Fuß fassen. Die Grundeigentümer bevorzugten die Landschaften für den Agrarkredit. Daher entwickelten sich die Hypothekenbanken vor allem im städtischen Geschäft bei der Finanzierung von Wohnungen. Vgl. hierzu Buchholz, S. 236 f.

⁴⁵ Stöcker, Die Eurohypothek, S. 25, Fn. 7, und S. 45 ff.

Covered Bonds refinanziert. Covered Bonds ist heute die international übliche Bezeichnung für die - dem deutschen Pfandbrief nachgebildete - traditionelle Form von Bankschuldverschreibungen, die durch Hypothekarkredite oder durch Kredite an den öffentlichen Sektor gesichert sind.⁴⁶ Sie haben eine überragende Marktbedeutung; das Volumen aller Covered Bonds in Europa betrug zum Ende 2006 ca. 1,9 Billionen Euro.⁴⁷

Pfandbriefe sind dadurch gekennzeichnet, dass sie Schuldverschreibungen von Kreditinstituten sind, die in der Insolvenz dieses Kreditinstituts durch Vermögenswerte gesichert sind, im Fall der Hypothekendarlehen durch grundpfandrechtlich gesicherte Darlehensforderungen, und einer besonderen öffentlichen Aufsicht unterstehen. Durch insolvenzrechtliche Spezialregelungen werden diese „Deckungswerte“ den Inhabern der Pfandbriefe zugeordnet, §§ 30 ff. PfandBG.⁴⁸ Nicht zuletzt die Erfolgsstory des deutschen Jumbo-Pfandbriefes⁴⁹ hat zu einer Renaissance des Pfandbriefes in Europa geführt.⁵⁰

Während die meisten kontinentaleuropäischen Covered Bond-Systeme auf einer speziellen gesetzlichen Grundlage beruhen, sind die sogenannten Structured Covered Bonds in UK⁵¹ und den Niederlanden auf vertragliche Strukturen aufgebaut, die Rechtsinstrumente nutzen, die für MBS entwickelt wurden. Sie zielen darauf ab, in Ländern, in denen die insolvenzrechtlichen Sonderbestimmungen fehlen, diese Lücke durch die bei Verbriefungen (MBS) üblichen Strukturen zu ersetzen. Im Kern bestehen sie darin, dass Schuldverschreibungen von einer Bank emittiert werden, die durch eine Spezialgesellschaft⁵² garantiert werden, der zuvor Hypothekarkredite von der Bank übertragen oder verpfändet worden sind. Hier ist also die Übertragbarkeit oder Verpfändbarkeit von Hypothekarkrediten eine zentrale Säule der Sicherheit der Covered Bonds. Aus Sicht des Sachenrechts wirft die Übertragung von Hypothekarkrediten von einem Kreditinstitut auf eine SPV häufig Probleme⁵³ auf. Diese könnten zum Teil durch eine Eurohypothek - wie

⁴⁶ Detaillierte Informationen, auch über das EU-Recht für Covered Bonds, finden sich bei European Covered Bond Council (ECBC), European Covered Bond Fact Book, 2. Auflage, Brüssel 2007, sowie auf der ECBC-Website unter www.hypo.org.

⁴⁷ ECBC, European Covered Bond Fact Book, 2. Auflage, Brüssel 2007, S. 15.

⁴⁸ Ausführlich zum insolvenzrechtlichen Schutz der Pfandbriefe Stöcker, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, München 2007, § 86a (Grundzüge des Pfandbriefrechts), Rdnr. 60 ff.

⁴⁹ Zur Entwicklung des Jumbo-Pfandbriefes vgl. Munsberg, Zehn Jahre Jumbo-Pfandbrief - Wie alles begann, in vdp, Der Pfandbrief - Fakten und Daten, Berlin 2005, S. 29 ff.

⁵⁰ Vgl. Stöcker, Die Renaissance des Pfandbriefes in Europa, in: Der Langfristige Kredit 2001, S. 113 ff.

⁵¹ Zur UK-Version der structured covered bonds vgl. Engelhard in: ECBC European Covered Bond Fact Book, 2. Auflage, Brüssel 2007, S. 193 ff.

⁵² Bei MBS emittiert diese SPV die Schuldverschreibungen, bei structured covered bonds garantiert die SPV die von einem Kreditinstitut emittierten Schuldverschreibungen.

⁵³ Bei diesen „Übertragungen“ ist zu prüfen, ob dies volle, rechtliche Übertragungen sind (legal transfer) oder nur ein Pfandrecht (charge, pledge) an den Deckungswerten bestellt wird oder spezielle englisch-rechtliche Konstruktionen (insbes. eine equitable assignment oder eine equitable charge) vorliegen. Zudem ist zu

schon oben beschrieben – gelöst werden, vor allem, wenn es um europaweit gestreute Deckungsportfolien geht.

Aber auch bei traditionellen Covered Bonds spielt die Übertragbarkeit von Hypothekarkrediten zu Deckungszwecken immer wieder eine wichtige Rolle. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn die Emittentenbank die Hypothekarkredite nicht selbst gibt, sondern als Portfolio von einer anderen Bank erwirbt. Eine besondere Form hierbei stellen die sog. Pooling-Modelle dar, bei denen zentrale Refinanzierungsinstitute die Hypothekarkredite, die ihre Partnerbanken geben, über den Kapitalmarkt durch die Emission von Covered Bonds refinanzieren.⁵⁴ Zum Teil wurden hierfür Sonderbestimmungen geschaffen, um die Übertragung oder Verpfändung der Hypothekarkredite in effizienter Weise durchführen zu können.⁵⁵

Betrachtet man zudem die strukturierten Finanzierungen und die Syndizierungen vor allem im gewerblichen Hypothekarkredit, wird schnell deutlich, dass die übliche Einteilung in Instrumente des Aktivgeschäfts (Hypothek) und des Passivgeschäfts (Refinanzierungsinstrumente) komplexen Transaktionen nicht gerecht wird. Vielmehr werden die Finanzierungstechniken übergreifend genutzt. Daher steht zunehmend die Differenzierung in Frage, dass sich Sachenrechtler mit der Grundschuld befassen, Kapitalmarktexperten mit Pfandbriefen und anderen neueren Refinanzierungsinstrumenten. Künftigen wissenschaftlichen Arbeiten über eine Eurohypothek wäre es zu wünschen, einen komplexen Ansatz zu wählen und die Grundpfandrechte in ihrer Funktion auf beiden Seiten der Bilanz eines Kreditinstituts zu beleuchten.

B. Grenzüberschreitende Immobilienfinanzierungen

Im Folgenden wird aufgezeigt, welche hohen Ansprüche die moderne grenzüberschreitende Immobilienfinanzierung an die Flexibilität der Grundpfandrechte stellt.

analysieren, ob die Transaktion die Werte voll erfasst oder nur teilweise. Weiterhin ist zu fragen, welche Folgen die Abtretung oder die Übertragung einer Sicherheit für andere Forderungen hat, zu deren Sicherung die abgetretene oder übertragene Sicherheit ursprünglich ebenfalls dienen sollte.

⁵⁴ Derartige Pooling-Modelle existieren z.B. in Dänemark, Frankreich, Spanien, Österreich, Ungarn und der Schweiz. Auch in Deutschland werden derzeit solche Refinanzierungssysteme durch einige Landesbanken aufgebaut, um die Hypothekarkredite von Sparkassen über den deutschen Hypothekenpfandbrief zu refinanzieren.

⁵⁵ Diese wurden erstmals öffentlich rechtsvergleichend in einer Konferenz eingehend diskutiert, die die polnische Hypothekenstiftung am 25.5.2007 in Krakau durchgeführt hat. Vgl. hierzu http://www.pfandbrief.de/d/internet.nsf/tindex/de_laenderuebergre.htm.

I. Entwicklung des grenzüberschreitenden Hypothekengeschäfts⁵⁶

Grenzüberschreitende Immobilieninvestitionen sind kein neues Phänomen. Deren Finanzierung durch ausländische Banken, also die grenzüberschreitende Immobilienfinanzierung durch eine Bank mit Sitz im Staat A für ein Objekt im Staat B hat dagegen erst durch die Verwirklichung des Binnenmarktes im Jahre 1992 und dem damit verbundenen Abbau der bankaufsichtsrechtlichen Schranken einen entscheidenden Impuls erfahren.

Das Immobilienfinanzierungsgeschäft war Anfang der 90er Jahre generell in Europa noch relativ einfach strukturiert, dementsprechend auch die Auslandsbeleihungen deutscher Hypothekenbanken. Dennoch hat man bald erkannt, dass die unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen vor allem beim Grundbuch und bei den Grundpfandrechten zu vom Inland unterschiedlichen Vorgehensweisen bei der Kreditvergabe und insbesondere der Kreditauszahlung führen mussten. Dazu kam noch das Grundsatzproblem, dass man in den meisten westeuropäischen Rechtsordnungen nur akzessorische Hypotheken vorfand, bei denen weitgehend nur die Umfangsakzessorität gelockert war, und daher die Vertragsstrukturen und Verfahren nicht anwenden konnte, die man im Inland aufgrund der Grundschuld kannte.

Die hohen Investitionskosten bei internationalen gewerblichen Immobilientransaktionen haben ab Mitte der 90er Jahre vermehrt Konsortialkredite erforderlich gemacht, auch anfängliche Syndizierungen genannt. Deren hypothekarische Sicherung stellt hohe Anforderungen an die rechtliche Expertise aller Beteiligten. Daher setzte sich schnell die Einschaltung hochprofessioneller Anwälte durch, häufig aus international tätigen Kanzleien, die dann wiederum ihre Vorstellungen über Vertragsinhalte und Sicherungstechniken mitbrachten. Dies führte allgemein zu einer stärkeren Professionalisierung und in gewissem Maße auch Standardisierung des internationalen Hypothekengeschäfts.

Die Entwicklung großvolumiger und komplexer internationaler Finanzierungen hat die Frage aufgeworfen, ob die Grundpfandrechte in den einzelnen Rechtsordnungen modernen Anforderungen genügen. Denn insbesondere den deutschen Pfandbriefbanken ist es durch das Pfandbriefgesetz aufgegeben, diese Sicherung so zu gestalten, dass sie selbst einen unmittelbaren Anteil am Grundpfandrecht haben, wenn die Hypothekendarlehen als

⁵⁶ Vgl. hierzu näher Stöcker, Die grundpfandrechtl. Sicherung grenzüberschreitender Immobilienfinanzierungen, Die Eurohypothek – ein Sicherungsinstrument mit Realisierungschancen, WM 2006, S. 1941 ff. Dieser Beitrag wurde in englischer Übersetzung veröffentlicht: Stöcker, Real estate liens as security for cross-border property finance, The Eurohypothec – a security instrument with real prospects, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid 2007, S. 2255 ff.

Deckungswerte für Hypothekenpfandbriefe dienen sollen.⁵⁷ Indirekte grundpfandrechliche Sicherheiten, die nur zugunsten des Konsortialführers bestellt werden, sind grundsätzlich nicht ausreichend für eine Deckungsfähigkeit. In vielen Rechtsordnungen muss man sich daher mit komplexen Konstruktionen behelfen, wie Gesamtgläubigerschaften, Gleichranghypotheken und Aufspaltungen der Grundpfandrechte.

Um seine Mitgliedsinstitute zu unterstützen, analysiert der vdp seit dem Jahre 1989 die rechtlichen Rahmenbedingungen in Form von Länderseminaren, vor allem aber durch die intensive systematische Aufarbeitung des Hypotheken- und Grundbuchrechts der einzelnen Rechtsordnungen⁵⁸ durch die Auslandsghremien und die Geschäftsstelle des vdp. Neben den Länderberichten⁵⁹ wurden weitere Sachgebiete in „Spezialthemen“ bearbeitet, um die wichtigsten Themenfelder abzudecken, mit denen sich die Spezialisten des Auslandshypothekengeschäfts befassen müssen.⁶⁰ Einer der Schwerpunkte lag auf der hypothekarischen Sicherung von anfänglichen Konsortialkrediten; das zentrale rechtliche Thema hierbei ist die Bestellung von gleichrangigen Grundpfandrechten.

Die langwierigen Kreditentscheidungsprozesse und die vielfältigen Abstimmungsprobleme bei Konsortien haben die Immobilieninvestoren seit mehreren Jahren veranlasst, verstärkt darauf zu drängen, dass möglichst nur ein einziges Kreditinstitut den Kredit gewährt – und ihn dann später in Teilen weitergibt an andere Banken im Wege der nachträglichen Syndizierung. Der vdp hat über mehrere Jahre in seinen Auslandsghremien die Rechtslage in den für seine Mitgliedsinstitute wichtigsten europäischen Immobilienmärkten untersucht und kam zum Ergebnis, dass eine effiziente nachträgliche Syndizierung aufgrund der vielerorts bestehenden Probleme mit unflexiblen Grundpfandrechtsarten nur

⁵⁷ Vgl. näher *Stöcker* in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, München 2007, § 86a (Grundzüge des Pfandbriefrechts), Rdnr. 31 ff.

⁵⁸ Dies sind vor allem die Mitgliedstaaten der EU und des EWR, dazu die Schweiz, die USA, Kanada, Japan, die Türkei, die Ukraine und Russland.

⁵⁹ Diese Länderberichte enthalten viele wichtige grundsätzliche Informationen zum Bankaufsichtsrecht, Register- und Grundbuchrecht, Hypothekenrecht, Darlehensrecht, Mietrecht, Zwangsvollstreckungsrecht und Insolvenzrecht. Einige Ergebnisse dieser Berichte wurden veröffentlicht bei *Schub*, Allgemeine rechtliche Voraussetzungen des Hypothekarkredits in den Ländern der Europäischen Gemeinschaft und den benachbarten EFTA-Staaten, in: Rüchardt (Hrsg.), Handbuch des Hypothekarkredits, 3. Auflage, Frankfurt a.M. 1993, S. 685 – 755.

⁶⁰ Solche Spezialausarbeitungen betreffen die Modalitäten einer Kreditauszahlung, Zinsvereinbarungen und ihre hypothekarische Sicherung, Kreditsicherheiten im Konkurs, Vertragsgestaltungen des Ablösungsentgelts und der Vorfälligkeitsentschädigung, Sicherheitgestaltung bei Konsortialkrediten, Auszahlungsverfahren und frühestmöglicher Zeitpunkt der Indeckungnahme, vollständige und teilweise Abtretung einer Hypothekenforderung, Kosten einer Hypothekenbestellung, Abtretung/Verpfändung von Mietforderungen. Diese 9 Spezialthemen, die ab Mitte der 90er Jahre bearbeitet wurden, sind vor wenigen Jahren um 2 weitere Arbeitsthemen ergänzt worden: Leitfadens Verwertung und nachträgliche Syndizierung.

in wenigen Ländern möglich ist, nämlich im Wesentlichen in Dänemark, Deutschland, England und Wales, Schottland, Schweden und der Schweiz.⁶¹

Die formellen Anforderungen können dort auch nicht dadurch vermieden werden, dass nur die Kreditforderung anteilig abgetreten, die Hypothek dagegen treuhänderisch gehalten wird, da bei akzessorischen Sicherheiten ein Auseinanderfallen der Gläubigerstellung von Grundpfandrecht und gesicherter Forderung grds. nicht möglich ist, ohne das Grundpfandrecht zu beeinträchtigen.⁶² Allerdings ist es denkbar, Forderung und Grundpfandrecht zusammen treuhänderisch durch einen Konsortialführer für die Konsorten halten zu lassen. Wichtig hierfür ist, dass diese Treuhand im Fall der Insolvenz des Konsortialführers insolvenzfest ist, d.h. dass die Konsorten dann das Grundpfandrecht oder den ihnen zustehenden Anteil daran aus der Insolvenzmasse des Konsortialführers herausverlangen können und nicht nur auf eine Konkursquote angewiesen sind. Die Unsicherheit bezüglich der Insolvenzfähigkeit der Rechtsposition des im Rahmen einer deutschen Treuhand⁶³ begünstigten Kreditinstituts, der daraus folgenden fehlenden Deckungsfähigkeit für Hypothekenpfandbriefe und das entscheidende Kostenargument im Massengeschäft hat den deutschen Gesetzgeber dazu geführt, im Jahre 2005 die gesetzlichen Bestimmungen für ein sog. Refinanzierungsregister in den §§ 22a ff. KWG zu schaffen.⁶⁴ Für das Auslandsgeschäft ist es sehr wichtig, dass in das Refinanzierungsregister nicht nur Grundpfandrechte, sondern auch Forderungen eingetragen werden können, folglich auch ausländische akzessorische Hypotheken. Dadurch können über deutsche Kreditinstitute europaweit Syndizierungen in effizienter Weise strukturiert werden.⁶⁵

In den letzten Jahren drängen die internationalen Investoren verstärkt auf die Durchführung von Portfolio-Transaktionen, die mehrere Länder umfassen. Dadurch erreichen sie, dass das Risiko von Wertverlusten aus einzelnen Objekten mit steigenden Werten aus

⁶¹ Wenn man die Aufteilung der Hypothekenforderung von Anfang an planen kann und hierbei auch die Stückelung kennt, ist eine effiziente Vorgehensweise auch in Frankreich dadurch möglich, dass man sich einzelne geteilte „copies exécutoires à ordre“ ausstellen lässt, die dann später zur Übertragung der Hypothekenteile verwendet werden können. Vgl. hierzu auch *Kircher*, S. 242.

⁶² Vgl. A. I. 3.

⁶³ Zur Treuhand bei Konsortialkrediten vgl. ausführlich *Picherer*, Sicherungsinstrumente bei Konsortialfinanzierungen von Hypothekenbanken, Frankfurt a.M. 2002, S. 44 ff. (Schriftenreihe des VDH/vdp, Band 14).

⁶⁴ Zum Inhalt des Gesetzes detailliert *Tollmann*, Die Sicherstellung der Insolvenzfähigkeit bei der Asset Backed Securitization nach dem neuen Refinanzierungsregister gemäß §§ 22a ff. KWG, WM 2005, S. 2017 ff.; *Fleckner*, Das Refinanzierungsregister – Tatbestandliche Grenzen und Vorschläge zur Verbesserung, WM 2006, S. 697 ff.; *Fleckner/Frese*, Veräußerung und Indeckungnahme von Immobilienkrediten mit Hilfe des Refinanzierungsregisters, Kreditwesen 2007, S. 924 f.; *Fleckner*, Das Refinanzierungsregister – Rechtsfolgen der Eintragung und Vorschläge zur Verbesserung, WM 2007, S. 2272 ff.; *Stöcker* in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, München 2007, § 86a, Rdnr. 85 ff.

⁶⁵ Zudem können auch ausländische „Pfandbriefbanken“ Begünstigte des deutschen Refinanzierungsregisters sein; näher hierzu *Stöcker/Stünkel*, Syndizierungen mit EU-ausländischen Kreditinstituten unter Rückgriff auf das Refinanzierungsregister (erscheint demnächst in BKR – Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht).

anderen Immobilienobjekten ausgeglichen werden kann. Dadurch können sie Objekte in ihr Gesamtprojekt und dessen Finanzierung einbeziehen, die ohne den Portfolioeffekt überhaupt nicht oder nur mit ungünstigeren Konditionen realisiert werden könnten. Von Seiten der finanzierenden Banken lässt sich diese risikoausgleichende Wirkung nicht dinglich durch Grundpfandrechte herstellen, da ein grenzüberschreitendes Gesamtgrundpfandrecht nicht möglich ist. Der Portfolio-Charakter des Gesamtkredits kann nur durch aufwändige vertragliche Strukturen hergestellt werden. Abhilfe könnte die Einführung eines in allen EU-Mitgliedstaaten einheitlichen Grundpfandrechts schaffen, das in der Form eines Gesamtgrundpfandrechts an Immobilien bestellt werden könnte, die in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten liegen.⁶⁶

II. Runder Tisch „Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa“

Um seine weiteren Recherchen auf eine breitere Basis zu stellen, hat der vdp einen „Runden Tisch: Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa“ eingerichtet. In drei jeweils zweitägigen Diskussionsrunden haben führende Experten aus Bosnien-Herzegowina, Deutschland, Estland, Kroatien, Österreich, Polen, Slowenien und Ungarn – auf der Grundlage der in den „Basic Guidelines on a Eurohypotheke“⁶⁷ identifizierten Fragestellungen – über die dogmatischen Grundlagen sowie die praktische Verwendbarkeit ihrer nationalen Grundpfandrechte diskutiert und hierzu ausführliche Länderberichte verfasst. Die Ergebnisse dieses Runden Tisches wurden veröffentlicht.⁶⁸ Diese Diskussionsrunden wurden unter Hinzuziehung weiterer Länder fortgesetzt; im 4. Workshop wurden Berichte zu Norwegen, der Ukraine, Russland, Rumänien und Serbien fertiggestellt, die mittlerweile ebenfalls veröffentlicht wurden.⁶⁹ Es ist vorgesehen, Experten aus weiteren Ländern einzubeziehen.

Die bisherigen Ergebnisse⁷⁰ haben gezeigt, dass in vielen Ländern Höchstbetragshypothesen verwendet werden, die zum Teil eine sehr hohe Flexibilität aufweisen, allerdings nur solange, wie Eigentümer und Gläubiger nicht wechseln. Die wissenschaftlich vertiefte

⁶⁶ Ähnliche Fragen stellen sich bei der grenzüberschreitenden Wohnungsfinanzierung. Im europaweiten, direkten Einzelgeschäft ist diese offenbar nicht profitabel machbar. Durchaus denkbar ist jedoch der Erwerb von ausländischen Hypothekenportfolios. Da jedoch das Grundpfandrecht – vom Verbraucherschutzrecht ganz abgesehen – einen wichtigen Baustein in der Struktur der Finanzierung darstellt, muss dieses im Workflow des Geschäfts besonders berücksichtigt werden. Für eine Vielzahl unterschiedlicher Grundpfandrechte dürfte dies im Massengeschäft kaum durchführbar sein. Auch hier würde ein einheitliches Grundpfandrecht neue Möglichkeiten erschliessen.

⁶⁷ Hierzu C. I.

⁶⁸ Stöcker (Red.), Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa, Band I, Berlin 2006 (Schriftenreihe des vdp, Band 23).

⁶⁹ Stöcker (Red.), Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa, Band II, Berlin 2007 (Schriftenreihe des vdp, Band 32).

⁷⁰ Eine rechtsvergleichende Analyse der Ergebnisse zu denjenigen Ländern, die in Band I und II über den Runden Tisch des vdp erzielt wurden, ist derzeit in Arbeit. Sie soll im Jahre 2008 veröffentlicht werden.

rechtsvergleichende Aufarbeitung der Grundpfandrechte in Europa ist noch lange nicht abgeschlossen. Es besteht ein großer Bedarf an rechtsvergleichenden Untersuchungen zur rechtstechnischen Verbindung von Kreditvertrag und Grundpfandrechtsbestellung, zu Fragen der Beweislastverteilung, des gutgläubigen Erwerbs und zur Verwendung von abstrakten Schuldversprechen. Kircher und Kiesgen haben für weitere wissenschaftliche Arbeiten hierzu wertvolle Grundlagen bereitet und Maßstäbe gesetzt.

C. Eurohypotheke

Einer der Vorschläge zur Erleichterung des grenzüberschreitenden Kreditgeschäfts besteht darin, ein Immobiliarkreditsicherungsinstrument zu schaffen, das zusätzlich zu den bestehenden nationalen Grundpfandrechten in allen EU-Staaten einheitlich gelten sowie flexibel und effizient für alle Immobilienfinanzierungstransaktionen einsetzbar sein sollte. Auf der Grundlage verschiedener Rechtstraditionen moderne Instrumente für das europaweite grenzüberschreitende Geschäft bereit zu stellen, ist kein neues Thema, nicht einmal im Bereich des Immobilienrechts. Im Folgenden werden die wichtigsten Meilensteine auf dem Weg zur Konkretisierung der Idee einer Eurohypotheke vorgestellt.

I. Bisher veröffentlichte Vorschläge und Arbeiten

Bereits im Jahre 1966 hat der sog. Segré-Bericht der damaligen EWG-Kommission vorgeschlagen, zur Integration der europäischen Kapitalmärkte ein flexibles Grundpfandrecht – ähnlich der deutschen Grundschuld – in allen Mitgliedstaaten einzuführen.⁷¹ Die Forschungsarbeiten hierzu wurden aufgenommen, dann aber abgebrochen, da man mittlerweile meinte, mit dem Konzept der gegenseitigen Anerkennung von Finanzierungstechniken schneller weiterzukommen. Dies stellte sich im Hinblick auf das Immobilienrecht jedoch als nicht richtig heraus.

Im Jahre 1987 hat die Internationale Union des Lateinischen Notariats angeregt, nach dem Beispiel des Schweizer Schuldbriefs eine europaweit einheitliche „Eurohypotheke“ zu schaffen, die zusätzlich zu den bereits existierenden Grundpfandrechten verfügbar sein soll.⁷²

⁷¹ Zu diesen Anregungen des Segré-Berichts vgl. Kircher, S. 418 f und S. 442 ff; Kiesgen, S. 38; Stöcker, Die Eurohypotheke, 1992, 216 ff.

⁷² Zu diesem Vorschlag der IUNL vgl. insbesondere Wehrens, ÖNotZ 1988, S. 181 ff; Wehrens, WM 1992, S. 557 ff; Wehrens, Real Security Regarding Immovable Objects – Reflection on a Euro-Mortgage, in: Towards a European Civil Code, The Hague/London/Boston 1998, S. 551 ff; Kircher, S. 481–506; Kiesgen, S. 40 f; Stöcker, Die Eurohypotheke, S. 228 ff.; Wachter, Die Eurohypotheke – Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt, WM 1999, S. 49 ff.

Diesem Thema haben sich in mehreren europäischen Ländern Wissenschaftler und in den vergangenen Jahren auch immer mehr Praktiker gewidmet. Federführend hat sich an diesen Arbeiten der vdp beteiligt, auch um für die im Jahre 1992 gestartete Beratungstätigkeit in den mittel- und osteuropäischen Reformländern zur Reform des Hypothekarkreditwesens ein Muster einer Grundpfandrechtsregelung zu formulieren. Daher hat der vdp eine Arbeitsgruppe aus Wissenschaftlern, Notaren und Bankjuristen einberufen, die „Leitlinien für ein nicht-akzessorisches Grundpfandrecht für Mitteleuropa“ erarbeitet und veröffentlicht haben.⁷³

Diese Leitlinien wiederum wurden im Jahre 2004 zur Arbeitsgrundlage der in Spanien initiierten europaweiten Expertengruppe „The Eurohypotheck“, an der auch der vdp mitwirkte.⁷⁴ Hier wurden die Leitlinien des vdp überarbeitet und als „guidelines“ in englischer Sprache ausformuliert.

Ende 2004 hat die von der EU-Kommission eingesetzte „Forum Group on Mortgage Credit“⁷⁵ die Schaffung einer Eurohypotheck in ihre Empfehlungen aufgenommen.⁷⁶ Dadurch erhielt die Idee der Eurohypotheck Zugang zur EU-Kommission.

Auf Anregung der Expertengruppe „The Eurohypotheck“ lud der vdp die Mitglieder der Untergruppe „collateral“ der Forum-Gruppe, Experten der nordeuropäischen Initiative zur grenzüberschreitenden Grundbuchvernetzung (EULIS)⁷⁷ sowie der europäübergreifenden

⁷³ Wolfsteiner/Stöcker, Nicht-akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa, ZBB 1998, S. 264 ff, und DNotZ 1999, S. 451 ff (in englischer Übersetzung – A non-accessory Security Right over Real Property for Central Europe – erschienen in Notarius International 2003, S. 116 ff). Der Text ist auch abgedruckt bei *Staudinger/Wolfsteiner* (2002), Vorbemerkung 241 ff zu § 1191 ff.

⁷⁴ Vgl. hierzu die Website dieser Expertengruppe: www.eurohypotheck.com. Dort findet sich eine Fülle von Literaturhinweisen zur Thematik der Eurohypotheck.

⁷⁵ Im März 2003 hat die EU-Kommission eine aus 25 nationalen Experten bestehende sog. Forum-Gruppe zum Hypothekarkredit eingesetzt, die die Hindernisse definieren sollte, die dem grenzüberschreitenden Hypothekarkredit in der EU entgegenstehen, und Vorschläge zur weiteren Integration des Binnenmarktes für Hypothekarkredite erarbeiten sollte. Der Bericht dieser Forum-Gruppe wurde Ende 2004 veröffentlicht: *European Communities, The Integration of the EU Mortgage Credit Markets – Report by the Forum Group on Mortgage Credit*, Brussels 2004.

⁷⁶ EC, Report by Forum Group, S. 30, (116): „The Forum Group discussed other ways to facilitate transfers of mortgages, focussing on the Euromortgage and the European Security Trust.“ Weiter heißt es dort (117): „The Forum Group considered the Euromortgage to be an alternative tool which could be introduced by Member States, without substantial changes to their existing legal systems, as it would operate under the rule of *lex rei sitae*. Such a pan-European non-accessory mortgage instrument could avoid burdensome and costly inquiries in other Member States concerning local regulations and the quality of the national mortgage instruments; reduce additional and differing formalities and authentication; offer mortgage collateral as security for more than one mortgage credit; enable easy transfer of the mortgage as well as the property; meet the requirements for cross-collateralisation on a cross-border basis; meet the requirements for securitisation and mortgage portfolio management; and enable the creation of bank syndicates for mortgage finance.“

⁷⁷ Vgl. die Website von EULIS: www.eulis.org. Hierzu auch *Tiemer* in EMF, Mortgage Info, Computerisation of land registers and of registration of land and mortgage collateral in Europe, Brussels October 2007, S. 1 f, zum Entwicklungsstand in Deutschland dort *Luckow*, S. 4 f.

Studie über Immobilienrecht der Europa-Universität in Florenz⁷⁸ und weitere Fachleute zu einigen mehrtägigen Workshops nach Berlin ein. Vom November 2004 bis zum April 2005 haben diese Experten gemeinsam die „Basic Guidelines for a Eurohypotheck“ erarbeitet, die im Mai 2005 von der Polnischen Stiftung für Hypothekarkredit veröffentlicht wurden.⁷⁹ Die Herausforderung bestand darin, einerseits ein flexibles Kreditsicherungsrecht zu entwerfen, das allen modernen Anforderungen an Finanzierungsstrukturen entspricht, andererseits dieses Instrument funktionsfähig zu gestalten, indem es in alle europäische Rechtsordnungen integrierbar ist. Wenn auch noch nicht alle Details ausformuliert werden konnten, so liegen mit diesem Werk konkrete Vorschläge für die rechtlichen Strukturen sowie für die Identifizierung der Schnittstellen zu den nationalen Rechtsordnungen vor.

Größter Erfolg der Bemühungen auf Brüsseler Ebene bislang ist, dass die Idee der Eurohypotheck in das „Grünbuch – Hypothekarkredite in der EU“ der EU-Kommission aufgenommen wurde, das am 19.7.2005 veröffentlicht worden ist.⁸⁰ Darin nimmt die EU-Kommission die Eurohypotheck-Projekte zur Kenntnis und kündigt an, die dort erarbeiteten Vorschläge zu prüfen. Die ökonomische Analyse der Vorschläge der Forum-Gruppe über Hypothekarkredite, die von der EU-Kommission in Auftrag gegeben wurde, erwähnt das Konzept der Eurohypotheck positiv.⁸¹ Weiterhin war die Thematik der Eurohypotheck Gegenstand der Expertenanhörung der EU-Kommission zum Grünbuch am 7.12.2005 in Brüssel.

Während sich die vom vdp organisierten Workshops mit der inhaltlichen Ausgestaltung einer Eurohypotheck befassten, konzentrierten sich die damaligen Diskussionen in Brüssel auf die Frage, ob man eine Eurohypotheck überhaupt haben möchte und ob eine solche im Wege des sog. „26. Regime“ eingeführt werden könnte.⁸² Mit diesem 26. Regime ging es um die Vorstellung, dass eine Eurohypotheck durch eine EU-Verordnung eingeführt werden könnte, ohne dass nationale Anpassungsmaßnahmen erforderlich wären. Diese Idee verstärkte die Betriebsamkeit in Brüssel, die allerdings zum Teil vom Fehlen der erforderlichen rechtsvergleichenden hypothekenrechtlichen Kenntnisse geprägt war. Für die Idee der Eurohypotheck war dies nicht nur förderlich, da zuweilen von wenig realistischen

⁷⁸ Website <http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/ProjectRealPropertyLaw.shtml>

⁷⁹ *Drewicz-Tulodziecka/Mortgage Credit Foundation*, Basic Guidelines for a Eurohypotheck, Outcome of the Eurohypotheck workshop November 2004/April 2005, Warsaw 2005. Da zu diesem Zeitpunkt die Arbeiten von *Kiesgen* und *Kircher* bereits veröffentlicht waren, konnten beide auf diese Basic Guidelines nicht mehr eingehen.

⁸⁰ EU-Kommission, Grünbuch – Hypothekarkredite in der EU, Brüssel, 17.6.2005, (47) und (48).

⁸¹ *London Economics*, The Costs and Benefits of Integration of EU Mortgage Markets, Report for European Commission, DG – Internal Market and Services, August 2005, S. 69.

⁸² Durch die EU-Mitgliedschaft von Rumänien und Bulgarien müsste man folgerichtig nunmehr vom 28. Regime sprechen.

Erwägungen ausgegangen wurde. Häufig wurden auch verbraucherpolitische Fragen des Vertragsrechts mit dem Hypothekenrecht vermischt. Bei näherer Betrachtung ist eine Anpassung an die nationalen Schnittstellen sehr wohl erforderlich, insbesondere an das Grundbuch-, Vollstreckungs- und Insolvenzrecht. Als man sich des damit verbundenen relativ hohen Aufwandes bewusst wurde, verflieg die Euphorie in Brüssel zusehends. Man konzentrierte daher die Diskussionen wieder auf das vorrangige Thema der Verbraucher-kredite, die aber aus Kostengründen auf europaweiter grenzüberschreitender Basis ein wenig realistisches Szenario sind.

Derzeit werden in Brüssel die bisherigen Vorschläge zur Eurohypothek nicht weiter konkretisiert. Insbesondere hat die EU-Kommission die Eurohypothek nicht in den Text des Weissbuches zum Hypothekarkredit aufgenommen, das am 19.12.2007 veröffentlicht wurde.⁸³ Jedoch wird die Eurohypothek im Annex 3 „Impact assessment of specific issues“ (dort S. 169) als eine der Möglichkeiten erwähnt, den grenzüberschreitenden Transfer von Hypothekarkreditportfolien zu erleichtern. Dass die EU-Kommission sich zu der Idee einer Eurohypothek nicht konkreter äußert, ist nicht negativ zu beurteilen, da folglich die noch erforderliche wissenschaftliche Vertiefung der Überlegungen ohne politisch motivierten Zeitdruck fortgesetzt werden kann.

Allerdings gab es einen indirekten Schub für weitere Arbeiten, da die EU-Kommission Anfang 2006 eine Expertengruppe eingesetzt hat, die sich mit der grenzüberschreitenden Refinanzierung von Hypothekarkrediten befasst hat, die sog. EU Funding Group. Als wichtige und drängende Probleme bei der Schaffung eines EU-Binnenmarktes für Hypothekenkredite wurden hier die rechtlichen Hindernisse bei der Übertragung von Hypothekenportfolien identifiziert. Daher hat die Expertengruppe vorgeschlagen, grenzüberschreitende Portfolio-Transaktionen von grundpfandrechtlich gesicherten Krediten zu erleichtern.⁸⁴ Wie man dies rechtlich-technisch erreichen soll, wird allerdings nicht konkretisiert. Klar ist jedoch, dass eine Eurohypothek hierbei sehr förderlich wäre.

Auf nationaler Ebene hat die Eurohypothek-Diskussion bereits zu Modernisierungen beigetragen, z. B. im Rahmen der Reform des Hypothekenrechts in Frankreich 2006⁸⁵ und der Hypothekenrechtsnovelle in Spanien 2007. Auch bei den Arbeiten zu tiefgreifenden Novellierungen der Zivilrechtsordnungen in Polen, Serbien und Ungarn greifen die

⁸³ Das Weissbuch zum Hypothekarkredit der EU-Kommission wurde veröffentlicht unter http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/home-loans/integration_de.htm.

⁸⁴ Der Bericht der EU Funding Group wurde veröffentlicht unter http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/home-loans/integration_de.htm.

⁸⁵ Zur Reform in Frankreich vgl. A. I. 3.

Fachleute auf das Gedankengut zurück, das im Rahmen der Diskussionen über eine Eurohypothek entwickelt wurde.

Mehrere junge Wissenschaftler in den Niederlanden, Polen, Portugal und Spanien prüfen derzeit die Flexibilität ihrer jeweiligen nationalen Grundpfandrechtsarten und ziehen hierbei als Prüfungsmaßstab die „Basic Guidelines for a Eurohypothec“ heran. Derartige Arbeiten sollten verstärkt initiiert und gefördert werden. Sie sind nicht nur für die weiteren Arbeiten an einer Eurohypothek dringend erforderlich, um deren Integrationsfähigkeit in die nationalen Rechtsordnungen zu beleuchten und hierbei vertieft die Vereinbarkeit der Idee mit nationalen dogmatischen Grundlagen, wie z.B. der Kausalität, nachzuweisen. Sie liefern auch für die Praxis wertvolle und sofort verwertbare Erkenntnisse für die Nutzung der heutigen nationalen Grundpfandrechte.

Als Foren zum wissenschaftlichen Austausch dienen hierbei wissenschaftliche Veranstaltungen. Mitte 2007 haben in den Niederlanden und in Spanien einige Kongresse zum Immobilienrecht das Thema der Eurohypothek im Zusammenhang mit der Frage der Ausweitung des sog. „Common Frame of Reference“ für Vertragsrecht auf das Immobilienrecht aufgegriffen.

II. Bedarf für eine Eurohypothek

Die Art und Weise, wie darüber diskutiert wird, ob Europa eine Eurohypothek braucht, erinnert zuweilen an Debatten über Glaubensfragen. Hier sollen nur einige Hinweise gegeben werden.

Es ist verwunderlich, dass sich die Ökonomen dieses faszinierenden Themas bisher nicht oder jedenfalls nicht mit wissenschaftlicher Tiefe angenommen haben. Zwar gab es bereits einige ökonomische Untersuchungen, die „errechnen“, welche Kosten die Rechtsunterschiede in Europa verursachen. Kircher⁸⁶ weist auf einige Modellrechnungen hin, die jedoch auf vielen hypothetischen Faktoren beruhen. Für den Fall der Eurohypothek sind dergleichen Analysen nicht ersichtlich. Den Juristen unter den Autoren soll dies nicht zum Vorwurf gemacht werden. Vielmehr wäre es sehr wünschenswert, wenn sich Ökonomen dieser Thematik annehmen würden, ggf. in Kooperation mit Juristen. Da sich meist Juristen mit der Thematik der Eurohypothek befassen, kommen diese zumindest über einige Bemerkungen zum Bedarf nicht herum. Da sie dabei naturgemäß kein ökonomisch-wissenschaftliches Niveau erreichen können, sind die Aussagen hierzu wohl angreifbar.

⁸⁶ S. 379 ff.

Es ist allerdings auch möglich, die Frage des Bedarfs einer Eurohypothek auf juristische Argumente zu stützen.⁸⁷ Die Berliner Workshops haben deutlich gemacht, dass eine Eurohypothek nicht gebraucht wird, wenn eine einzige Bank einem Kunden ein Darlehen gibt, das durch ein Grundpfandrecht an einer Immobilie gesichert wird – und sich während der gesamten Laufzeit des Darlehens daran nichts ändert. Allerdings wird diese einfache Struktur immer mehr zur Ausnahme. Denn Immobilieninvestitionen sind und bleiben ihrer Natur nach langfristig, weil das Kapital für ihre Finanzierung nur über lange Zeiträume zurückgeführt werden kann. Die Zyklen wirtschaftlicher Veränderungen, die sich auch in den Finanzierungsstrukturen niederschlagen, werden im gewerblichen wie im privaten Bereich immer kürzer.

Heute werden grundpfandrechtl. gesicherte Darlehen geändert, abgelöst, anfänglich und nachträglich syndiziert, abgetreten, verbrieft, durch mehrere Objekte gesichert, geteilt und teilweise verkauft. Maßnahmen der Refinanzierung, der Eigenkapitaloptimierung, der Risikosteuerung und der Diversifikation machen es heute zunehmend erforderlich, große Portfolios von Hypothekendarlehen zu übertragen.

Sobald die gesicherte Darlehensforderung von jeglicher Änderung der Finanzierung berührt wird, stellt sich sofort die Frage, welche Rechtsfolgen sich daraus für das Grundpfandrecht ergeben. Wenn die Änderung darin besteht, dass die gesicherte Forderung durch eine neue Forderung ersetzt wird (Novation), hat dies im Falle einer streng akzessorischen Hypothek grundsätzlich zur Folge, dass die Hypothek untergeht und eine neue bestellt werden muss zur Sicherung der neuen Forderung. Dies löst Kosten und Gebühren, einen Rangverlust und häufig einen hohen Zeitaufwand aus.⁸⁸

Viele nationale Rechtsordnungen bieten Lösungen für einige der rechtlichen Probleme an, häufig allerdings nur für spezielle Strukturen.⁸⁹ Generell zeigt sich eine Tendenz zur Abschwächung der strengen Akzessorietät⁹⁰, jedoch sehr uneinheitlich für einzelne Fallgruppen, die jeweils unterschiedlich zugeschnitten sind. All diese Lösungen sind schon

⁸⁷ Kircher, S. 387; Kiesgen, S. 27 f, verweist auf die zusätzlichen Transaktionskosten, die sich durch Rechtsunterschiede ergeben.

⁸⁸ Zum Bedarf einer Eurohypothek aus wirtschaftlicher Sicht vgl. Stöcker, Die Eurohypothek – Struktur einer ökonomischen Analyse, Immobilien & Finanzierung 2005, S. 766 ff.

⁸⁹ In Frankreich wurden mehrfach Spezialbestimmungen für die Übertragung von Hypotheken geschaffen, die jedoch jeweils nur für die dort geregelten Sonderfälle gelten; vgl. hierzu Kircher, S. 241 ff; Stöcker, Die Eurohypothek, S. 108 ff. Derartige Sonderbestimmungen wurden in mehreren europäischen Ländern erlassen, um die Verbriefung von Hypothekarkrediten zu erleichtern, so z.B. neben Frankreich auch in Belgien, Italien und Spanien, also gerade dort, wo die Übertragung von Hypotheken zu Refinanzierungszwecken nach den allgemeinen Vorschriften nur unter großem Aufwand machbar ist.

⁹⁰ Vgl. hierzu A. II. 1. Zu dieser Tendenz zur Nicht-Akzessorietät vgl. bereits Stürner Das Grundpfandrecht zwischen Akzessorietät und Abstraktheit und die europäische Zukunft, Festschrift für Rolf Serick, Heidelberg 1992, S. 377 ff.

schwierig genug auf nationaler Ebene, aber nahezu nicht lösbar bei grenzüberschreitenden Fällen.⁹¹ Daher sollte eine Eurohypothek nicht auf bestimmte einzelne Finanzierungsstrukturen zugeschnitten sein, sondern als neutrales Kreditsicherungsinstrument so flexibel konstruiert werden, dass sie allen Finanzierungssancen dienen und auch für Kreditstrukturen der Zukunft herangezogen werden kann.

III. Rechtliche Ausgestaltung einer Eurohypothek

In der Wissenschaft werden zunehmend die Detailfragen diskutiert, wie eine Eurohypothek ausgestaltet sein könnte. Auch Kiesgen und Kircher befassen sich damit.

1. Anwendbares Recht

Bei Hypothekengeschäften mit Auslandsbezug ist zwischen dem Kreditvertrag und dem Grundpfandrecht deutlich zu unterscheiden. Denn beide können verschiedenen Rechtsordnungen unterliegen. Für das Grundpfandrecht ist das Recht des Landes anzuwenden, in dem die belastete Immobilie liegt (lex-rei-sitae-Regel). Das auf den Kreditvertrag anzuwendende Recht ist grundsätzlich frei wählbar; Einschränkungen erfährt dies vor allem im Bereich der Verbraucherkredite. Im IPR der europäischen Rechtsordnungen ist anerkannt, dass das anwendbare Recht für das Grundpfandrecht und dasjenige für die gesicherte Forderung unterschiedlich sein können. Dies gilt für alle Arten von Grundpfandrechten, gleich ob sie akzessorisch oder nicht-akzessorisch sind. Ausnahmen kann es aber geben, wie das Beispiel des französischen „*privilège du prêteur de deniers*“ zeigt. Da dieses mit gewissen Rang- und Kostenvorteilen kraft Gesetzes entsteht, muss auch die gesicherte Forderung französischem Recht unterliegen.⁹²

Das IPR bietet keine Möglichkeit, ein Grundpfandrecht grenzüberschreitend zu bestellen. Frühere Gedankenspiele, den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung des EU-Bankzulassungsrechts auf das Privatrecht auszudehnen⁹³, wurden nicht weiter verfolgt.⁹⁴

⁹¹ Dies wird deutlich an folgendem praktischen Beispiel: Das französische Recht für „*obligations foncières*“ regelt, dass Hypotheken ohne Einhaltung der allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen von der Mutterbank (originator) auf die hochspezialisierte Hypothekenbank-Tochter übertragen werden können, die dann auf dieser Grundlage die französischen Covered Bonds emittiert. Dies kann allerdings nur für französische Hypotheken gelten, da der französische Gesetzgeber nicht das ausländische Hypotheken- und Grundbuchrecht mit sachenrechtlicher Wirkung überlagern kann. Das Auslandshypothekenkreditportfolio kann daher nicht in gleichermaßen effizienter Weise über *obligations foncières* refinanziert werden.

⁹² Kiesgen, S. 31 f; Kircher, S. 384; Stöcker, Die Eurohypothek, S. 202 ff.

⁹³ Wolf, Privates Bankvertragsrecht im EG-Binnenmarkt, Auswirkungen der II. Bankrechts-Richtlinie auf privatrechtliche Bankgeschäfte, WM 1990, S. 1941 ff, der durch seine provozierenden Thesen die Grenzen des IPR und des damals häufig als „Wundermittel“ betrachteten Prinzips der gegenseitigen Anerkennung der Finanzierungstechniken deutlich aufgezeigt hat.

Festzustellen ist daher, dass sich das auf Grundpfandrechte anzuwendende Recht allein nach der *lex rei sitae* bestimmt. Die Arbeiten an der Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom-I-Verordnung), die das EVÜ ablösen soll, stellen dies auch nicht in Frage. In den Diskussionen über den grenzüberschreitenden Hypothekarkredit für Verbraucher wird allerdings zuweilen die Ansicht vertreten, Sonderregelungen für Verbraucher müssten auch für das Recht der Grundpfandrechte gelten, nicht nur für das Vertragsrecht der Darlehensverträge. Gäbe man dem nach, würde das Immobilienrecht nach der Eigenschaft des Eigentümers gespalten – eine abwegige Vorstellung, der es entgegenzutreten gilt.

Dagegen liegt die Frage auf der Hand, welches Recht auf den Sicherungsvertrag bei nicht-akzessorischen Grundpfandrechten anzuwenden ist.⁹⁵ Je stärker eine Eurohypothek inklusive der Mindeststandards eines Sicherungsvertrags der Kompetenz der nationalen Gesetzgeber unterworfen wird und diese von einem Richtlinienentwurf abweichen dürften, desto mehr wäre erforderlich, den Sicherungsvertrag zwingend der *lex rei sitae* zu unterwerfen oder der Kompetenz des jeweiligen nationalen Gesetzgebers, der die detaillierten Vorgaben einer Eurohypothek-Richtlinie in sein Recht umzusetzen hätte.

2. Vertragliche Akzessorietät

Funktional sollte die Eurohypothek als Kreditsicherungsrecht verstanden werden, nicht als isoliertes Grundpfandrecht. Auch wenn ein solches im Hinblick auf Verkehrsfähigkeit Vorteile bieten würde, erscheint es im heutigen Geschäftsverkehr nicht zwingend erforderlich, würde aber vor allem im romanischen Rechtskreis auf sehr großen Widerstand stoßen. Um den Gedanken einer Zweckbindung mittels eines Sicherungsvertrages leichter vermitteln zu können, spricht man mittlerweile im Hinblick auf die Eurohypothek nicht von einer Nicht-Akzessorietät, sondern von einer „vertraglichen Akzessorietät“.⁹⁶ Die Flexibilität des Grundpfandrechts wird also dadurch hergestellt, dass die gesetzliche

⁹⁴ Ablehnend auch *Kiesgen*, S. 33 ff, und *Kircher*, S. 385. Zu IPR-Fragen beim grenzüberschreitenden Hypothekarkredit vgl. *Schäfer*, Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken, Frankfurt am Main 1993.

⁹⁵ Vgl. hierzu eingehend *Schäfer*, S. 108 ff (110). *Kiesgen*, S. 214 ff. Diese Frage müsste sich auch bei den in Europa vielfach und in unterschiedlicher Ausprägung vorkommenden Höchstbetragshypothen stellen, bei denen der Kreis der gesicherten bestehenden und künftigen Forderungen vertraglich festgelegt wird, auch wenn dabei der Begriff des Sicherungsvertrages kaum verwendet wird. Wissenschaftliche Arbeiten hierzu sind bisher nicht ersichtlich.

⁹⁶ Dieser Begriff der vertraglichen Akzessorietät wurde im Jahre 2005 in einem Gespräch entwickelt, das der deutsche Notar Michael Becker (Dresden) und der französische Notar Maître Jérôme Chevrier am Rande eines Notarkongresses in Paris über die Eurohypothek geführt haben. Bereits die sprachliche Modifizierung von „nicht-akzessorisch“ in „vertraglich akzessorisch“ hat zu einem deutlich besseren Verständnis der Grundstruktur einer Eurohypothek und des zentralen Rechtsinstruments des Sicherungsvertrages beigetragen und manche dogmatischen Widerstände vor allem im romanischen Rechtskreis reduziert.

Akzessorietät⁹⁷ durch einen gesetzlich angeordneten Sicherungsvertrag zu einer vertraglichen Akzessorietät⁹⁸ umgestaltet wird.

Auch die in skandinavischen Ländern und der Schweiz übliche Verbindung eines Grundpfandrechts mit einem von der Darlehensforderung getrennten Schuldversprechen dürfte wohl kaum europaweit als ein gesetzlich geregeltes Modell durchsetzbar sein, jedenfalls wenn es um Verbraucher als Besteller dieser Sicherungsform geht; näher zu untersuchen wäre jedoch, ob hier ausnahmsweise eine differenzierende Regelung für gewerbliche Immobilieneigentümer geschaffen werden sollte, wie es die in der internationalen gewerblichen Finanzierungspraxis immer häufiger verwendeten Parallel debt-Strukturen nahe legen.⁹⁹

Die praktische Verwendbarkeit eines Grundpfandrechts hängt sehr stark von seiner Flexibilität ab. Je stärker die gesicherte Forderung mit dem Grundpfandrecht verbunden ist, desto weniger flexibel ist die Kreditbeziehung ausgestaltbar. Bei streng akzessorischen Grundpfandrechten sind Änderungen in der gesicherten Forderung, ein Wechsel des Gläubigers und damit die Übertragbarkeit stark eingeschränkt, nur mit einem hohen Aufwand und eventuellen Rangverlusten oder sogar überhaupt nicht möglich.¹⁰⁰ Die Grundpfandrechte in Europa weisen einen sehr unterschiedlichen Grad an Akzessorietät auf und sind dementsprechend nicht einheitlich flexibel zur Sicherung von Krediten einsetzbar. Trotz dieser Vielfalt lässt sich jedoch feststellen, dass letztlich alle Grundpfandrechte mehr oder weniger durchsetzungsakzessorisch sind.

Daher sollte eine Eurohypothek im Hinblick auf Entstehung, Umfang, Zuständigkeit und Erlöschen nicht-akzessorisch sein. Lediglich die Durchsetzungsakzessorietät wäre als die zum Schutz des Eigentümers wichtigste Schranke auch aus Sicht der Kreditinstitute akzeptabel, da der Rechtsverkehr hierdurch nicht unangemessen beeinträchtigt wäre. Zu

⁹⁷ In der europäischen Diskussion werden hierfür die Begriffe „accessoriété légale“ und „statutory accessoriness“ verwendet.

⁹⁸ Dies wird als „accessoriété conventionnelle obligatoire“ und „compulsory contractual accessoriness“ bezeichnet.

⁹⁹ Aber auch in diesem Fall wäre darauf zu achten, dass die immobilienrechtlichen Komponenten einer Eurohypothek nicht anhand der Eigenschaft des Eigentümers der belasteten Immobilie differenziert werden.

¹⁰⁰ Hierzu *Kircher*, S. 389; *Stöcker*, Die Eurohypothek, Berlin 1992, S. 191 ff.

Recht erteilen Kiesgen¹⁰¹ und Kircher¹⁰² denjenigen Autoren eine Absage, die eine akzessorische Eurohypothek vorschlagen.¹⁰³

Kircher¹⁰⁴ lehnt eine Entstehens- und Erlöschensakzessorietät für ein europäisches Grundpfandrecht ab, empfiehlt aber neben der Durchsetzungsakzessorietät auch eine Umfangsakzessorietät in der Zwangsvollstreckung. Hierdurch will er sicherstellen, dass der Gläubiger nicht mehr erhält als seine gesicherte Forderung. Damit wird aber keine Bindung des Grundpfandrechts beschrieben, die über das soeben Gesagte hinausgehen würde, denn die Selbstverständlichkeit, dass ein Gläubiger aus dem Sicherungsrecht keine die gesicherte Forderung übersteigenden Zahlungen verlangen darf, kann auch als Inhalt der Durchsetzungsakzessorietät verstanden werden. Eine Begrenzung der Höhe des Grundpfandrechts auf die Höhe der gesicherten Schuld schon vor der Verwertung will auch Kircher vermeiden. Im Interesse der Flexibilität hält Kircher die Zuständigkeitsakzessorietät neben der Durchsetzungsakzessorietät letztlich für verzichtbar,¹⁰⁵ nachdem er in dieser Frage zuvor noch unbestimmt geblieben war.¹⁰⁶ Somit spricht auch er sich dafür aus, eine Eurohypothek grundsätzlich nicht-akzessorisch zu gestalten, mit Ausnahme einer Durchsetzungsakzessorietät, die auch die Höhe des Erlöses aus der Vollstreckung erfasst.

In Diskussionen über die Eurohypothek wird zuweilen eine Umfangs- und Zuständigkeitsakzessorietät gefordert, um eine doppelte Inanspruchnahme zu verhindern. Damit werden jedoch Fragen der Existenz eines Grundpfandrechts und seiner Verwertung vermischt. Zur angestrebten Schutzwirkung ist es ausreichend, wenn sich die Durchsetzungsakzessorietät auch gegenüber einem öffentlichen Glauben des Grundbuches behaupten würde. Dagegen, würde man eine Eurohypothek umfangs- und zuständigkeitsakzessorisch ausgestalten, gingen viele Aspekte der Flexibilität wieder verloren, die eine Eurohypothek gerade liefern soll. Daher bleibt festzuhalten, dass für eine Eurohypothek auf eine Entstehens- und Erlöschensakzessorietät verzichtet werden sollte, auch auf eine Zuständigkeitsakzessorietät, und dies durch eine Durchsetzungsakzessorietät auszugleichen ist; zudem darf der Gläubiger in der Vollstreckung nicht mehr erhalten als seine Forderung - aber dies sollte als Inhalt der Durchsetzungsakzessorietät und nicht der Umfangsakzessorietät verstanden werden.

¹⁰¹ S. 55 ff.

¹⁰² S. 556 ff.

¹⁰³ Dies sind insbesondere *Wachter*, Die Eurohypothek – Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt, WM 1999, S. 49 ff., und *Habersack*, Die Akzessorietät – Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts, JZ 1997, S. 857 ff.

¹⁰⁴ S. 392, 563f.

¹⁰⁵ S. 563.

¹⁰⁶ S. 392.

Zuzustimmen ist Kircher, dass auf eine Harmonisierung der Formvorschriften und Verfahrensabläufe im Rahmen einer Eurohypothek verzichtet werden sollte. Die Thematik des gutgläubigen Erwerbs sowie der Rangstellung einer Eurohypothek gegenüber anderen Gläubigern hält Kircher jedoch für regelungsbedürftig;¹⁰⁷ hiermit würde in das jeweilige nationale Grundbuch- und Registerrecht eingegriffen, was ein weites Feld eröffnen würde.

Die EU-Forum-Gruppe hat in Verbindung mit einer Eurohypothek auch ein europaweites Trust-Recht gefordert.¹⁰⁸ Aufgrund der rechtlich-technischen Trennung von Darlehensforderung und Grundpfandrecht könnte eine Eurohypothek europaweit Sicherungskonstruktionen ermöglichen, die darauf beruhen, dass nur die Darlehensforderung verkauft bzw. abgetreten wird, die Grundpfandrechte jedoch treuhänderisch gehalten werden. Dann ist es jedoch von großer Bedeutung, dass diese Treuhand insolvenzfest ist, d.h. dass der von der Treuhand Begünstigte seine Rechtsposition auch dann voll behält, wenn der Treuhänder insolvent wird.¹⁰⁹

Europaweite Syndizierungen wären viel leichter möglich als heute, wenn man nicht nur auf ein einheitliches Grundpfandrecht in allen Rechtsordnungen zurückgreifen, sondern die gerade im angelsächsischen Rechtskreis bewährte Technik des „trust“ oder die im deutschen Recht entwickelte „Treuhand“ nutzen könnte, indem die Eurohypothek nur zugunsten eines „trustee“ oder „Treuhanders“ bestellt wird. Damit dieser Treuhänder dem Konsorten eine insolvenzfeste Position im Falle der Insolvenz des Treuhänders verschaffen kann, müsste er seinen Sitz in einem Land haben, das die insolvenzfeste Treuhandposition kennt.¹¹⁰ Es würde sich anbieten, auch hierfür einen gemeinsamen europäischen Standard, einen „Eurotrust“ zu schaffen.¹¹¹

Das Gleiche gilt auch für die grenzüberschreitende Refinanzierung von Hypothekenkrediten im Wege der Verbriefung. Denn bei Verbriefungen ist das entscheidende Merkmal die insolvenzfeste Übertragung von „Hypotheken“ auf eine SPV. Diese im internationalen Sprachgebrauch als „true sale“ bezeichnete Transaktion darf nicht mit der sachenrechtlichen Abtretung und Übertragung gleichgesetzt werden. Vielmehr kommt es bei der „true sale“ darauf an, durch die Transaktion eine insolvenzfeste Aussonderung im Falle der

¹⁰⁷ S. 562, 564 f.

¹⁰⁸ EC, Report by Forum Group, S. 31, (118).

¹⁰⁹ Zum deutschen Refinanzierungsregister vgl. oben unter I. 4.

¹¹⁰ Dies ist z.B. im englischen Rechtskreis sowie im deutschen Recht durch das Refinanzierungsregister der Fall. Inwieweit auch die neuen französischen gesetzlichen Regelungen zur „fiducie“ aus dem Jahre 2007 hierfür ausreichend wären, ist noch offen.

¹¹¹ Vgl. hierzu *Nassarre-Aznar/Stöcker*, Eurohypothec and Eurotrust - Future Instruments of a Pan-European Mortgage Market, in de Vries Robbé / Ali (ed.), Innovations in Securitisation, Yearbook 2006, Alphen aan den Rijn 2006, S. 111 ff.

Insolvenz des „originators“ zu erlangen, der häufig nicht nur der ursprüngliche Darlehensgeber ist, sondern auch der Verwalter (servicer) der Hypothekendarlehen bleibt. Mit einer Eurohypothek nach dem Muster der Basic Guidelines könnten die Darlehensforderungen zweifelsfrei an die SPV abgetreten und die von den Darlehensforderungen rechtlich getrennten Eurohypotheken treuhänderisch vom „originator“ gehalten werden, um den evtl. hohen Aufwand und die Zeitverzögerung einer Grundregister- oder Grundbuchänderung zu vermeiden – und dies europaweit. Ohne eine rechtliche Trennung von gesicherter Darlehensforderung und Grundpfandrecht und ohne Insolvenzfestigkeit der Treuhandstellung wäre dies nicht gleichermaßen erfolgversprechend. Ebenso könnten die in jüngerer Zeit aufkommenden „structured covered bonds“ zum Teil auf eine europaweite Basis gestellt werden, da bei diesen die Übertragung der Grundpfandrechte auf eine SPV von maßgeblicher Bedeutung ist.¹¹²

Wenn die Übertragung eines einzelnen Hypothekarkredits einfacher würde oder durch Treuhand-Lösungen ersetzt werden könnte, wäre dies auch für eine große Anzahl von Hypothekarkrediten möglich. Mit Eurohypothek und Euro-Trust würde der Aufbau europaweit diversifizierter Portfolios von Hypothekarkrediten folglich einfacher – mit positiven Wirkungen für die Risikostreuung der Kreditinstitute und den Einsatz effizienter Refinanzierungsstrukturen. All dies gilt gleichermaßen für traditionelle Pfandbriefe, Structured Covered Bonds oder Mortgage Backed Securities.

3. Sicherungsvertrag

Dreh- und Angelpunkt einer vertraglichen Akzessorietät ist die Regelung des Sicherungsvertrages und hierbei des Rückgewähranspruches. Kircher¹¹³ empfiehlt daher zu Recht die Norminierung der wichtigsten Elemente der Sicherungsabrede.

Diese Thematik ist der zentrale Untersuchungsgegenstand von Kiesgen. Ausgehend vom Bedarf einer europaweit einheitlichen Regelung kommt er zum Ergebnis, dass die Ausgestaltung des Sicherungsvertrages nicht den Vertragsparteien überlassen werden sollte.¹¹⁴ Um neben der dinglichen auch die persönliche Haftung zu ermöglichen, bevorzugt er die untrennbare Verbindung wie beim Schweizer Schuldbrief als Regelung und lehnt die bloße Einbeziehung eines abstrakten Schuldversprechens über die Sicherungsabrede ab.¹¹⁵

¹¹² Vgl. hierzu A. II. 3.

¹¹³ S. 564.

¹¹⁴ S. 222.

¹¹⁵ S. 223.

Gestützt auf seine Analyse der Drittsicherheiten in den von ihm untersuchten Rechtsordnungen spricht sich Kiesgen grundsätzlich für die Zulassung eines weiten Sicherungszwecks aus. Er macht aber Einschränkungen, wenn Darlehensnehmer und Eigentümer verschiedene Personen sind – und dies besonders in solchen Fällen, in denen der Eigentümer keinen Einfluss auf künftige Kreditaufnahmen des persönlichen Schuldners hat; hierbei sind bei Verbrauchern besonders hohe Anforderungen zu stellen.¹¹⁶ Durch die konkrete Formulierung eines Regelungsvorschlages bietet Kiesgen Wissenschaft und Praxis eine gute Ausgangsbasis, seine Erkenntnisse im Rahmen von Gesetzgebungsverfahren auf nationaler Ebene wie auch in künftigen Erörterungen über eine Eurohypothek heranzuziehen.

4. Schutz des Eigentümers

Die wichtigste Grundlage ist, dass die Eurohypothek kein neues Kreditprodukt sein soll, sondern lediglich ein europaweit einheitliches Grundpfandrecht; dem folgen zu Recht auch Kiesgen und Kircher. Sämtliche hochpolitischen Streitigkeiten über das Niveau des Verbraucherschutzes im Kreditvertragsrecht im grenzüberschreitenden oder auch nationalen Kreditgeschäft sind daher nicht auf die Eurohypothek übertragbar.

Eine Vollharmonisierung aller einen Hypothekarkredit betreffenden Regelungsbereiche ist derzeit kein realistischer Ansatz. Daher wird man dem Besteller einer Eurohypothek grundsätzlich dasjenige Schutzniveau zukommen lassen müssen, das sein nationales Grundpfandrecht ihm auch gibt. Damit würde der Eigentümer einer mit einer Eurohypothek belasteten Immobilie nicht schlechter gestellt als mit seiner nationalen Hypothek. Dies hat allerdings zur Folge, dass die Schutzniveaus in den einzelnen EU-Staaten unterschiedlich wären. Überlegt werden könnte, das Schutzniveau zumindest im materiellen Recht zu harmonisieren, also im Hinblick auf Einreden und Einwendungen, aber nicht auch im Prozessrecht; dies ist allerdings schwer unterscheidbar, wie sich am Beispiel der Beweislastverteilung zeigt, die materielle und prozessuale Elemente hat.

Man wird daher für eine realistische Zielsetzung akzeptieren müssen, dass die Schutzniveaus nicht vollständig vereinheitlicht werden. Da die meisten Grundpfandrechte in Europa letztlich eine Durchsetzungsakzessorietät aufweisen und diese für den Schutz des Eigentümers die zentrale Rolle spielt, könnte durchaus eine Eurohypothek mit einer Durchsetzungsakzessorietät ausgestattet sein. Dies ist ohne weiteres erreichbar, wie die Vorschläge der Berliner Expertengruppe zeigen: Wenn die Eurohypothek z.B. an der Struktur einer deutschen Sicherungsgrundschuld ausgerichtet wird, beruht das theoretische

¹¹⁶ S. 224 ff.

Risiko eines Eigentümers, bei abredewidriger Abtretung von Darlehensforderung und Grundschuld an verschiedene neue Gläubiger doppelt leisten zu müssen, nicht auf der Sicherungsgrundschuld an sich, sondern an der Ausprägung des positiven öffentlichen Glaubens des Grundbuches im deutschen Recht. Man bräuchte folglich nur zu regeln, dass Einwendungen und Einreden aus dem Sicherungsvertrag, der Forderung und Grundschuld verbindet, jedem Erwerber des Grundpfandrechts entgegen gehalten werden können.¹¹⁷ Der Eigentümer muss diese Möglichkeit in einem Prozess allerdings nutzen, wie es bei einer streng akzessorischen Hypothek nicht anders ist.¹¹⁸

D. Zusammenfassung und Ausblick

Komplexe Immobilientransaktionen und deren Finanzierungen – wie z.B. Portfoliofinanzierungen und Strukturierungen – erfordern moderne und flexible Grundpfandrechte. Dies gilt schon auf nationaler Ebene und umso mehr für grenzüberschreitende Geschäfte. Europaweit diversifizierte Hypothekenkredit-Portfolios aufzubauen – und diese an andere Banken oder Refinanzierungsvehikel zu übertragen – ist eine gewaltige Herausforderung, die leider allzu häufig nicht oder jedenfalls nicht mit vertretbarem Aufwand gemeistert werden kann.

Die Eurohypothek könnte hierfür einen gangbaren Weg bieten. Erste konkrete Vorschläge dazu liegen auf dem Tisch. Wissenschaft und Praxis in Europa sind aufgerufen, sich an diesen Arbeiten zu beteiligen. Kiesgen und Kircher haben hierfür hervorragende Grundlagenarbeiten beigesteuert, die es weiterzuentwickeln gilt.

Beiden Autoren kann darin zugestimmt werden, dass eine Eurohypothek rechtlich-dogmatisch grundsätzlich nicht-akzessorisch oder nach neuerem Sprachgebrauch „vertraglich akzessorisch“ ausgestaltet werden sollte. Daher sollte eine Eurohypothek im Hinblick auf Entstehung, Umfang, Zuständigkeit und Erlöschen nicht-akzessorisch sein. Gegen eine grundsätzliche Durchsetzungsakzessorietät als der zum Schutz des Eigentümers wichtigsten Schranke sind kaum Einwände zu erheben, schon allein aus dem Grunde, da eine vollständig nicht-akzessorische Eurohypothek nicht realisierbar wäre.

Die “Basic Guidelines on a Eurohypothec” bieten für die weiteren Arbeiten an einer Eurohypothek eine Fülle von Prüfungs- und Orientierungspunkten. Es bleibt zu wünschen, dass weitere Wissenschaftler dem Beispiel von Kiesgen und Kircher folgen und auch die

¹¹⁷ Vgl. Kircher, S. 391.

¹¹⁸ Vgl. hierzu ausführlich Köndgen/Stöcker, Die Eurohypothek – Akzessorietät als Gretchenfrage?, ZBB 2005, S. 112 ff.

Basic Guidelines auf dem von beiden Autoren gezeigten hohen Niveau umfassend und im Vergleich zu diversen nationalen Grundpfandrechtsordnungen analysiert werden.

Auch wenn noch geraume Zeit vergehen wird, bis eine Eurohypothek auf europäischer Ebene entwickelt sein wird, ist die Arbeit in keinem Fall vergeblich. Denn die Beschäftigung mit den Grundlagen des Hypothekenrechts in Europa kann entscheidend zu Verbesserungen zumindest auf nationaler Ebene beitragen, wie sich seit Jahren in Mittel- und Osteuropa, in jüngerer Zeit auch in Westeuropa zeigt.

Non-Economic Loss Arising Out of Breach of Contract in Spanish Law An Overview

By

Carles Vendrell Cervantes*

Introduction

The compensation of non-economic loss that arises from non-performance or unsatisfactory performance of contractual obligations is an issue usually addressed by both Spanish courts and legal doctrine. Although the Spanish Civil Code does not contain any specific provision that explicitly admits this sort of loss in the realm of contractual liability, the traditional approach of Spanish law tends towards a broad admission of compensability of so-called *daño moral contractual*.

As this position is not completely in line with other European jurisdictions, which adopt a more sceptical view¹ and since “*the existence in some Member States but not in others of an obligation to provide compensation for non-material damage would cause significant distortion of competition*”², it is a worthwhile exercise in light of the European private law debate to focus on this topic from the point of view of Spanish law.

* PhD Candidate (*Universitat de Barcelona*). Researcher for the *Study Group on a European Civil Code* (Working Team on Extra-Contractual Obligations, European Legal Studies Institute, University of Osnaabrück) with responsibility for Spanish law.

¹ See, for instance, Italian law, where the compensation of damages resulting from breach of contract seems to be restricted to economic losses (G. CIAN / A. TRABUCCHI, *Comentario breve al codice civile*, 8th ed., Padova, 2007, p. 1260; M. FRANZONI, “Fatti Illeciti”, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna / Roma, 2004, p. 569). Also German law provides for a strict approach, by which compensation of non-economic loss, regardless of its contractual or non-contractual origin, is restricted to the breach of the objects of legal protection contained in § 253 II BGB (see, D. MEDICUS, *Schuldrecht I*, 17th ed., München, 2006); although courts seem to have extended the scope of contractual liability by conceiving the loss of entertainment and enjoyment arising from a breach of contract as an economic loss (see, P. SCHLECHTRIEM / M. SCHMIDT-KESSEL, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 6th ed., Tübingen, 2005, pp. 134-136). On the contrary, French law provides for broader view, where the *préjudice moral* sustained by the aggrieved contractual party may be theoretically compensated (see, Ph. MALAURIE / L. AYNÈS / Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les Obligations*, 2nd ed., Paris, 2005, pp. 506, 135). See also for a complete European comparative approach, C. von BAR / U. DROBNIG, *The Interaction of Contract and Tort and Property Law in Europe*, München, 2004, pp. 98-109. UNIDROIT Principles art. 7.4.2 (b) and PECL art. 9:501 (2) admit the compensability of non-pecuniary loss.

² ECJ 12th March 2002, C-168/00, *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co KG* (21); see similarly, C. von BAR / U. DROBNIG, *op.cit.*, p. 98.

Thus, this paper – which is limited to this non-economic loss which is not the consequence of an injury to body or health – purports to offer a general overview on the recoverability of non-economic loss arising from breach of contract within Spanish law, focusing on jurisprudence and providing a modest critical view concerning its broad approach.

Piecemeal recognition of the compensation of ‘contractual’ non-economic loss

Due to the fact that the Spanish civil law system adopts a general and open concept of damage³, the compensability of non-economic losses is rarely an issue⁴. The recoverability of non-economic loss in the realm of contract law took, although it had long been proposed by certain scholars⁵, some time to be accepted by the courts. The first decision of the *Tribunal Supremo* (TS) that explicitly admitted compensation of non-economic loss resulting from a breach of contract was the TS 9 May 1984⁶:

From 1960 onwards, the plaintiff agreed with the Spanish national telephone company that the latter would publish the personal details of the professional activity of the plaintiff as a lawyer in its popular telephone directory. In the 1977 edition of the directory, the Company negligently omitted to publish the plaintiff’s details. The TS reversed the CA’s decision that had dismissed the contractual claim to compensate the non-economic loss sustained by the lawyer and thereby admitted this compensation.

The legal reasoning of this decision⁷ gave a boost to the judicial admission of the recoverability of contractual non-economic loss. Thus, the Spanish courts have been willing to include compensatory remedies for non-economic loss sustained by the aggrieved party

³ Under which any loss resulting from an infringement of a legally protected interest that can be attributed to the act or omission of a person is compensable, see F. PANTALEÓN, “Comentario al art. 1902”, in C. PAZ-ARES / L. Díez-PICAZO / R. BERCOVITZ / P. SALVADOR, *Comentario del Código Civil*, II, 2nd ed., Madrid, 1993, p. 1994; E. ROCA TRIAS, *Derecho de Daños*, 3rd ed., Valencia, 2000, p. 123; V.L. MONTÉS PENADÉS, “Causalidad, imputación objetiva y culpa en la concurrencia de culpas”, in *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, II, Madrid, 2003, p. 2593.

⁴ The landmark decision is TS 6 December 1912, which ordered the owners of a newspaper to pay compensation for the non-economic loss sustained by a girl, resulting from the publication of a newspaper article that affirmed that the girl – the daughter of a powerful major – had run away with a priest, with whom she was supposed to have had an affair, see L. Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, 1966, p. 117.

⁵ See, for instance, R. ÁLVAREZ VIGARAY, “La responsabilidad por daño moral”, *Anuario de Derecho Civil*, 1966, p. 89.

⁶ RJ 1984/2403.

⁷ Although this decision is somewhat misleading regarding the concrete non-pecuniary losses that it compensates, it seems that the fact that the omission of the personal details could have led to the impression that the plaintiff had closed down his legal office would amount to – according to the TS – a non-economic loss that can be compensated under the rules that govern contractual liability in the Spanish *Código Civil* (CC).

amongst the contractual remedies that may arise from non-performance of a contractual obligation⁸. Probably one of the clearest references to this tendency can be found in TS 31 May 2000⁹; which has become a recurrent reference point for those decisions and legal commentators that defend a broad notion of ‘contractual’ non-economic loss¹⁰.

The plaintiff brought a contractual claim against the American airline company TWA for both economic and non-economic losses arising from the delay of a flight from New York to Barcelona with a stop-over in Lisbon. Leaving aside the compensation of the economic loss, which was not disputed before the courts, the court of first instance awarded compensation of approx. 6,000 euros for the suffering that resulted from the uncertainty after the ten hour wait in the airport. The CA agreed with the existence of this non-pecuniary loss, but it reduced the amount of the compensation to approx. 1,502 €. The TS confirmed the CA’s decision, stating that damage for relevant affliction can be compensated under the contractual remedies established in the CC.

Groups of cases usually addressed by Spanish courts

1. Non-economic loss arising from breach of package travel contracts or related contractual agreements

The Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours provides for a binding instrument for the Member States in order to ensure, as far as is of interest here, compensation for the damage resulting for the consumer from the breach of package travel contracts¹¹. This compensation – according to the ECJ – covers not only personal injuries, but also ‘non-material damage’ arising from ‘the loss of enjoyment of the holiday’¹². Although compensation of non-economic loss is not specifically provided for in the Spanish Act on the regulation of package tours¹³, this idea has been broadly accepted by Spanish courts, which award damages for non-pecuniary loss arising from non-performance or unsatisfactory performance of package travel contracts or contracts with similar purposes.

First, several decisions compensate non-pecuniary losses consisting of disappointment and loss of the entertainment expected under the terms of the contract. Arising from non-performance or unsatisfactory performance that can be attributed either the organiser or the retailer of the package travel, this is for instance the case of the ‘anxiety, tension and loss of

⁸ See *infra* III.

⁹ RJ 2000/5089.

¹⁰ See *infra* IV.1.

¹¹ See art. 5 (2).

¹² ECJ 12th March 2002, C-168/00, *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co KG* (22) and (23). See, also, C. VON BAR / U. DROBNIG, *op.cit.*, pp. 99-100.

¹³ *Ley* 21/1995, of 6th July 1995.

enjoyment' sustained by a married couple who suffered food poisoning on their honeymoon¹⁴; or the 'frustration of the projected expectations' of a man who was given lodgings on a cruise ship in an inside stateroom, instead of one with an ocean-view, as he had booked¹⁵; or, also in the context of a cruise ship, disappointment for the cancellation of several planned stops owing to a negligent breakdown¹⁶; or, likewise, the frustration of a couple that were put in a different hotel and village than the ones agreed upon in the package travel contract¹⁷; or, even, in the context of ski travel, the disappointment for, *inter alia*, small inconveniences, the transport of the members of a consumers' association in a coach with a quality lower than agreed¹⁸; or, likewise, the loss of enjoyment of a holiday in the Norwegian Fjords, as the travellers (i) were given accommodation in a hut, instead of the 4 star hotel agreed; (ii) were transported by ferry, instead of by cruise ship, as arranged in the contract; and (iii) the guide negligently informed the travellers about the optional excursions¹⁹.

Secondly, the Spanish courts have also compensated damages for the mental distress and inconvenience that the loss of luggage causes during holidays²⁰. Similarly, the loss of enjoyment of a part of the planned holidays because of a flight delay is also non-economic loss that may, according to the courts, be compensated under contract law²¹.

2. Non-economic loss arising from the vendor's delay in performing the contract for sale of a house

The Spanish courts have shown themselves to be sensitive to inconveniences, disturbances and uncertainty suffered by the buyers of a house, when the vendor does not deliver

¹⁴ CA Madrid 15 December 2006 (AC 2007/389): 2,350 € awarded for each claimant including both economic and non-economic loss.

¹⁵ CA Sevilla 14 April 2005 (JUR 2005/138260): 1,050 € awarded to compensate the non-economic loss (75 € per day on holidays).

¹⁶ CA Sevilla 20 January 2003 (AC 2003/1903): 1,502 € awarded to compensate the non-economic loss.

¹⁷ CA Guipúzcoa 24 October 2006 (JUR 2007/103383): damages for non-economic loss were assessed on the basis of 100 % of the price of the package trip.

¹⁸ CA Asturias 12 June 2006 (AC 2006/1031): compensation of 60 € for each traveller; according to the court's assessment, 90 % of this amount is made up of the non-economic loss sustained.

¹⁹ CA Valencia 15 March 2005 (JUR 2005/107943): 400 € awarded for non-economic loss.

²⁰ CA Tarragona 2 November 2006 (AC 2007/498): 200 € awarded for the mental distress damage due to the loss of luggage during 4 of the 14 days on holidays; CA Baleares 3 March 2005 (JUR 2005/221956): 5,650 € awarded to a couple for both economic and non-economic loss sustained owing to the loss of luggage during the whole holiday; CA Baleares 5 May 2004 (AC 2004/864): loss of luggage during the whole honeymoon; CA Madrid 11 April 2005 (JUR 2005/111010): liability of the airline company for the non-economic loss due to the loss of luggage during the whole silver wedding anniversary's travel.

²¹ CA Madrid 15 June 2004 (JUR 2004/244852): 1,727.90 € awarded for the non-economic loss consisting of not arriving home on time for Christmas holidays; CA Asturias 1 March 2005 (JUR 2005/131668): 250 € awarded for a flight delay at the beginning of a package holiday; CA Madrid 20 February 2004 (JUR 2004/250089): non-economic loss arising from a flight delay that also resulted in a change of the hotel previously booked; CA Barcelona 25 October 2003 (JUR 2003/264152): non-economic loss for the delay of the outward flight on a honeymoon; CA Badajoz 31 December 2003 (AC 2004/346): non-economic loss sustained due to a flight delay that led to the loss of opportunity to visit planned landmarks in Egypt; CA Soria 1 September 2003 (AC 2004/230): 561 € awarded for the non-economic loss sustained due to the flight delay that led to the loss of an afternoon in Paris; CA Cantabria 23 December 2002 (JUR 2003/67143): 600 € awarded for the non-economic loss sustained owing to the flight delay that led to the loss of a day's holiday in Cuba. The inconveniences resulting from a mere delay in a return flight have also been compensated as non-economic loss, see CA Madrid 4 May 2007 (JUR 2007/210757 [1,000 €]).

up possession of the house on the date specified in the contract. Thus, a group of the CA's decisions compensate not only economic loss arising of the loss of the use of the property, but also – or sometimes even *only* – non-economic loss for this pain and suffering.

See, for instance, CA Madrid 19 December 2006 (JUR 2007/162431): 600 € awarded for every claimant for the 'anxiety and uncertainty' for delay in delivering up possession of the house, although the buyers did not sustain any economic loss; CA Baleares 18 September 2006 (JUR 2006/287107): 1,000 € awarded for the anxiety resulting from the referred delay; CA Baleares 15 December 2005 (AC 2005/2298): 3,000 € awarded to compensate non-economic loss for the same sort of delay; CA Baleares 31 May 2005 (JUR 2005/159306): 15,614 € awarded for both economic and non-economic losses for the delay; CA Valencia 18 January 2005 (JUR 2005/64045): 2,000 € awarded for the 'anxiety and uncertainty' arising from delay in the context of a contract for construction and sale of a house; CA Valladolid 29 October 2004 (JUR 2004/291314): 800 € awarded for pain and suffering resulting from delay; CA Baleares 27 May 2004 (JUR 2004/188984): award of 375 € monthly from the moment the suit had been filed until the definitive delivery of the house for the delay, which in fact led to the buyer living with her partner at his parents resulting in an interference of the couple's privacy; CA Barcelona 12 February 2004 (AC 2004/528): 1,500 € awarded for the non-economic loss arising from a nine-and-a-half month delay, that led to a family missing their Christmas and Easter holidays in their new house.

However, another group of the CA's decisions envisage, on the contrary, that the frustration, distress or displeasure that arises from delay in delivering up possession of a house does not amount to recoverable non-economic loss²².

3. Non-economic loss arising from defective performance under construction contracts

Even though most of the cases that deal with non-pecuniary losses arising from defective work that can be attributed to an act or omission of developers or builders have traditionally been addressed under tort law²³, it is nowadays usual to base these compensation claims on contract law. Thus, compensation of the 'contractual' non-economic loss plays a role within the Spanish courts. In this case, however, the courts seem to draw a distinction between defective constructions that lead to the occupants having to vacate the house and defective constructions that do not lead to the necessity to vacate. As for the former, the *Tribunal Supremo* unequivocally admits the compensability of non-economic loss for the

²² CA Madrid 18 April 2005 (JUR 2005/122778); CA Segovia 4 February 2005 (JUR 2005/92229); CA Córdoba 3 November 2004 (JUR 2005/51711). Some other decisions simply dismiss the compensation claims for the 'contractual' non-economic loss, as the claimants do not manage to prove the real existence of that loss: see CA Málaga 28 September 2005 (JUR 2005/228512); CA Córdoba 21 February 2005 (JUR 2005/145209).

²³ See, for instance, TS 16 December 1986 (RJ 1986/7447); and for an analysis, J.M. BECH SERRAT, "Comentario a la STS 7 de marzo de 2005", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 70, 2006, p. 210.

mental distress and anxiety that this situation causes to the occupants²⁴. With regard to the latter, it is doubtful whether the owner or possessor can obtain compensation for the anxiety, disturbances or loss of quality of life that a *slight* defective construction occasions.

The *Tribunal Supremo* has affirmed that (i) disturbances arising from a leakage of water and floods in the house owed to a defective construction cannot be compensated under 'contractual' non-economic loss unless they can be regarded as an infringement of a personality right (TS 31 October 2002 [RJ 2002/9736]); and (ii) the disappointment for a defective installation of glazed tiles in a bathroom cannot be compensated either (TS 7 March 2005 [RJ 2005/2214]). Nevertheless, it has also been considered that non-economic loss resulting from a pipe explosion owing to the defective construction of a house can be compensated (TS 10 November 2005 [RJ 2005/9517]: 6,000 €). The Spanish court of appeal seems to admit the compensation of this sort of non-pecuniary losses in cases such as (i) continuous floods over a two month period in a building because of its defective construction (CA A Coruña 14 July 2006 [JUR 2006/229646]: 3,000 € per flat); (ii) floods and bad smell owing to defective construction (CA Las Palmas 11 May 2005 [JUR 2005/166532]: 1,500 € to alleviate the hardships of this situation); (iii) structurally defective house (CA Toledo 7 December 2005 [JUR 2006/24593]: 3,000 €; or even (iv) the defective installation of a swimming pool (CA Murcia 4 March 2005 [JUR 2005/76291]: 6,000 €. On the contrary, CA Pontevedra 8 February 2007 (JUR 2007/88305) did not award damages for the non-economic loss arising out of a leakage of water owing to the defective construction of the house.

4. Non-economic loss arising from unsatisfactory performance of a legal service

A robust application of the compensability of the 'contractual' non-economic loss has taken place in the realm of the contractual liability arising from legal malpractice, namely lawyers' and *procuradores*²⁵ negligence in the handling of litigation. Under the influence of the French doctrine of the *perte d'une chance*, the *Tribunal Supremo* has traditionally rerouted these damages suffered by clients resulting from a breach of the contractual duties of legal professionals to the unitary notion of *pérdida de una oportunidad procesal* ('loss of a chance to litigate'); usually taking the non-pecuniary nature of this loss for granted.

See TS 28 April 2005 (RJ 2005/3646): 12,020 € awarded for the 'non-economic loss' that the lawyers' negligent failure to protect the client's right of appeal caused ('loss of a chance to litigate'); similarly, TS 28 January 2005 (RJ 2005/1830): 36,060 € awarded for the 'non-economic loss' arising from a 'loss of a chance to litigate' (lawyer's negligence); TS 29 May 2003 (RJ 2003/3914): 12,020 € awarded for non-economic loss (lawyer's neg-

²⁴ TS 22 November 1997 (RJ 1997/8097): 2,705 € awarded to each family that had to temporarily vacate; TS 11 March 2002 (RJ 2002/5691): contractual liability of the landlord for the non-economic loss sustained by the tenant, as the latter had to vacate the house because of the landlord's negligent maintenance: 3,000 € awarded; TS 11 November 2003 (RJ 2003/8289): dismissal of the compensation claim for the non-economic loss arising out of the necessity to vacate owing to defective construction. The TS argues that the claimant did not sustain any immaterial loss, as he did not in fact live in the flat; accordingly it implies that otherwise this loss would have been compensated.

²⁵ They represent the parties in court through a power of the lawyer (*abogado*). The legal relationship between *procurador* and client is, as with a lawyer, contractual; see, for instance, TS 27 July 2006 (RJ 2006/6548 [FJ 3]).

ligence); TS 8 April 2003 (RJ 2003/2956): 18,030 € awarded for 'non-economic loss' (lawyer's negligence); TS 11 November 1997 (RJ 1997/7871): *procurador's* negligence.

This misleading practice of the *Tribunal Supremo* seems to be corrected in the TS 27 July 2006 (RJ 2006/6548), where the court points out that the nature of the loss resulting from the failed action depends on the nature of the claim; usually therefore consisting of an economic loss²⁶.

5. Non-economic loss arising from unsatisfactory performance of professional wedding services or related cases

Probably influenced by the naïve idea that the wedding is one of the most important days of one's life, the Spanish courts do not hesitate to compensate the disappointment and frustration that result from a defective performance of contractual obligations concerning professional wedding services. First, courts tend to compensate – apart from the economic loss – non-economic loss arising from unsatisfactory performance of a wedding reception.

CA Girona 22 January 2007 (JUR 2007/139075): 2,000 € awarded for the non-economic loss that arises from both the lack of the services booked, such as 'open bar' and important delays; inconveniences that a blackout during the wedding reception occasions are also compensated: CA Badajoz 11 September 2006 (JUR 2006/252042 [2,000 €]); CA Zaragoza 19 July 2006 (JUR 2006/22487 [6,000 €]). Similarly, CA Alicante 13 July 2005 (AC 2005/1346) compensated non-economic loss resulting from the defective performance of the reception for a First Holy Communion (900 €). In a related case, CA Sevilla 14 June 2004 (AC 2004/1083) compensated the non-economic loss suffered by a couple at their wedding, as the landlord of the place where the reception took place did not take proper care of the air conditioning, which led to significant inconveniences. CA Madrid 29 September 2004 (AC 2005/120) compensated the non-economic loss sustained by a couple on the day of their wedding, as they hired an organ to be played during the wedding celebration and the owner of the organ did not turn up on the wedding day.

Secondly, courts compensate the disappointment that arises either from the negligent loss of an illustrated reportage of the wedding or its low quality.

CA Córdoba 22 February 2007 (JUR 2007/203067): 3,000 € awarded to a married couple, who booked a service in order to convert their Super 8-wedding-film to DVD that eventually lost the original film; CA Cáceres 12 January 2006 (JUR 2006/41340): 2,000 € awarded for non-economic loss after the negligent loss of reportage of the wedding by the photographer; similarly, CA Madrid 20 May 2004 (JUR 2004/227464): 250 € awarded for the non-economic loss after the negligent loss of the reportage of the honeymoon trip. Non-economic loss arising from a defective reportage: CA Córdoba 25 April 2005 (JUR 2005/143198 [3,000 €]); CA Baleares 22 June 2004 (AC 2004/959 [2,000 €]).

²⁶ See for this issue *infra* IV.1 and 4. It does not seem, however, that the court of appeal has completely accepted this idea, see CA Barcelona 20 November 2006 (AC 2006/577): 12,000 € awarded for the 'non-economic loss' sustained by a man, who was fired, and whose lawyer negligently failed to appeal; this negligence amounted to, according to the CA, a 'loss of expectations' to obtain a labour compensation.

6. Other cases

An overview of some other interesting cases addressed by the Spanish courts can also show this clear trend to extend the compensability of non-economic loss to a variety of different breaches of contract.

Thus, CA Barcelona 22 March 2005 (JUR 2005/125185) awarded 6,000 € for the non-economic loss sustained by a company that rented its premises to another company, which ran a brothel, thereby infringing the terms of the contract. Likewise courts compensate the frustration, inconveniences, anxiety and the embarrassing moments in front of friends that arise from the repeated breakdowns of a second-hand car (CA Barcelona 19 May 2005 [AC 2005/1038]: 2,500 €); the inconveniences after 17 breakdowns of a new car (CA Alicante 14 November 2002 [JUR 2003/72014]: 3,000 €); the anxiety for the delay in the repair of the plaintiff's van, which was its main means of work (CA Baleares 14 March 2005 [AC 2005/670]: 3,000 €); the anxiety and disappointment sustained by the car buyer for not getting a remote key as was provided for in the contract (CA Asturias 29 October 2002 [JUR 2003/12698]); the frustration of the expectations of buying a house caused by the infringement of a right of first refusal (CA Lugo 4 May 2005 [JUR 2005/157210]: 3,000 €); the inconveniences sustained by a student, whose university cancelled the first academic course of his degree, which meant that the student had to seek another university in a different town (CA Segovia 23 January 2006 [JUR 2006/79021]). Finally, TS 21 October 1996 (RJ 1996/7235) provides for an interesting case: a theatre company hired the services of an actress to perform a show; after the unilateral cancellation by the company, the TS awards 12,000 € to the actress for the non-economic loss that results from the harm to her professional career.

Legal and dogmatic basis: a critique

1. The concept of non-economic loss that may be compensated under rules of contractual liability

Under the guidance of the jurisprudence of the *Tribunal Supremo*, the Spanish courts seem to have so far used two different concepts of non-economic loss in the context of contract law. The first one focuses on the non-pecuniary nature of the consequences that the non-performance of contractual obligation occasions. This results in a rather broad notion, where, for instance, 'pain and suffering' and 'relevant affliction'²⁷, 'loss of enjoyment'²⁸, 'mental distress and anxiety'²⁹ are stressed. On the other hand, the *Tribunal Supremo* has also made reference to a strict notion of the 'contractual' non-economic loss, by which its recoverability is limited to those breaches of contract that result either in infringement of fundamental or personality rights or the physical or mental suffering that the infringement of these *immaterial* rights causes.

²⁷ TS 31 May 2000 (*flight delay*).

²⁸ TS 10 November 2005 (*pipe explosion*).

²⁹ TS 22 November 1997 (*necessity to vacate*); TS 11 March 2002 (*tenant's necessity to vacate*). This broad notion is followed by the court of appeal's decisions in the realm of both breach of package travel contracts and unsatisfactory performance of wedding services. See *supra* III.1 and III.5.

Probably basing its reasoning on the works of a relevant scholar³⁰, the *Tribunal Supremo* has thus linked the compensability of non-economic loss to fundamental rights in both TS 17 February 2005 (RJ 2005/1679) and TS 28 March 2005 (RJ 2005/2614), where it compensates the non-economic loss sustained by the buyers in two contracts of foreign exchange arising from the detention in a foreign country, as the notes they got from the bank were counterfeit. According to the TS, the negligence of the bank caused "an offence to the sacred right to personal freedom", "to the inviolable right to dignity", "to the right to legal certainty" and, in the case of the TS 28 March 2005, also an "offence to the right to free development of human personality". This strict notion of 'contractual' non-economic loss results in an important consequence; according to both TS 31 October 2002 (*leakage of water*) and TS 7 March 2005 (*glazed tile*) the concept of non-economic loss is strict and therefore does not comprehend economic elements; thus, it cannot be submitted along with a claim concerning an economic right, *viz.*, the non-economic loss arising from an economic interest – such as the one concerning construction contracts – cannot be compensated³¹.

Although this strict notion seems to be conceived to exclude compensation of any distress, displeasure or frustration which the breach of contract may cause – which is to be regarded positively –, the broad concept fits better with Spanish law³². In fact, the TS 27 July 2006 (*procurador's liability*) takes both notions into account and implies that the broad notion – i.e. any loss that results from harm to an interest that does not have a market value – may be useful. Furthermore, the reference to the infringement of fundamental or personality rights to assess non-economic losses that can be compensated is misleading³³, as the key criterion is not the notion of non-economic loss as such, but rather the attribution of the non-economic loss criteria to the contract-breaker.

2. The Legal basis

Although the rules that govern compensation of damage that arises from non-performance of a contractual obligation in the Spanish Civil Code does not mention non-economic loss, it is beyond doubt that these provisions include it³⁴. It is true that Spanish CC art. 1106 mentions only – by defining losses that can be compensated – economic loss (loss sustained and loss of profit). However, as the legal prevailing doctrine states and

³⁰ See L. DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pp. 328-329.

³¹ This strict notion is followed by CA Málaga 28 September 2005; CA Segovia 4 February 2005; CA Madrid 17 March 2005 (JUR 2005/111542). It seems however that court of appeal makes reference to this conception when it has previously decided that distress was not relevant.

³² So M. MARTÍN CASALS / J. SOLÉ FELIU, "Comentario a la STS 31 de octubre de 2002, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 61, 2003, pp. 250, 252; J.M. BECH SERRAT, *op.cit.*, p. 212; A. NIETO ALONSO, "Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual", *Anuario de Derecho Civil*, 2006, p. 1.135.

³³ So L.M. LÓPEZ FERNÁNDEZ, "Algunas reflexiones sobre el daño moral contractual. Especial alusión a la venta de viviendas", in *Homenaje al Profesor Lluis Puig i Ferriol*, II, Valencia, 2006, p. 1717.

³⁴ See, instead of many, Á. CARRASCO PERERA, "Comentario al art. 1106", in M. ALBADALEJO (Dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, XV-1, Madrid, 1989, pp. 703; F. PANTALEÓN, *op.cit.*, p. 1980.

courts have affirmed, there is no legal ground to restrict non-economic loss to those damages for which the debtor of a contractual obligation is liable under CC art. 1107.

It has been said that the Spanish CC arts. 1101, 1106 and 1107 do not allow the aggrieved party to compensate non-economic loss, as these provisions refer only to economic losses, i.e. those losses resulting from the economic interest that lie behind the contractual obligation³⁵. However, this doctrinal position forgets that our legal system provides for a unitary concept of damage, which is furthermore not linked to any infringement of a right³⁶. There are thus different grounds of accountability for that damage – regardless of its pecuniary or non-pecuniary nature –; and one of these grounds is the non-performance of a contractual obligation, if it satisfies the foreseeability test of CC art. 1107, i.e. it can be attributed to the breach of contract.

3. The attribution of non-economic damage to breach of contract: the foreseeability test

As already mentioned, the crucial mechanism of addressing the recoverability of non-economic loss arising from a breach of contract is, within Spanish law, the foreseeability rule³⁷. As is well known, this rule – set down in the Spanish CC art. 1107 (1)³⁸ – sets out a useful legal technique by which the non-performing party's liability is limited to damages actually foreseen or that could have been foreseen at the time the parties concluded the contract. It must be noted that courts do not seem, however, to take this rule so strictly³⁹.

See, for instance, TS 28 March 2005 (*forged banknotes*): the TS overruled the ruling of the CA in order to increase the compensation for the non-economic loss sustained by a man who, after trying to open a bank account in Cincinnati (Ohio, USA) with forged notes, was arrested along with his American girlfriend by two agents of the US Department of Treasury, as the American dollar notes he got from the Spanish bank were counterfeit. To increase the liability of the bank, the TS took into consideration that, after the incident in the States, the relationship between the plaintiff and her partner was getting worse and they eventually split up; this being one of the inconveniences that was alleged by the plaintiff to have been occasioned by the breach of contract, the TS awarded compensation for non-economic loss of 360,000 €. Also, CA Barcelona 11 November 2005 (AC 2006/123) found a retailer liable for a breach of a package travel contract and ordered the compensation of the non-economic loss arising from a delay in the flights that led to an important alteration

³⁵ See S. ESPIAU ESPIAU, "La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual", in *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, op.cit., 1797; F. BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990, p. 388. Nevertheless both commentators admit that non-economic loss may be compensated under rules of tort law (CC arts. 1902 et seq.).

³⁶ See for contractual liability F. PANTALEÓN, "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 1738-1739.

³⁷ See, amongst others, Á. CARRASCO PERERA, op.cit., p. 703; M. MARTÍN CASALS / J. SOLÉ FELIU, op.cit., p. 258.

³⁸ Which provides that "[d]amages, for which the debtor in good faith is liable, are those foreseen or which could have been foreseen at the time the obligation was constituted and which are the necessary consequence of the default in performance."

³⁹ See critically F. GÓMEZ POMAR, "El incumplimiento contractual en Derecho español", *InDret*, 3/2007, p. 27.

in the planned trip; the CA awarded 2,000 € for each claimant, except one of them, for which it awarded 5,000 €, as he suffered from alopecia after the stressful experience in the context of this affair. It seems thus difficult to admit that in these cases the non-economic loss arising either from the breach of the relationship or the alopecia suffered by one of the claimants were damages that could have been foreseen at the time of concluding the contract. On the other hand, CA 25 January 2005 (JUR 2005/79224) provides another good example to exhibit the contrary: a mother travelled to Cuba with her daughter, who suffered from spastic diplegia. The airline company took two days to give them the girl's special wheelchair back. The court compensated the non-economic loss for not having the wheelchair during two days of the holiday; it seems clear that this damage was foreseeable at the time of the contract, when the mother asked the company to take special care of the wheelchair. However, there are other cases in which it is not that simple to provide a clear answer, see CA Madrid 11 April 2005 (silver wedding anniversary): liability of the airline company for the non-economic loss caused by the loss of luggage during the silver wedding anniversary trip; the airline alleged that this damage could not have been foreseen, as the claimants did not inform about the reason for the journey. Should the courts have admitted the airline company's defence? Further consideration of this issue is beyond the scope of this work and thus will not be addressed herein.

4. The Spanish Courts' adaptation of the concept of non-economic loss to elude proof of economic losses

The prevailing Spanish legal doctrine has strongly criticised the practice of courts by which compensation is awarded under the heading of non-economic loss in order to avoid the proof of losses that are pecuniary, and yet hard to assess⁴⁰.

Probably the clearest reference to this tendency is the aforementioned compensation of the 'loss of a chance to litigate' in the context of legal malpractice (see *supra* III.4). Leaving aside the disputability of the concept of 'loss of chance' as mere loss giving rise to liability and its different approaches by the various respective European legal systems⁴¹, the Spanish courts, guided by the *Tribunal Supremo*, have elusively avoided the assessment of damage arising from negligent breach of contract of legal services contracts by redefining these damages as pain and suffering. The prevailing legal doctrine, however, draws a distinction between the different groups of damages that can arise in these cases⁴²: (i) deprivation of a claim, if there is sufficient certainty about the admission of the judicial claim; (ii) loss of chance, if there is some probability concerning this admission; and (iii) deprivation of the possibility to address a claim before the court. As the TS 27 July 2006 points out, the pecuniary nature of these losses depends on the nature of the claim that was frustrated because of the negligence of the lawyer or the *procurador*; and it seems that the difficult assessment of these losses, especially concerning loss of chance, requires an economic approach, instead of the one taken by the TS, by which the label of "pain and

⁴⁰ See F. GÓMEZ POMAR, "Damages for pain and suffering", *InDret*, 1/2000, p. 11; M.C. CRESPO MORA, *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, Madrid, 2005, p. 389. See for compensation of non-economic loss in the realm of intellectual property, Á. CARRASCO PERERA, "Aranzadi vs. El Derecho. Las deficiencias del sistema de protección de los derechos de propiedad incorporada", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 267, 2004, p. 1.

⁴¹ See C. VON BAR / U. DROBNIG, op.cit., pp. 83-88; H. KOZIOL, "Schadenersatz für den Verlust einer Chance?", *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Tübingen, 2001, pp. 233-250, 236, 242; F. GÓMEZ POMAR, "Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral", *InDret*, 3/2003, pp. 4-6.

⁴² M.C. CRESPO MORA, op.cit., pp. 358-406.

suffering damages” allows courts to avoid the specification of the criteria used to evaluate the damages⁴³.

5. Assessment of non-economic loss

The distinction between economic and non-economic loss, albeit dogmatically disputable⁴⁴, plays an important role in Spanish law; especially, as long as courts continue to make frequent reference, as already mentioned, to the heading of *daño moral* in order to award compensation for the loss arising from a breach of contract without mentioning the criteria used to assess this damage⁴⁵. However, according to the Spanish Constitutional Court’s jurisprudence⁴⁶, it has been pointed out that courts are constitutionally obliged to state the reasons for granting compensation for non-economic loss⁴⁷. The scope of this constitutional duty would cover: (i) the identification of an economic-loss, which would probably require the use of a rebuttable presumption of the occurrence of this sort of loss after some typical breaches of contract; and (ii) the concrete evaluation of damages, which despite its discretionary nature requires courts to state the reasons for it. The *per relationem* criterion⁴⁸, i.e. compensation similar to the one awarded by other courts for the same cases, seems to be a sensible solution concerning the non-economic loss arising from breach of contract⁴⁹.

⁴³ F. GÓMEZ POMAR, “Pleitos tengas...”, op.cit., p 7; M.C. CRESPO MORA, op.cit., pp. 388-397.

⁴⁴ F. GÓMEZ POMAR, “Damages for...”, op.cit., *passim*.

⁴⁵ See C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *Daño moral por incumplimiento de contrato*, Cizur Menor, 2006, pp. 134-145.

⁴⁶ See, as far as non-economic loss is concerned, TC (*Tribunal Constitucional*) 42/2006, of 13 February (RTC 2006/42).

⁴⁷ See S. CAVANILLAS MÚGICA, “La motivación judicial de la indemnización por daño moral”, *Derecho Privado y Constitución*, 2006, 20, pp. 153-172, 167, 168.

⁴⁸ Proposed by CAVANILLAS MÚGICA (op.cit., p. 168).

⁴⁹ See *supra* III the similar nature of the claims submitted to the courts.

Ein Grundriss über die GmbH-Reform

Mittelbare Folgen von „Inspire Art“, „Überseering“ und „Centros“

von

Moritz Gallenkamp*



Über 100 Jahre, seit ihrer Einführung am 20.04.1892, behielt die GmbH fast unverändert ihre Rechtsform bei. Inzwischen gibt es über eine Millionen GmbHs in Deutschland¹, und ein Ende ist nicht in Sicht. Einige kleine Gesetzesänderungen gab es, aber von wirklich großer Bedeutung waren diese nicht. Die wohl umfangreichste Novellierung steht nun an. Am 11.11.2005 beschloss die aktuelle Regierung bereits in Ihrer Regierungserklärung², eine Erneuerung des GmbH-Rechts vorzunehmen.

1. Reformgrund

Gründe für eine Reform des GmbH-Rechts gibt es genügend. Unter anderem ist die Gründung einer GmbH eindeutig zu langwierig und zu teuer. So fallen für Rechtsanwalt, Notar und Handelsregistereintragung bis zu mehr als 1.400 Euro plus MwSt. an, worin noch keine Kosten für die Veröffentlichung der Handelsregistereintragung enthalten sind³.

* Der Autor ist Doktorand am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar und Lehrbeauftragter (studentische Arbeitsgemeinschaften) des Fachbereichs Rechtswissenschaften.

¹ http://www.sachsen-anhalt.de/LPSA/fileadmin/Elementbibliothek/Bibliothek_Politik_und_Verwaltung/Bibliothek_MJ/publik/limited.pdf, S. 56.

² Koalitionsvertrag vom 11.11.2005, S. 123, nachzulesen unter: http://www.bundesregierung.de/nsc_true/Content/DE/_Anlagen/koalitionsvertrag.templateId=raw.property=publicationFile.pdf/koalitionsvertrag.

³ vgl.: http://www.immobilienscout24.de/de/gewerbe2/dienstleistungen/ges_form/kosten_gg.jsp.

Seit der *Inspire Art*-Entscheidung des EuGH⁴ wird dies zunehmend deutlicher. In der Entscheidung wurde verdeutlicht, dass es keinen Missbrauch darstellt, wenn ein Unternehmen zur Umgehung der nationalen Gründungsvorschriften ein ausländisches Unternehmen gründet und eine Zweigniederlassung im Inland die vollständigen Geschäfte führt. Hierdurch wurde die bisherige Rechtsprechung der europaweit garantierten Niederlassungsfreiheit fortgesetzt. Durch die Niederlassungsfreiheit wird auch ausländischen Gesellschaften der EU-Mitgliedsstaaten gestattet, ihren Verwaltungssitz nach Deutschland zu verlegen und damit ihre Gesellschaftsform nach Deutschland einzuführen, was unweigerlich eine Konkurrenz zu der deutschen GmbH-Gesellschaftsform bedeutet. Häufig ist die Gründung dieser ausländischen Gesellschaften günstiger und bei weitem nicht so zeitaufwändig; das gilt insbesondere für die britische *private limited company by shares*, welche in Deutschland inzwischen besonders beliebt ist. In den letzten zwei Jahren wurden bereits über 30.000 *limiteds* gegründet. Im Gegensatz zur GmbH ist die Gründung einer *limited* viel einfacher; geringere Kosten und ein bedeutend geringerer Zeitaufwand lassen diese Form einer haftungsbeschränkten Gesellschaft im ersten Augenblick verständlicherweise für Unternehmensgründer sehr reizvoll erscheinen.

Die erwähnte Reform soll nun dazu beitragen, dass die GmbH weiterhin im Vergleich zu der *limited* wettbewerbsfähig bleibt und wieder für den deutschen Markt interessanter wird.

Schwerpunkte der Reform sind die Herabsetzung des Mindestkapitals, die Beschleunigung der Unternehmensgründung, die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland, der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen und die Missbrauchsbekämpfung. Auf diese Punkte soll in diesem Aufsatz in Grundzügen eingegangen werden.

2. Mindestkapital

Beim Mindestkapital erfährt die Reform ihre wohl medienwirksamste Erneuerung. Bisher umfasste das Mindestkapital einer GmbH 25.000 Euro, § 5 Abs. 1 GmbHG. Bei Gründung müssen jedoch nur 12.500 Euro vorhanden sein, § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG. Das Geld muss nicht auf einem Konto als Sicherheit hinterlegt werden, sondern kann als Sacheinlage eingebracht werden.

⁴ EuGH vom 30. 9. 2003, C-167/01; nachzulesen unter: http://www.talking-text.de/limited_law/urteile/inspire-art.php.

Das Mindestkapital wird gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG-E in Zukunft nur noch 10.000 Euro betragen⁵. Hiervon müssen effektiv wieder nur 50% bei der Gründung vorliegen.

Etwas ganz Neues wird die Gründung einer Gesellschaft mit nur 1 Euro Mindestkapital sein, vgl. § 5 a Abs. 1 GmbHG-E⁶. Diese Gesellschaft wird bis zu dem Zeitpunkt des Erreichens der 10.000 Euro als „Unternehmergesellschaft“ bezeichnet, danach als GmbH.

Der Ansicht von *Thiessen*⁷, dass eine allgemeine Aussage über den Sinn und Unsinn des Mindestkapitals nicht möglich sei, kann nicht zugestimmt werden. Das Mindestkapital hat wichtige Funktionen. Zum einen sorgt es dafür, dass nicht jeder unüberlegt eine Gesellschaft gründet und somit eine unüberschaubare Menge von „Pseudo-Gesellschaften“ entsteht. Zum anderen bietet das Mindestkapital - neben den privaten Sicherheiten des Gesellschafters - einen Grundstock an Kreditsicherheiten für die Gläubiger.

Ob die Herabsetzung des Mindestkapitals sinnvoll erscheint, ist mehr als fraglich. Selbst im Regierungsentwurf wird darauf hingewiesen, dass Unternehmen mit höherem Kapitalbedarf bereits bei der Gründung ein höheres Kapital zeichnen sollten. Auch wird erkannt, dass eine Gesellschaft mit einem höherem Eigenkapitalanteil eher und einfacher Bankkredite ohne persönliche Sicherheiten erhalten wird⁸. Wieso wird dann das Mindestkapital überhaupt herabgesetzt? Sofern die Gründung einer Gesellschaft bereits an den 25.000 Euro zu scheitern droht, sollte ernsthaft zu überlegen sein, ob eine solche Gründung sinnvoll ist. Die 25.000 Euro können, wie bereits gesagt, auch durch Sacheinlagen (§ 5 Abs. 4 GmbHG) in die GmbH eingebracht werden, sodass diese nicht wirklich hohe Summe ausschlaggebend sein sollte, ob die GmbH gegründet wird oder nicht. Unverständlich ist auch die neue Mindestkapitalsumme. Warum 10.000 Euro? Ob einem Gründer, der gerade einmal das neue Mindestkapital aufbringen kann, Kredite gewährt werden, ist mehr als fraglich. Er wird, um einen Kredit zu erhalten, auf jeden Fall persönliche Sicherheiten hinterlegen müssen; wer jedoch in der Lage ist, persönliche Sicherheiten zu bieten, der sollte auch 25.000 Euro an Mindestkapital aufbringen können.

Der Sinn der „Unternehmergesellschaft“ ist meines Erachtens nicht erkennbar. Sobald die 10.000 Euro angespart sind, wird die „Unternehmergesellschaft“ zur GmbH. Es wird keine

⁵ Regierungsentwurf vom 23. 5. 2007, S. 4, nachzulesen unter: <http://www.bmj.bund.de/files/-/2109/RegE%20MoMiG.pdf>.

⁶ Regierungsentwurf vom 23. 5. 2007, S. 4, nachzulesen unter: <http://www.bmj.bund.de/files/-/2109/RegE%20MoMiG.pdf>.

⁷ Thiessen, DStR 2007, S. 202, 203.

⁸ Regierungsentwurf vom 23. 5. 2007, S. 168, nachzulesen unter: <http://www.bmj.bund.de/files/-/2109/RegE%20MoMiG.pdf>.

neue Rechtsform, wie zahlreiche Autoren als Gegenstück zur *limited* und Schonung der klassischen GmbH gefordert haben, geschaffen⁹. Dem Kommentar von Noack¹⁰ kann man nur zustimmen: „Das Etikett ist anders, der Inhalt ist GmbH“. Ob die Herabsetzung auf 1 Euro den gewünschten Gründungsboom herbeiführt, ist zu bezweifeln. Auch die faktische Abschaffung des Mindestkapitals in Frankreich hat nur dazu geführt, dass das Ansehen der Rechtsform der S.A.R.L. noch weiter geschwächt wurde, der erhoffte Aufschwung bei der Unternehmensgründung blieb dabei aus¹¹. Warum wir nicht bereit sind, von den enttäuschten Erwartungen unserer Nachbarn zu lernen, ist nicht verständlich.

3. Unternehmensgründung

Der Referentenentwurf sah vor, dass die Gründung der Gesellschaft dadurch vereinfacht werden sollte, dass bei einer genehmigungsbedürftigen Tätigkeit der Genehmigungsnachweis nicht mehr Eintragungsvoraussetzung ist. Danach sollte reichen, dass der Geschäftsführer versichert, dass die Genehmigung beantragt wurde. Eine Löschung von Amts wegen erfolgt, wenn die Genehmigung nicht innerhalb einer bestimmten Frist nachgewiesen wird¹². Im Schrifttum waren einige der Ansicht, dass eine Streichung der betreffenden Paragraphen vorgenommen werden müsse, da hierdurch die Eintragung ins Handelsregister beschleunigt werde¹³. So geschah es auch; der Regierungsentwurf spricht sich für eine Streichung von § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG aus. Das Problem der weiteren zeitlichen Belastung wird hierbei durch die einfachste Lösung behoben.

Eine absolute Erneuerung erfährt das Gesellschaftsrecht dadurch, dass ein „Gründungs-Set“ angeboten wird. Dieses Set soll einen Muster-Gesellschaftsvertrag, ein Muster für die Handelsregisteranmeldung, ein Muster einer Niederschrift über eine Gesellschafterversammlung und die Liste der Gesellschafter beinhalten.

Hierdurch soll ein politisches Signal gesetzt werden, dass die Gründung einer GmbH sehr kostengünstig, unbürokratisch und schnell erfolgen kann¹⁴. Dieses „Gründungs-Set“ ist eine gute Überlegung, trotz der eventuellen Gefahr, dass eine GmbH unüberlegt gegründet

⁹ Lutter, BB Special 2006, S. 2; Römermann, GmbHR 2006, S. 673, 681; Triebel/Otte, ZIP 2006, S. 1321, 1322.

¹⁰ Noack, DB 2007, S. 1395, 1396.

¹¹ Vossius/Wachter, BB 2005, S. 2539 m.w.N.

¹² Referentenentwurf zur MoMiG vom 29.05.2006, S. 62, nachzulesen unter: http://www.bdi.eu/Dokumente/MoMiG-Referentenentwurf_29_05_06-7.6.pdf.

¹³ Koegel, GmbHR 2003, S. 1225, 1228; Priester, DB 2005, S. 1315, 1319; Triebel/Otte, ZIP 2006, S. 1321, 1322.

¹⁴ Regierungsentwurf vom 23. 5. 2007, S. 57, nachzulesen unter: <http://www.bmj.bund.de/files/-/2109/RegE%20MoMiG.pdf>.

wird¹⁵. Es ist ein Lichtblick in der Reform, welcher hoffentlich dazu beitragen wird, dass die GmbH für den Markt wieder interessanter wird.

4. Verwaltungssitz im Ausland

Der Regierungsentwurf sieht auch vor, dass eine Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland ermöglicht werden soll.

Gemäß dem aktuell gültigen § 4 a Abs. 2 GmbHG ist es den Gesellschaftern nicht möglich, den Verwaltungssitz der GmbH ins Ausland zu verlegen. Dieser Abs. 2 besagt, dass der Sitz der Gesellschaft an dem Ort zu wählen ist, an dem die Gesellschaft hauptsächlich agiert.

Durch die EuGH-Urteile „*Inspire Art*“, „*Überseering*“ und „*Centros*“ wurde der deutsche Gesetzgeber jedoch mittelbar gezwungen, die Mobilität der GmbH zu fördern, damit diese auch auf dem europäischen Binnenmarktkonzept entspricht. Der Regierungsentwurf folgt daher dem Referentenentwurf und strich den besagten Abs. 2¹⁶. Dies ist sicherlich ein sehr guter Schritt auf dem Weg, die GmbH wieder in ihrem Ansehen zu stärken und attraktiver werden zu lassen. Besonders zu berücksichtigen ist hier auch, dass die deutsche GmbH nun auch als Rechtsform für ausländische Tochtergesellschaften deutscher Unternehmen zur Verfügung steht¹⁷.

Die GmbH steht damit mit den anderen europäischen Gesellschaften, die ihren Verwaltungssitz immer schon verlegen konnten, auf einer Ebene. Dieser Reformpunkt trägt dazu bei, einen gesunden Gesellschaftswettbewerb erreichen zu können. Zwar wird durch die Einfügung der Worte „im Inland“ in § 4a Abs. 1 GmbHG-E klargestellt, dass die GmbH ihren Sitz im Inland haben muss, dies sollte jedoch keinen Nachteil darstellen, da diese Vorgabe auch bei anderen europäischen Gesellschaften gegeben ist.

5. Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen

Bisher war der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen nicht möglich.

Im Regierungsentwurf wird dazu die Möglichkeit einer Verringerung des Risikos, einen Gesellschafteranteil trotz Gutgläubigkeit nicht zu erwerben, erläutert:

¹⁵ siehe Seite 2.

¹⁶ Regierungsentwurf vom 23. 5. 2007, S. 3, nachzulesen unter: <http://www.bmj.bund.de/files/-/2109/RegE%20MoMiG.pdf>.

¹⁷ Breitenstein, BB 2006, S. 1457, 1459.

„In der Praxis hat der Erwerber zwei Möglichkeiten, dieses Risiko zu minimieren. Verlangt der Erwerber vom Veräußerer eine möglichst lückenlose Vorlage aller relevanten Abtretungs-urkunden bis zurück zur Gründungsurkunde, so ist dies für den Veräußerer – wenn überhaupt – häufig nur mit hohem Aufwand möglich.(...)“

Der Erwerber verlangt daher vom Veräußerer eine Garantie, dass der Geschäftsanteil dem Veräußerer zusteht(...). Insgesamt ist dies ein schwerfälliges System mit unnötig hohen Transaktionskosten und Rechtsunsicherheiten.¹⁸

Dies wird sich im Zuge der Reform ändern. Gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG-E wird der Erwerb vom Nichtberechtigten möglich, sofern der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist¹⁹. Diese Aufwertung der Gesellschafterliste führt zu einer größeren Transparenz der Struktur der Anteilseigner²⁰. Der Erwerber wird ein Eigeninteresse haben, sich unverzüglich in diese Liste eintragen zu lassen. Das hat zur Folge, dass der Gesellschafterstand meist aktuell, lückenlos und besser nachvollziehbar sein wird²¹. Durch die Einführung des gutgläubigen Erwerbs wird für die Beteiligten auch der etwa im Vorfeld von Unternehmenskäufen bei Due-Diligence-Prüfungen bislang sehr aufwändige und kostenintensive Nachweis der Berechtigung des veräußernden Gesellschafters vereinfacht²².

6. Missbrauchsbekämpfung

Grundlegendes Ziel der Reform ist es auch, die Missbrauchsmöglichkeit mit der Reform der GmbH zu bekämpfen. Ein Auszug über die Bekämpfung soll am Beispiel der Haftung des Geschäftsführers im Insolvenzfall aufgezeigt werden.

Nach dem bisher gültigen GmbH-Recht haften die Geschäftsführer im Falle der Insolvenz nur dann, wenn Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach Feststellung der Überschuldung geleistet wurden, § 65 Abs. 2 GmbHG. Das Problem hier liegt darin, dass eine Haftung nur für die Fälle eintritt, dass etwas nach der Insolvenz passierte. Aber was ist in den Fällen, in denen die Insolvenz erst durch ein negatives Verhalten herbeigeführt wurde, den so genannten „Ausplünderungsfällen“? Beispiel: Die

¹⁸ Regierungsentwurf vom 23. 5. 2007, S. 89, nachzulesen unter:

<http://www.bmj.bund.de/files/-/2109/RegE%20MoMiG.pdf>.

¹⁹ Regierungsentwurf vom 23. 5. 2007, S. 7, nachzulesen unter:

<http://www.bmj.bund.de/files/-/2109/RegE%20MoMiG.pdf>.

²⁰ Gesmann-Nuissl, WM 2006, S. 1756, 1758.

²¹ Triebel/Otte, ZIP 2006, S. 1321, 1326.

²² Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, S. 685, 690; Vossius, GmbHR 2005, S. 373.

Vermögensmasse, die zum Überleben der Gesellschaft notwendig ist, wird abgezogen, zum Beispiel durch Ausschüttung an die Gesellschafter. Diese Ausschüttungen führen nun zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft, dann legt der Geschäftsführer vor der Insolvenzantrag sein Amt nieder und entzieht sich der Verantwortung. Bisher haftet keiner, da § 64 Abs. 2 GmbHG für einen solchen Fall keine Regelung vorsieht.

Einem solchen Fall soll die Gesetzesänderung vorbeugen. § 64 Abs. 2 GmbHG wird um den Zusatz ergänzt, dass der Geschäftsführer nun auch für den Fall haftbar gemacht werden kann, indem Zahlungen an Gesellschafter erfolgen und diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen, es sei denn, dass dies auch bei der Beachtung der Sorgfalt aus Satz 2 nicht erkennbar sein konnte²³. Der Geschäftsführer trägt jedoch für die Entlastung die Darlegungs- und Beweispflicht. Dass der Geschäftsführer den Entlastungsbeweis selbst erbringen muss, ist nicht unzumutbar.

In Zukunft werden die Geschäftsführer Zahlungspläne aufstellen müssen, aus denen sich ergibt, ob man sich nach dem normalerweise zu erwartenden Lauf der Dinge, Entnahmen durch Gesellschafter leisten kann²⁴. Diese Prognose über die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft nimmt Gedanken des „Solvency Tests“ auf²⁵. Ein Solvenztest ist eine zukunftsgerichtete und zahlungsstromorientierte Berechnung zur Rechtfertigung eines gegenwärtigen Liquiditätsentzuges. Die Insolvenz eines Unternehmens kann aufgrund nachhaltiger Verluste durch kein Ausschüttungsbemessungssystem verhindert werden, jedoch kann u. U. verhindert werden, dass eine Ausschüttung an die Gesellschafter zu Zahlungsausfällen der Gläubiger führt²⁶.

Anders als beim „existenzvernichtenden Eingriff“ wird nicht beim Gesellschafter als Empfänger der Vermögensverschiebung angesetzt, sondern beim Geschäftsführer als deren Auslöser oder Gehilfen²⁷. Es geht aber nur um Ausschüttungen, Zahlungen und Vermögensverschiebungen zugunsten der Gesellschafter, Zahlungen an Dritte sind davon nicht betroffen²⁸.

²³ Regierungsentwurf vom 23. 5. 2007, S. 15, nachzulesen unter:

<http://www.bmj.bund.de/files/-/2109/RegE%20MoMiG.pdf>.

²⁴ Noack, DB 2006, S. 1475, 1479.

²⁵ Pellens/Jödicke/Richard, DB 2005, S. 1293.

²⁶ Fuchs, BB Beilage 2007, S. 19.

²⁷ Römermann, GmbHR 2006, S. 673, 680.

²⁸ Seibert, ZIP 2006, S. 1157, 1167.

Diese Änderung wird erhebliche Auswirkungen für die Gläubiger haben. Für sie wird ein besserer Schutz darin bestehen, dass die verwertbaren Vermögenswerte zumindest nicht ohne Haftungsfolgen abgezogen werden können.

7. Fazit

Eine Reform des gegenwärtigen GmbH-Rechts ist dringend notwendig. Aber ob sie so gut umgesetzt wird, wie sie hätte umgesetzt werden können, ist zu bezweifeln. Gerade bei der Herabsetzung des Mindestkapitals ist eine nachvollziehbare Umsetzung leider nicht erkennbar. Die GmbH soll für Europa wettbewerbsfähig gemacht werden, aber dies gelingt nicht dadurch, dass man Teile anderer Gesellschaftsformen einfach kopiert. Die Herabsetzung des Mindestkapitals lässt eine starke Anlehnung an die *limited* erkennen. Und hier liegt der Fehler. Warum wird die GmbH nicht unabhängig von anderen Gesellschaften optimiert? Sicherlich sollten wir die Erfahrungen unserer Nachbarn nutzen, dann sollte man jedoch auch das Gesamtbild betrachten. So setzt der britische Gläubigerschutz z.B. an einer ganz anderen Stelle an, als der deutsche. Dieser Ansatzpunkt spielt gerade bei der Mindestkapitalsumme auch eine entscheidende Rolle. Ob nun durch die Herabsetzung eine Wiedererstarkung der GmbH bewirkt wird und der Sturm auf die *limiteds* nachlässt, ist offen. Selbst wenn die Herabsetzung des Mindestkapitals wieder zu vermehrten GmbH-Gründungen führen sollte, so sollte auch eine vermehrte Anmeldung von Insolvenzen in den nächsten Jahren zu erwarten sein, da die ein oder andere GmbH durch den falschen positiven Schein des geringen Grundkapitals wohl zu vorschnell gegründet wird. Positiv ist anzumerken, dass das Gründungsverfahren erheblich erleichtert wird; eine schnellere und günstigere Gründung ist wohl die positivste Entwicklung, die mit der Reform erfolgt. Auch die Möglichkeit der Verlegung ins Ausland wird die Beliebtheit der GmbH hoffentlich wieder erhöhen.

Trotz dieser, auch positiven Aussichten, ist die Reform mit einer gewissen Skepsis zu betrachten. Sie ist eher nicht der Startschuss für die nächsten 100 Jahre der GmbH, da leider vieles nicht richtig überdacht wurde, die GmbH wurde nicht „erneuert“, sondern es wurden nur Teile ausgebessert und zu häufig wurde zur *limited* geschaut. Es wurde eher ein Flickwerk anstelle eines unbelasteten Neuwerks geschaffen.

Welche Auswirkungen die Reform endgültig haben wird, wird nur die Zeit und die Erfahrung mit sich bringen.

Veröffentlichungen; Laufende Forschungsprojekte; Auszeichnungen

aus dem European Legal Studies Institute 2007

von Bar, Christian

- Besprechung der 62. Nachlieferung zu Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht, StAZ 2006, S. 335-336
- O Celoevropské Odpovědnosti Národní Kodifikační Politiky, in: Švestka/Dvořák/Tichý (eds.), Sborník statí z diskusních fór o rekodifikaci občanského práva S. 11-27 und S. 39-42. Prag 2006
- Besprechung der 63. Nachlieferung zu, Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht, StAZ 2007, S. 96
- Zur gegenständlichen Reichweite des Gemeinsamen Referenzrahmens, in: W Kierunku Europeizacji Prawa Prywatnego/Towards Europeanization of Private Law. Essays in Honour of Jerzy Rajski, Warschau 2007, S. 105-119
- Peter Schlechtriem (1933-2007) (Nachruf), GPR 2007, S. 105
- Rozmova z prof. Christianem von Barem, szefem Grupy Studyjnej ds. Europejskiego Kodeksu Cywilnego, Palestra 2007, S. 83-85
- Besprechung der 66. Nachlieferung zu Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht, in: StAZ 2007, S. 285-286
- Ein Raum der Sicherheit, der Freiheit und des Rechts – Auch des Privatrechts? in: Revista de Drept International Privat și Drept Privat Comparat 2006 (2007), 39-58 (mit rumänischer Übersetzung loc. cit. 59-78)
- Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference, ERCL 2007, 350-361
- Besprechung der 67. Nachlieferung zu Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht, StAZ 2007, S. 349

Dörr, Oliver

- Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für kommunales Handeln im Vergabe- und Beihilferecht, in: J. Ipsen (Hrsg.), Unternehmen Kommune? 17. Bad Iburger Gespräche (2007), S. 150-173
- Codifying and Developing Meta-Rules: The ILC and the Law of Treaties, German Yearbook of International Law 49 (2006), S. 129-164

Fischer, Christoph und Meyer, Linus

- Anwaltszwang vor den Gemeinschaftsgerichten: Anmerkung zu EuG, Beschluss vom 5.7.2006, T-357/05– Comunidad Autónoma de Valencia/Kommission, GPR 2006, S. 175-177

Hansmann, Uwe

- Organisation und Zuständigkeiten beim Verwaltungsvollzug im europäischen Stoffrecht – unter Berücksichtigung des Chemikalienrechts, Lebens- und Futtermittelrecht sowie Arzneimittelrecht, Hamburg 2007
- Deutsch-Niederländische Juristenkonferenz 2006, 06.-08.10.2006 in Deventer, Jura 2007, S. 78
- Rezension zu Mecking, Sabine/Wirsching, Andreas (Hrsg.), Stadtverwaltung im Nationalismus – Systemstabilisierende Dimensionen kommunaler Herrschaft, Forschungen zur Regionalgeschichte Bd. 53, Paderborn/München/Wien/Zürich, DÖV 2006, S. 531-532
- Rezension zu von Campenhausen, Axel Freiherr/de Wall, Heinrich, Staatskirchenrecht, 4. Auflage, München 2006, Kirche & Recht 2006, S. 235-236

Heinemann, Daniela

- Bereicherungsausgleich im Gemeinschaftsprivatrecht - Wettbewerbsrechtliche Aspekte, GPR 2007, S. 62-67

Herpai, Annamaria

- "Cour de cassation, Comm., pourvoi No. 03-19370 du 5 avril 2005 – Schadenersatzanspruch des einfachen Lizenznehmers für entgangenen Gewinn gegenüber einem nicht vertraglich verbundenen Konkurrenten“, Hungarian case note, in: European Review of Private Law 2006, S. 816-826

Holterhues, Christine

- Niederlande, in: Jens-Peter Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht in Europa Band I, Schriften zum Europäischen und Internationalen Recht, Band 14, Göttingen 2007, S. 371-471

Hünert, Matthias

- Recent case law, ERPL 2006, S. 577-617
- Recent case law, ERPL 2008, S. 211-266

Janning, Sebastian

- Neues europäisches Chemikalienrecht (REACH). Bericht über das 23. Trierer Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht vom 02.-04.09.2007, DVBl. 2007, S. 1418-1420

Kleve, Guido

- England und Wales, in: Jens-Peter Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht in Europa Band I, Schriften zum Europäischen und Internationalen Recht, Band 14, Göttingen 2007, S. 35-180 (zusammen mit **Benjamin Schirmer**)

Koolhoven, Rosalie

- Gebrekkige waren: gebruiksvergoeding bij vervanging? [Zur Nutzungsvergütung bei Ersatzlieferung], in: Kijk op Oost-Nederland, (165) 2006, S. 125-127 (zusammen mit **Sandra Rohlfing**)
- Agressieve handelspraktijken – de sweepstake [Zu aggressiven Handelspraktiken], in: Kijk op Oost-Nederland, (166) 2006, S. 89-91 (zusammen mit **Sandra Rohlfing**)
- Aansprakelijkheid in de precontractuele fase naar Duits recht [„Haftung im vorvertraglichen Stadium im deutschen Recht“], in: Kijk op Oost-Nederland, (167) 2007, S. 94-95 (zusammen mit **Sandra Rohlfing**)
- De dreiging van de claimcultuur in: Kijk op Oost Nederland, (168) 2007 (zusammen mit **Sandra Rohlfing**)
- Caroline van Monaco en de boulevardpers in: Kijk op Oost Nederland, (169) 2007 (zusammen mit **Sandra Rohlfing**)
- Love at work: over de omgang met GSI en ontslag in: Kijk op Oost Nederland (170) 2007 (zusammen mit **Sandra Rohlfing**)

Leonhardt, Andreas

- Internationale Moot Courts, IIVO 13 (2006), S. 81-107 (zusammen mit **Pia Ulrich**)

Marsch, Nikolaus

- Migration in und nach Europa: Bericht vom 4. Europäischen Juristentag in Wien, DVBl. 2007, S. 1016 (zusammen mit **Matthias Laas**)
- Der Richter in der demokratischen Gesellschaft (Übersetzung einer Rede von Guy Canivet, Präsident der Cour de Cassation), Betrifft Justiz 2006, S. 431
- Droit administratif français und Verwaltungsrecht in Deutschland – Zur Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, Actualités DFJ 2/2007, S. 49

McGuire, Mary-Rose

- Die richtlinienkonforme Auslegung des § 142 ZPO: Anmerkung zu BGH 1.8.2006 – X ZR 114/03 – Restschadstoffverwertung, GPR 2007, 34-38
- Intellectual Property Rights: "Property" or "Right"? On the Application of the Transfer Rules to Intellectual Property, in: Faber/ Lurger (Hrsg.), Rules for the Transfer of Movables - A Candidate for European Harmonization or National Reform?, München 2008, 217-237
- Rezension: Christoph Nolden, Das Abstraktionsprinzip im urheberrechtlichen Lizenzverkehr, Schriften zum deutschen und internationalen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht, Band 13, V&R Unipress, UFITA 2007, 861-865
- Deutscher Landesbericht (AIPPI): Der Einfluss der Mitinhaberschaft an Rechten des Geistigen Eigentums auf deren Verwertung (Q 194), GRUR Int 2007, 503-509 (gemeinsam mit Volker Henke u.a.)
- Das neue Europäische Mahnverfahren: Über das (Miss-)Verhältnis zwischen Effektivität und Schuldnerschutz, in: GPR 2007, 302-308
- Die Funktion des Registers für die rechtsgeschäftliche Übertragung von Gemeinschaftsmarken, GRUR 2008, 11-18

Meyer-Bolte, Catharina

- Agrarrechtliche Cross Compliance als Steuerungsinstrument im Europäischen Verwaltungsverbund, Baden-Baden 2007

Müller, Sandra B.

- Mitgewirkt an: Reform des Schadenersatzrechts Band I. Europäische Vorgaben und Vorbilder, Wien 2006
- Zur Zulässigkeit des Preisvergleichs in Bezug auf Warensortimente – Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 19.9.2006, C-356/04 – Lidl Belgium GmbH & Co. KG / Etablissements Franz Colruyt NV, GPR 2007, S. 87-92

- Buchanzeige zu Tillmann Hädrich: Regelungen vertraglicher Beziehungen im Rahmen der EG-Richtlinien auf dem Gebiet des Urheberrechts, GPR 2007, S. 92

Prater, Janine

- Raumrelevante Vorgaben und aktuelle Entwicklungen im europäischen und deutschen Energierecht, in: Dieter Gust (Hrsg.), Wandel der Stromversorgung und räumliche Politik, Forschungs- und Sitzungsberichte der Akademie für Raumforschung und Landesplanung Band 227, Hannover 2007, S. 83-102 (zusammen mit **Jens-Peter Schneider**)

Rabbe, Matthias

- Diskriminierungsverbote im Zivilrecht: Ein Vergleich zwischen den Regelungen des zwölften Zusatzprotokolls zur EMRK und denen des geplanten Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) in: Felix Böllmann/Susanne Hemme/Ömer Korkmaz/Friedrich Kühn/Arndt Sinn (Hrsg.), Die Menschenrechte als Grundlage für eine gesamteuropäische Rechtsentwicklung und ihr Einfluss auf das Strafrecht, das Öffentliche Recht und das Zivilrecht, Berlin 2006, S. 285-304
- Anmerkung zu BGH, Beschluß v. 8. 5. 2007, Az. VIII ZR 19/05, Unerheblichkeit der Pflichtverletzung bei zu hohem Kraftstoffverbrauch, GPR 2007, S. 178

Rengeling, Hans-Werner

- Risikoanalyse im europäischen Verwaltungs- und Verfassungsrecht. Dargestellt an Beispielen aus dem Lebens- und Arzneimittelrecht sowie aus dem Chemikalienrecht, in: Otto Depenheuer (Hrsg.), Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 793-814
- Materiellrechtliche Anforderungen im europäischen Stoffrecht. Fragen zu einer Harmonisierung unter besonderer Berücksichtigung des Chemikalien-, Pflanzenschutzmittel-, Lebensmittel- und Arzneimittelrechts, in: Astrid Epiney (Hrsg.), Festschrift für Roland Bieber, Baden-Baden 2007, S. 733-753
- Kommentierung von Art. 74 Abs.1 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“), in: Rudolf Dolzer/Klaus Vogel/Karin Graßhof (Hrsg.), Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Heidelberg 2007 (zusammen mit **Peter Szczekalla**)

Rohlfing, Sandra

- Gebrekkige waren: gebruiksvergoeding bij vervanging? [Zur Nutzungsvergütung bei Ersatzlieferung], in: *Kijk op Oost-Nederland*, (165) 2006, S. 125-127 (zusammen mit **Rosalie Koolhoven**)
- Agressieve handelspraktijken – de sweepstake [Zu aggressiven Handelspraktiken], in: *Kijk op Oost-Nederland*, (166) 2006, S. 89-91 (zusammen mit **Rosalie Koolhoven**)
- Aansprakelijkheid in de precontractuele fase naar Duits recht [„Haftung im vorvertraglichen Stadium im deutschen Recht“], in: *Kijk op Oost-Nederland*, (167) 2007, S. 94-95 (zusammen mit **Rosalie Koolhoven**)
- Nutzungsvergütung bei Ersatzlieferung? Beschluss des BGH vom 16.8.2006, VIII ZR 200/05, GPR 2007, S. 80-86
- Die staatsanwaltliche Abschlussentscheidung:(Teil I) Anklageschrift und Strafbefehl, *Niederle-Media* 2007 (zusammen mit StA Dr. Michael Schmitz)
- De dreiging van de claimcultuur in: *Kijk op Oost Nederland*, (168) 2007 (zusammen mit **Rosalie Koolhoven**)
- Caroline van Monaco en de boulevardpers in: *Kijk op Oost Nederland*, (169) 2007 (zusammen mit **Rosalie Koolhoven**)
- Love at work: over de omgang met GSI en ontslag in: *Kijk op Oost Nederland*, (170) 2007 (zusammen mit **Rosalie Koolhoven**)
- Deutsche Übersetzung der Artikel in: *Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Service Contracts (PEL SC) prepared by Maurits Barendrecht, Chris Jansen, Marco Loos, Andrea Pinna, Rui Cascão, Stéphanie van Gulijk München* 2007, S. 77-101, (gemeinsam mit **Martin Schmidt-Kessel** und **Friederike Schäfer**)

Römermann, Lars

- Aufopferungshaftung in Europa, *Marburg* 2007.

Dos Santos Silva, Marta

- Cour de cassation, Comm., pourvoi No. 03-19370 du 5 avril 2005 – Schadenersatzanspruch des einfachen Lizenznehmers für entgangenen Gewinn gegenüber einem nicht vertraglich verbundenen Konkurrenten, *European Review of Private Law* 2006, 827-838

- A Influência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem na Reforma do Contencioso Administrativo Português", *Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Patos (II)* 2006, p. 126-140
- Anstiftung zur Verletzung von Vertragspflichten in Portugal, *VersR* (48) 2007 Beilage Ausland, S. 24-25

Schirmer, Benjamin

- Konstitutionalisierung des englischen Verwaltungsrechts. Einfluss des Human Rights Act auf den >judicial review<, *Schriften zum Europäischen und Internationalen Recht*, Band 13, Göttingen 2007
- England und Wales, in: Jens-Peter Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in Europa* Band I, *Schriften zum Europäischen und Internationalen Recht*, Band 14, Göttingen 2007, S. 35-180 (zusammen mit **Guido Kleve**)

Schmidt-Kessel, Martin

- Reform des Schadenersatzrechts Band I. Europäische Vorgaben und Vorbilder, *Wien* 2006, XXIV + 227 (unter Mitwirkung von **Sandra B. Müller**)
- Kommentierung §§ 241-248, 275-292 BGB, in: Hanns Prütting / Gerhard Wegen / Gerd Weinreich (Hrsg.), *BGB-Kommentar*, 1. Aufl. Neuwied 2006, 2. Aufl. Neuwied 2007 (§§ 246-248, 287-292 (zusammen mit **Mareike Telkamp**))
- Europäisches Vertragsrecht, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Handbuch Europäische Methodenlehre*, Berlin 2006, 389-409
- Arbeitskampf und Vertragserfüllung im Europäischen Privatrecht, in: Volker Rieble (Hrsg.), *Festschrift für Manfred Löwisch zum 70. Geburtstag*, München 2007, 325-354
- Remedies for Breach of Contract in European Private Law – PECL, *Acquis and CFR*, in: Schulze (Hrsg.), *New Features in Contract Law*, Baden-Baden 2007, 183-196
- Anzeige des juris PraxisKommentars BGB, Band 2.1 - 2.3, *Schuldrecht*, hrsgg. von Dr. Markus Junker, Gesamtherausgeber Maximilian Herberger u.a., 2. Aufl., Saarbrücken: juris GmbH 2004, GPR 2006, 187
- Besprechung von Claus-Wilhelm Canaris, *Handelsrecht*, 24. Aufl., München: C.H. Beck 2006, GPR 2006, 195
- Besprechung von Jens-Uwe Franck und Florian Möslein, *Fälle zum Europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht*, München, C.H. Beck 2005, GPR 2006, 195-196
- Neues aus Brüssel, GPR 2006, 207-208
- Neues aus Brüssel, GPR 2007, 52 (zusammen mit **Silvan Schubmehl**)
- Editorial: ...et nos mutamur in illis, GPR 2007, 53

- Neues aus Brüssel, GPR 2007, 101-104 (zusammen mit **Silvan Schubmehl**)
- Neues aus Brüssel, GPR 2007, 155-156 (zusammen mit **Silvan Schubmehl**)
- Neues aus Brüssel, GPR 2007, 207-208 (zusammen mit **Silvan Schubmehl**)
- Neues aus Brüssel, GPR 2007, 259-260 (zusammen mit **Silvan Schubmehl**)
- Editorial: Der gemeinsame Referenzrahmen in statu nascendi, GPR 2007, 261
- Neues aus Brüssel, GPR 2007 (zusammen mit **Silvan Schubmehl**)
- Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 19.4.2007, C-381/05 – De Landtsheer Emmanuel SA/Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne und Veuve Clicquot Ponsardin SA, GPR 2007, 194

Schmitz, Anita

- Die Schwerpunktausbildung an der juristischen Fakultät der Universität Osnabrück, JUS Magazin 5/2007, S. 12
- Erster Verfassungsrechtlicher Moot Court an der Juristischen Fakultät der Universität Osnabrück, Jura 2006, S. 476 f.

Schneider, Jens-Peter

- Beteiligung von politischen Parteien an Rundfunkveranstaltern – Anmerkung zum Urteil des Nds. StGH vom 6.9.2005, NdsVBl. 2006, S. 325-328 (zusammen mit **Norbert Wimmer**)
- Regulation and Europeanisation as Key Patterns of Change in Administrative Law, in: Matthias Ruffert (Hrsg.), The Transformation of Administrative Law in Europe/La mutation du droit administrative en Europe, München 2007, European Legal Studies vol. 4, S. 307-322
- Verwaltungsrecht in Europa – Einleitende Bemerkungen zur Rechtsvergleichung; in: Jens-Peter Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht in Europa. Band 1: England und Wales; Spanien; Niederlande, Schriften zum Europäischen und Internationalen Recht Band 14, Göttingen 2007, S. 25-34
- Raumrelevante Vorgaben und aktuelle Entwicklungen im europäischen und deutschen Energierecht, in: Dieter Gust (Hrsg.), Wandel der Stromversorgung und räumliche Politik, Forschungs- und Sitzungsberichte der Akademie für Raumforschung und Landesplanung Band 227, Hannover 2007, S. 83-102 (zusammen mit **Janine Prater**)

Telkamp, Mareike

- Kommentierung zu §§ 246-248, 287-292 BGB, in: Hanns Prütting / Gerhard Wegen / Gerd Weinreich, BGB-Kommentar, Neuwied 2006 (zusammen mit **Martin Schmidt-Kessel**)

Vendrell Cervantes, Carles

- E. Roca Trias / R. Casas Vallés / Carles Vendrell Cervantes et alii, "Reseña de jurisprudencia constitucional 2005", Anuario de Derecho Civil, 2006, no. 4.
- E. Roca Trias / R. Casas Vallés / Carles Vendrell Cervantes et alii, "Reseña de jurisprudencia constitucional 2006", Anuario de Derecho Civil, 2007, no. 4.
- C. Vendrell Cervantes, "Derechos de cesión preferente sobre derechos de explotación de la obra intelectual, Pe.i.. Revista de propiedad intelectual, 2007, no. 26, pp. 77-127. [«Rights of first refusal in the realm of exploitation rights over literary and artistic works»].

Weyand, Kevin

- Spanien, in: Jens-Peter Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht in Europa Band I, Schriften zum Europäischen und Internationalen Recht, Band 14, Göttingen 2007, S. 181-370 (zusammen mit **Silvia Diez**)

Laufende Forschungsprojekte

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar, FBA

Gründungsdirektor des European Legal Studies Institute und Direktor der Abteilung I/ Europäisches Privatrecht.

Laufende Forschungsprojekte:

- *Study Group on a European Civil Code* (Vorsitzender).
- Leiter der Forschungsgruppe "Außervertragliche Schuldverhältnisse in Europa" (Untergruppe des Gesamtprojekts *Study Group on a European Civil Code*).
- Mitglied und einer der Sprecher des Projekts *Common Frame of Reference on European Contract Law* (EU/6. Forschungsrahmenprogramm, Exzellenznetzwerk Europäisches Privatrecht).

Prof. Dr. Oliver Dörr, LL.M. (Lond.)

Abteilung II/ Europäisches Öffentliches Recht.

Laufende Forschungsprojekte:

- Kompetenzträger und Mitglied des von der Europäischen Kommission geförderten *Jean Monnet Centre of Excellence* unter der Leitung von Prof. Dr. Ingeborg Tömmel.
- Initiator und Betreuer: Verfassungsrechtlicher Moot Court und des laufenden *European Law Moot Court Competition (ELMC)* Teams in Osnabrück

Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel

Abteilung I/ Europäisches Privatrecht; Dekan des Fachbereichs Rechtswissenschaften.

Laufende Forschungsprojekte:

- Leiter des Projekts „Unentgeltliche Verträge in Europa“. (Untergruppe des Gesamtprojekts *Study Group on a European Civil Code*).
- Initiator und Betreuer der laufenden *William C. Vis Moot Court* Teams in Osnabrück.

Prof. Dr. Jens-Peter Schneider

Direktor der Abteilung II/ Europäisches Öffentliches Recht.

Laufende Forschungsprojekte:

- Kompetenzträger und Mitglied des von der Europäischen Kommission geförderten *Jean Monnet Centre of Excellence* unter der Leitung von Prof. Dr. Ingeborg Tömmel.
- Mitbegründer der Institutspartnerschaft zwischen dem European Legal Studies Institute, Abteilung II/ Europäisches Öffentliches Recht, und dem Lehrstuhl für Verwaltungsrecht der Kardynal Wyszyński Uniwersytet Warszawa (Prof. Dr. Irena Lipowicz).
- Deutsch-spanische Forschergruppe „Prinzipien und Verfahren der Europäischen Verbundverwaltung“.

Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling:

- Laufendes Forschungsprojekt: Europäisches Stoffrecht – Inhalte, Abgrenzungen, Harmonisierung und Systematisierung.

Auszeichnungen

- **Professor Christian von Bar** wurde in 2007 mit drei Auszeichnungen geehrt. Ihm wurden der Niedersächsische Staatspreis 2006, die besondere Linnaeus Ehrendoktorwürde der schwedischen Universität Uppsala sowie der Ehrendoktor der estländischen Universität Tartu verliehen. Ausgezeichnet wurde Professor von Bar für besondere Verdienste und herausragende Forschungsleistungen auf dem Gebiet der europäischen Rechtsvergleichung.
- Frau **Julia Fedke** wurde in 2007 für Ihre Seminararbeiten zu „Der ordre public - Ein Gemeinwohlbelang als geschriebene Ausnahme von den Grundfreiheiten“ und „Berücksichtigung von Sonderausgaben (Altersbezüge) und der Grundsatz der Kohärenz in der Rechtsprechung des EuGH-Bachmann u.a.“ der Homann-Studienförderpreis verliehen.
- Gleichzeitig wurde Frau **Aleksandra Kryskow** für Ihre Seminararbeit zur Rückgewähr gescheiterter Schenkungsverträge im deutschen und polnischen Recht der DAAD-Preis verliehen.