

Zivil- und Wirtschaftsrecht im
Europäischen und Globalen Kontext
Private and Commercial Law in a
European and Global Context

Festschrift für Norbert Horn
zum 70. Geburtstag



[Handwritten signature]

Zivil- und Wirtschaftsrecht im
Europäischen und Globalen Kontext
Private and Commercial Law in a
European and Global Context

Festschrift für
NORBERT HORN
zum 70. Geburtstag

herausgegeben von

Klaus Peter Berger · Georg Borges · Harald Herrmann
Andreas Schlüter · Ulrich Wackerbarth



RECHT

De Gruyter Recht · Berlin

Die Herausgeber bedanken sich für die freundliche Unterstützung bei:

Bundesverband Deutscher Banken e.V.
Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft
Verein zur Förderung des Instituts für Bankwirtschaft und Bankrecht
an der Universität zu Köln e.V.

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN-13: 978-3-89949-242-2
ISBN-10: 3-89949-242-0

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

© Copyright 2006 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

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

Printed in Germany
Datenkonvertierung/Satz: Dörlemann Satz, Lemförde
Druck: H. Heenemann GmbH & Co., Berlin
Bindung: Bruno Helm Buchbinderei, Berlin

Norbert Horn
zum 18. August 2006

PETER BALZER
JÜRGEN BASEDOW
THEODOR BAUMS
WALTER BAYER
HEIKO BECK
KLAUS PETER BERGER
UWE BLAUROCK
KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL
GEORG BORGES
WINFRIED BRUGGER
RICHARD M. BUXBAUM
CARSTEN P. CLAUSSEN
BERNARDO M. CREMADES
JAN H. DALHUISEN
OTTO DEPENHEUER
HARALD GESELL
HORACIO A. GRIGERA NAÓN
BARBARA GRUNEWALD
GUANG GUO
MATHIAS HABERSACK
WALTHER HADDING
HANS-PETER HAFERKAMP
HELEN E. HARTNELL
MAURICIO HARTWIG-JACOB
FRANZ HÄUSER
HANS-JÜRGEN HELLWIG
JOACHIM HENNRICHS
MARTIN HENSSLER
HARALD HERRMANN
ROBERT HEUSER
ERIC HILGENDORF
STEPHAN HOBE
HEINRICH HONSELL
STEFAN HUSTER
PING JIANG
WILLI JOACHIM

PIERRE A. KARRER
CHRISTIAN KATZENMEIER
WERNER KRAWIETZ
GERHART KREFT
STEFAN KRÖLL
HERBERT KRONKE
KATJA LANGENBUCHER
WALTER F. LINDACHER
KLAUS LUIG
GEORG MAIER-REIMER
HEINZ-PETER MANSEL
JIAN MI
LOUKAS MISTELIS
THOMAS M. J. MÖLLERS
PETER O. MÜLBERT
PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF
FRANK MÜNDEL
MICHAEL NIETSCHE
GERD NOBBE
JOSEPH J. NORTON
GERHARD OTTE
HANS-MARTIN PAWLOWSKI
HANNS PRÜTTING
ROGER W. ROSENDAHL
GÜNTER H. ROTH
FRANK A. SCHÄFER
JAN SCHAPP
PETER SCHLOSSER
ANDREAS SCHLÜTER
KARSTEN SCHMIDT
BENEDIKT SCHMITZ
UWE H. SCHNEIDER
JAN SCHRÖDER
HANS-PETER SCHWINTOWSKI
WEIXING SHEN
ANJA STEINBECK

ULRICH WACKERBARTH

DON WALLACE, JR.

REINHARD WELTER

HARM PETER WESTERMANN

FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN

WOLFGANG WIEGAND

PHILIP R. WOOD

DIETER WYDUCKEL

EDDY WYMEERSCH

LAN XU

YONGLIU ZHENG

Inhalt

Vorwort	XV
-------------------	----

I. Zivilrecht

KLAUS PETER BERGER Die Einbeziehung von AGB in internationale Kaufverträge	3
GEORG BORGES Strukturelemente des europäischen Bürgschaftsrechts	21
HEINRICH HONSELL Zwei Fragen zur Umrechnung von Devisenforderungen	39
WILLI JOACHIM „Personale“ Unmöglichkeit – Die Zumutbarkeit pflichtgemäßen Verhaltens –	49
CHRISTIAN KATZENMEIER Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach neuem Recht – Zweifelsfragen und Streitstände zu § 839a BGB	67
WALTER F. LINDACHER Revisionsrichterliche Überprüfung der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen	83
FRANK MÜNZEL Der Entwurf eines Sachenrechtsgesetzes der VR China	95
GERHARD OTTE Nationalsozialismus und Pflichtteilsrecht	113
WEIXING SHEN Die sozialistische Marktwirtschaft und das einheitliche chinesische Vertragsrecht	125

HARM PETER WESTERMANN	
Schlüssiger Beratungsvertrag und ausdrücklicher Haftungsausschluss	143
FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN	
Einkaufs-AGB – Eine kritische Analyse der BGH-Judikatur	159
WOLFGANG WIEGAND	
Zur Reform des Kreditsicherungsrechts – Der UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions und das nationale Recht –	177
PHILIP R. WOOD	
Publicity for transfers of property: Is the whole world out of step (except New Zealand)?	191
LAN XU	
Die Rezeption deutschen Zivilrechts in China am Beispiel des Deliktsrechts	207

II. Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

JÜRGEN BASEDOW	
Lex Mercatoria und Internationales Schuldvertragsrecht – Eine rechtsökonomische Skizze –	229
THEODOR BAUMS	
Das Zinsverbot im Aktienrecht	249
WALTER BAYER	
Die Bankbestätigung gem. § 37 Abs. 1 S. 3 AktG im Rahmen der präventiven Kapitalaufbringungskontrolle	271
RICHARD M. BUXBAUM	
The von Maltzan Case: Property Rights After Three Generations	291
CARSTEN P. CLAUSSEN	
Stock Options – Quo Vadis?	313
BARBARA GRUNEWALD	
Rechtsdienstleistungen durch Geschäftsführer, ein Fall für das Rechtsberatungsgesetz (RBERG) / Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG)?	329

MATHIAS HABERSACK	
Umwandlung der AG ohne Mitwirkung der Hauptversammlung – Eine Studie zu § 62 UmwG –	337
HELEN ELIZABETH HARTNELL	
Living La Vida Lex Mercatoria	355
HANS-JÜRGEN HELLWIG	
Zum Einfluss der Globalisierung auf das Recht und auf das Verhalten von Beratern und Organen von Unternehmen	377
JOACHIM HENNRICHS	
Bilanz- und steuerrechtliche Aspekte der sog. Scheinauslands- gesellschaften – Am Beispiel der englischen Private Company Limited by Shares –	387
MARTIN HENSSLER UND HEINZ-PETER MANSEL	
Internationalrechtliche Haftungsfragen beim Auftreten einer anwaltschaftlich tätigen Limited Liability Partnership (LLP) englischen Rechts in Deutschland	403
STEPHAN HOBE	
Zur Öffnung der innerstaatlichen Rechtsordnung für das Völkerrecht und die internationale Zusammenarbeit in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	425
PING JIANG	
Die Modifikation des Gesellschaftsgesetzes Chinas	437
HERBERT KRONKE	
The Takeover Directive and the „Commercial Approach“ to Harmonisation of Private Law	445
GEORG MAIER-REIMER UND HARALD GESELL	
Schuldübergang und Haftung in der Spaltung	455
THOMAS M. J. MÖLLERS	
Zur „Unverzüglichkeit“ einer Ad-hoc-Mitteilung im Kontext nationaler und europäischer Dogmatik	473
PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF	
Verrechtlichung des Verhältnisses von Staat und Markt im deutschen, europäischen und amerikanischen Recht – Vergleichsskizze für drei WTO-Mitglieder –	491

HANNS PRÜTTING	
Das Kündigungsrecht gemäß § 8 Nr. 2 VOB/B	509
ROGER W. ROSENDAHL	
Yukos and the Rule of Law in Russia: Lessons in Litigation . . .	521
ANDREAS SCHLÜTER	
Das Haftungssystem im Transportrecht – Individualvereinbarungen, AGB und zwingende CMR-Bestimmungen im grenzüberschreitenden Transport	537
KARSTEN SCHMIDT	
Zerfällt das Handelsgesetzbuch? – Eine Gedankenskizze zur Zukunft des Vierten Buchs –	557
UWE H. SCHNEIDER UND MICHAEL NIETSCH	
Satzungsmäßige prozentuale Stimmrechtsbeschränkungen nach schweizer Aktienrecht – Überlegungen zur Sicherung guter Corporate Governance – . . .	571
ANJA STEINBECK	
Konvergenz zwischen Firmen- und Kennzeichenrecht?	589
ULRICH WACKERBARTH	
Niederlassungsfreiheit und nationales Gläubigerschutzsystem . .	605
EDDY WYMEERSCH	
Corporate Governance Codes and Their Implementation	619
YONGLIU ZHENG	
Pluralistische Ordnungen im chinesischen Wirtschaftswandel – Am Beispiel des Wirtschaftsrechts –	633

III. Bank- und Kapitalmarktrecht

PETER BALZER	
Die Verjährung von Schadensersatzansprüchen nach § 37a WpHG . . .	649
HEIKO BECK	
Clearing und Settlement im Fokus europäischer Rechtspolitik . . .	669
UWE BLAUROCK	
Informations- und Beratungspflichten bei der Kreditvergabe . . .	697

MAURICIO HARTWIG-JACOB	
Neue rechtliche Mechanismen zur Lösung internationaler Schuldenkrisen – Die Vorteile der Anwendung von „Collective Action Clauses“ bei Staatsanleihen –	717
FRANZ HÄUSER	
Überweisungsvertrag, Girovertrag und Kontrahierungszwang . . .	735
GERHART KREFT	
Zur Insolvenzfestigkeit gepoolter Banksicherheiten	761
PETER O. MÜLBERT UND BENEDIKT SCHMITZ	
Neue Problemfelder des § 489 BGB	777
GERD NOBBE	
Zur Reichweite von Vorauszahlungsbürgschaften nach § 7 Abs. 1 MaBV	801
JOSEPH J. NORTON	
The De Facto and „Soft Law“ Financial Services Integration Processes Within the Western Hemisphere	819
GÜNTER H. ROTH	
Das Risiko im Wertpapiergeschäft	835
FRANK A. SCHÄFER	
Die Auslegung von § 1 Abs. 1, 1a KWG durch die BaFin im Lichte der Rechtsprechung	845
HANS-PETER SCHWINTOWSKI	
Ist der Kapitalmarkt unmoralisch? – Grundstrukturen funktionsfähiger Kapitalmärkte –	859
REINHARD WELTER	
Immobilienkredite in bewegten Zeiten	873

IV. Schiedsgerichtsbarkeit

KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL

Politik gegen Kommerz

– Erfahrungen und Reflektionen zur Streiterledigung zwischen
Staaten und Privatunternehmen – 899

BERNARDO M. CREMADES

Constitutional Aspects of Arbitration in Spain 909

JAN H. DALHUISEN

The Case for an International Commercial Court 931

HORACIO A. GRIGERA NAÓN

The Future of International Commercial Arbitration 949

GUANG GUO

Enforcement of Foreign Arbitral Awards in China 959

PIERRE A. KARRER

Parallel Proceedings – A Thing To Be Avoided? 977

STEFAN KRÖLL

Die Neuregelung des österreichischen Schiedsrechts –
Felix Austria!? 989

LOUKAS MISTELIS

Reality Test: Current State of Affairs in Theory and
Practice Relating to „Lex Arbitri“ 1005

PETER SCHLOSSER

Schiedsgerichtsbarkeit, Schiedsgutachtenwesen und
Höchstpersönlichkeit der Entscheidungsbefugnis 1023

V. Rechtsphilosophie, Methodenlehre, Rechtsgeschichte

WINFRIED BRUGGER

Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht 1039

OTTO DEPENHEUER

Spracherziehung als Staatsaufgabe

– Zur Zulässigkeit vorschulischer obligatorischer Sprachförderung – 1051

WALTHER HADDING	
Recht und Realität – Franz Sommers unbeachteter rechtsphilosophischer Entwurf	1061
HANS-PETER HAFERKAMP	
„Methodenehrlichkeit“? – Die juristische Fiktion im Wandel der Zeiten	1077
HARALD HERRMANN	
Risikomanagement als Methode des Wirtschaftsrechts – Theoretische Grundfragen und Fallstudie zum Gesellschaftsrecht –	1091
ROBERT HEUSER	
Wu Jingxions Exposition thomistischer Rechtsphilosophie . . .	1113
ERIC HILGENDORF	
Irrwege des Biologismus – Ein Kapitel aus der Geschichte des Verhältnisses von Biologie und Recht –	1131
STEFAN HUSTER	
Das Gleichheitsrecht zwischen Verfassungsdogmatik und Rechtsphilosophie	1149
WERNER KRAWIETZ	
Interessen- und Wertungsjurisprudenz als Methode und Theorie des Rechts für das 21. Jahrhundert?	1163
KATJA LANGENBUCHER	
Vertrauensenttäuschung durch Rechtsprechungsänderungen im deutschen und im englischen Zivilrecht	1179
KLAUS LUIG	
Die Verbreitung des Naturrechts in Italien – ein Forschungsplan .	1199
JIAN MI	
From Comparative Law to Ius Commune	1215
HANS-MARTIN PAWLOWSKI	
Zur Willkürlichkeit von Richtersprüchen – Anmerkungen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungs- gerichts wegen „willkürlicher Begründungen“ und wegen Verletzung von „Treu und Glauben“ –	1227

JAN SCHAPP

Praxis der Vertragsgestaltung und juristische Methodenlehre . . . 1243

JAN SCHRÖDER

„Richterrecht“ und Rechtsbegriff im frühen 20. Jahrhundert . . . 1255

DON WALLACE, JR.

International Harmonization of Private Law: The Virtue of Law . 1271

DIETER WYDUCKEL

Der sächsische Kanzler Dr. Nikolaus Krell (1552–1601)

– Ein Jurist als Justizopfer? – Zugleich ein Beitrag zum

Verhältnis von Recht, Politik und Religion 1285

VI. Verzeichnis der Veröffentlichungen von Norbert Horn 1307

VII. Autorenverzeichnis 1333

Vorwort

Am 18. August 2006 feierte Norbert Horn seinen 70. Geburtstag. Aus diesem Anlass ehren wir ihn mit dieser Festschrift.

Norbert Horn ist ein Rechtswissenschaftler ersten Ranges. Er zeichnet sich durch die enorme Bandbreite seiner wissenschaftlichen Interessen und Aktivitäten ebenso aus wie durch seine Mittlerrolle zwischen rechtswissenschaftlicher Theorie und juristischer Praxis.

Nach seiner Assistentenzeit bei Helmut Coing am Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt a.M. begann Norbert Horn seine Laufbahn als Hochschullehrer im Jahre 1973 an der Universität Bielefeld. Während dieser Zeit gründete er das »Centre for International Trade and Investment Contracts« (CITIC), eine an seinen Lehrstuhl angegliederte Forschungsstelle, die eine umfangreiche Sammlung internationaler Musterverträge und Vertragsklauseln betreute. Von 1973 bis 1981 war Norbert Horn Direktor des in Bielefeld ansässigen Zentrums für Interdisziplinäre Forschung (ZIF). In dieser Funktion veranstaltete er am ZIF verschiedene Forschungsprojekte und Konferenzen zu Themen des internationalen Wirtschaftsrechts, wie Codes of Conduct und transnationales Vertragsrecht. Die Tagungsbände erschienen in der damals begründeten, noch heute fortgeführten und hoch angesehenen internationalen Schriftenreihe »Studies in Transnational Economic Law«. Zwischen 1982 und 1988 führte Norbert Horn, teils im Auftrag der Bundesregierung, teils der Vereinten Nationen, Seminare im internationalen Wirtschaftsrecht für Experten aus Entwicklungsländern (Manila, damals noch Peking, Shanghai, aber auch Nairobi, Djakarta und Singapur) durch.

Im Jahr 1989 wechselte Norbert Horn an die juristische Fakultät der Universität zu Köln und übernahm zugleich die Leitung des dortigen Instituts für Bankrecht. Im Jahre 1995 gründete Norbert Horn in Köln das Rechtszentrum für Europäische und Internationale Zusammenarbeit (RIZ), das er zusammen mit zwei Kölner Fakultätskollegen leitete. Zehn Jahre wurde dort in drei Abteilungen mit insgesamt 25 Mitarbeitern zu den unterschiedlichsten Themen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts geforscht und gelehrt, eine Vielzahl von Konferenzen abgehalten, u. a. zwei Konferenzen zum Bankrecht in Peking, und eine eigene Schriftenreihe begründet. Seit 2005 ist Norbert Horn Vorsitzender des Vorstandes des »Arbitration Documentation and Information Center« (ADIC) in Köln, einer Einrichtung, die an die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) angegliedert ist.

Die in dieser Festschrift veröffentlichten Beiträge spiegeln die außergewöhnliche Bandbreite des Wirkens und des Werks von Norbert Horn wider. Seine wissenschaftlichen Wurzeln liegen in der Rechtsgeschichte. In diesem Gebiet verfasste er seine Doktorarbeit im Jahre 1968. Schon die Habilitationsschrift aus dem Jahr 1972 widmete sich aber dem internationalen Finanzmarktrecht. Zugleich finden sich dort erste Spuren der Lehre von der modernen *Lex Mercatoria*, einem transnationalen Handelsrecht, über dessen Existenz heute noch weltweit lebhaft diskutiert und gestritten wird. Norbert Horn hat den Gedanken der Neuverhandlungspflicht in das deutsche Zivilrecht eingeführt. Seine Kommentierung des Bürgschaftsrechts im »Staudinger« wurde zur Standardkommentierung dieses Rechtsgebietes. Er ist Herausgeber und maßgeblicher Autor des Heymann Kommentars zum HGB und hat Teile des AGB-Rechts in dem von ihm mit herausgegebenen Standardkommentar erläutert. In seine Kölner Zeit fiel die deutsche Wiedervereinigung. Hierzu verfasste Norbert Horn »Das Zivil- und Wirtschaftsrecht im neuen Bundesgebiet«, ein umfassendes Handbuch, das in zwei Auflagen erschienen ist und erheblichen Einfluss auf die Entwicklung des Rechts der neuen Länder in den ersten Jahren nach der Wiedervereinigung hatte. Aber auch der Methodenlehre und Rechtsphilosophie gilt Norbert Horns großes wissenschaftliches Interesse. Zu diesem Thema verfasste er 1996 ein Lehrbuch, das seit dem Jahr 2004 in 3. Auflage vorliegt. Es ist in chinesischer und portugiesischer Übersetzung erschienen und kann zu den Standardwerken auf diesem Gebiet gezählt werden. Noch heute gibt Norbert Horn an der Kölner Fakultät Vorlesungen zum internationalen Wirtschaftsrecht und zur Rechtsphilosophie. Nebenbei war und ist Norbert Horn regelmäßig als Gutachter sowie als nationaler und internationaler Schiedsrichter tätig.

Die Festschrift ehrt aber auch den Menschen Norbert Horn. Die vielen Mitarbeiter, die seit Beginn seiner Laufbahn an seinen Lehrstühlen in Bielefeld und Köln arbeiteten, haben ihn stets als ruhigen und bedachten, aber auch humorvollen Menschen kennen gelernt. Für sie hatte er immer ein offenes Ohr; auf seinen Ratschlag und gesunden Menschenverstand, nicht nur in juristischen Fragen, konnte man sich immer verlassen. Norbert Horns Limericks sind legendär, ebenso seine Tanzbegeisterung. Die Kölner Fakultät verdankt ihm sogar eine eigene Hymne, das »Bensberger Juraprofessorenlied«, das er aus Anlass seiner Emeritierung im Jahre 2001 dichtete. Seine Mitarbeiter aus der Kölner Zeit erinnern sich gern an gemeinsame Urlaubstage mit dem Skiläufer Norbert Horn in St. Moritz. Gerne versammeln sich seine Schüler, die er durch seinen legendären »Horn Letter«, ehemals »*epistula cornae*«, auf dem Laufenden hält, bei ihm zum gelegentlichen Wiedersehen.

Aber erst durch seine Frau Goldi und seine Kinder Eva, Susanne und Christian vervollständigt sich das Bild. Norbert Horn ist auch Familien-

mensch und tritt schon mal als Nikolaus vor seinen Enkeln auf. Schülern und Freunden steht die von Norbert und Goldi Horn gelebte glückliche Familie als leuchtendes Vorbild vor Augen.

Bedanken möchten wir uns bei allen, die diese Festschrift möglich gemacht haben, Autoren ebenso wie Sponsoren, dem de Gruyter Verlag und den Mitarbeitern des Instituts für Bankrecht an der Universität zu Köln, die mit großem Einsatz die Fertigstellung der Festschrift betreut haben.

Dem Rechtswissenschaftler Norbert Horn wünschen wir, dass er noch viele Jahre Rechtswissenschaft und Praxis durch seinen Sachverstand und seine Erfahrung bereichert, dem Ehemann und Familienvater noch viel Zeit mit seiner Frau, seinen Kindern und seinen Enkeln.

Klaus Peter Berger

Georg Borges

Harald Herrmann

Andreas Schlüter

Ulrich Wackerbarth

I. Zivilrecht

Die Einbeziehung von AGB in internationale Kaufverträge

KLAUS PETER BERGER

I. Einleitung

Aus der großen Bandbreite des akademischen Werkes von Norbert Horn ragen neben dem Bank- und Kapitalmarktrecht zwei Bereiche besonders heraus: das deutsche AGB-Recht und das internationale Vertrags- und Handelsrecht. Zwischen beiden besteht ein immanenter Konflikt. Die in der internationalen Vertragspraxis verwendeten, häufig sehr umfangreichen Klauselwerke haben den Zweck, einen eigenständigen vertraglichen Regelungsrahmen zu bilden. Dadurch soll der Vertrag so weit wie möglich von den Einflüssen, Besonderheiten und Unwägbarkeiten nationalen Rechts gelöst werden. Dieser Zweck wird durch das deutsche AGB-Recht häufig konterkariert. Man denke nur an die Rechtsprechung des BGH zur indiziellen Wirkung der Klauselverbote der §§ 308 ff. BGB¹ im unternehmerischen Geschäftsverkehr.² Aus der Sicht der internationalen Vertragspraxis erweist sich das deutsche AGB-Recht schon seit Langem als „Störenfried“ unternehmerischer Vertragsgestaltung. Zuweilen werden die §§ 305 ff. BGB und ihre Auslegung durch die deutsche Rechtsprechung daher von der Praxis als Grund für eine Flucht aus dem deutschen Recht angeführt.³ Der folgende Beitrag befasst sich mit einem Ausschnitt aus dieser Problematik: der Einbeziehung von AGB in internationale Kaufverträge, die dem UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)⁴ unterliegen.

¹ Paragraphen ohne Gesetzesangaben sind solche des BGB.

² Kritisch dazu im internationalen Geschäftsverkehr *Wolf/Horn/Lindacher* AGBG, 4. Aufl. 1999, § 2 Anh. Rn. 58 ff.; *Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt* AGBG, 9. Aufl. 2001, Anh. § 2 Rn. 37.

³ Vgl. die Anmerkung von *Hobeck* zum ICC Schiedsspruch Nr. 10279, *SchiedsVZ* 2005, 112.

⁴ Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf v. 11. April 1980, *BGBI.* 1989 II, S. 588.

II. Das Leitmotiv: Die erhöhte Selbstverantwortung des Unternehmers

1. Vertragsrecht

Das Leitmotiv für die Beurteilung von AGB-rechtlichen Fragestellungen im b2b-Kontext muss die erhöhte Selbstverantwortung des Unternehmers sein. Dieser Gedanke ist im Recht selbst angelegt. Gerade aus diesem Grund wird dafür plädiert, die unterschiedliche Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern und Unternehmern als inhärenten Bestandteil der „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 anzusehen.⁵

a. Deutsches Vertragsrecht

So ist das deutsche Handelsrecht vom Verzicht auf einzelne Schutzgedanken des allgemeinen Privatrechts gekennzeichnet.⁶ Der Gesetzgeber geht generell von einer erhöhten Selbstverantwortung des Unternehmers für seine geschäftlichen Angelegenheiten aus. Unternehmern⁷ wird, selbst bei Vorliegen von Ungleichgewichtslagen, grundsätzlich die Fähigkeit zur privatautonom Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse unterstellt.⁸ Im Handelsgesetzbuch spiegelt sich dieser Grundsatz in der Geltung von Handelsbräuchen (§ 346 HGB) ebenso wieder wie in der Aufstellung eines besonderen, nur für Kaufleute geltenden Haftungsmaßstabs in § 347 HGB und in den §§ 348, 350, 377 HGB. Auch die Rechtsprechung geht in anderen Bereichen ohne weiteres von dieser erhöhten Selbstverantwortung des Kaufmanns aus. So erklärte der BGH im Jahre 1993, ein Kaufmann, der in einer bestimmten Branche Handel treibt, sei an eine branchentypische Schiedsvereinbarung gebunden, auch wenn er keine Schiedsvereinbarung abgeschlossen habe.⁹

b. Internationales Vertragsrecht

Im internationalen Vertragsrecht ist der Gedanke als „Vermutung der professionellen Kompetenz“ (*„presumption of professional competence“*) international tätiger Kaufleute und ihre daraus abgeleitete höhere Verantwortung für die Gestaltung ihrer rechtlichen Beziehungen seit Langem etabliert. Er

⁵ Wolf ZHR 153 (1989), 300, 312.

⁶ Vgl. K. Schmidt Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 1.IV.2.b.

⁷ Damit sind nicht die früheren Minderkaufleute oder Kleinstgewerbetreibenden gemeint. Bei ihnen kann durchaus eine dem Verbraucher vergleichbare Interessenlage vorliegen.

⁸ Pfeiffer in: Pfeiffer (Hrsg.) Handbuch der Handelsgeschäfte, 1999, § 1, Rn. 8.

⁹ BGH NJW 1993, 1798 mit Anm. Kappus LM H. 7/1993, § 1027 ZPO, Nr. 18; dieser Ansatz ist mit § 1031 ZPO in seiner heutigen Fassung nicht mehr zu vereinbaren.

wurde in einer Fülle von internationalen Schiedssprüchen entwickelt.¹⁰ Darüber hinaus stellt dieser Grundsatz heute ein Prinzip des transnationalen Wirtschaftsrechts dar.¹¹ Seine wesentliche Funktion liegt darin, als Maßstab für die Risikoverteilung im Vertrag zu dienen.¹² Aufgrund dieser Vermutung obliegt es etwa grundsätzlich den Parteien, für den Fall der Änderung der wirtschaftlichen oder technischen Rahmenbedingungen unterhalb der Schwelle von höherer Gewalt („*force majeure*“) und wirtschaftlicher Unmöglichkeit („*hardship*“) bereits bei Vertragsschluss durch Vereinbarung von Neuverhandlungsklauseln Vorsorge zu treffen.¹³

2. AGB-Recht

a. Inländischer Geschäftsverkehr

Auch im Zusammenhang mit der Einbeziehung und Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird im deutschen Recht von einer geringeren Schutzbedürftigkeit des kaufmännischen AGB-Kunden ausgegangen. Dieser Gedanke ist Ausdruck einer größeren Geschäftsgewandtheit und -erfahrung von Unternehmern im Vergleich zu Endverbrauchern.¹⁴ Dem liegen die Annahmen zugrunde, dass der Unternehmer wegen der größeren Vielzahl der Geschäftsvorfälle besser in der Lage ist, sich gegen die nachteiligen Wirkungen einer Klausel abzusichern und die durch einzelne Klauseln eingeräumten Rechte einerseits und dadurch begründeten unbilligen Benachteiligungen andererseits besser erkennen kann.¹⁵ Diese unterschiedliche gesetzliche Bewertung der Verantwortlichkeiten von Unternehmern und Verbrauchern kommt in § 310 Abs. 1 zum Ausdruck. Er erklärt zum einen die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 sowie die Klauselkataloge der §§ 308 f. für nicht anwendbar, wenn AGB gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Zum anderen verlangt § 310 Abs. 1, dass auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche

¹⁰ Vgl. nur ICC Schiedsspruch Nr. 1990, Clunet 1974, 897; Nr. 1512, Clunet 1974, 905; Nr. 2291, Clunet 1976, 989; Nr. 2438, Clunet 1976, 969 mit Anm. Derains aaO, 971; Nr. 3130, Clunet 1981, 932; Nr. 3380, Clunet 1981, 927; Nr. 5364, Clunet 1991, 1059; allg. Berger Formalisierte oder schleichende Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, 1996, S. 236.

¹¹ Vgl. Prinzip I.9 der CENTRAL Transnational Law Database unter www.tldb.de; vgl. zum Konzept der „schleichenden Kodifizierung“ als methodische Basis der Datenbank Berger aaO. S. 194 ff.; zum Aufbau und zur Funktionalität der Tldb Berger RIW 2002, 256 ff.

¹² Berger RIW 2000, 1, 9.

¹³ Carbonneau Col.J.Transn'l.L. 1985, 589, 593: „Given the parties' [presumed] professional sophistication as international merchants, ICC arbitrators interpret party silence about possible future contingencies as a conscious decision to assume the risk of such eventualities“; Berger Vanderbilt J.Transn'l.L. 2003, 1347, 1353.

¹⁴ Pfeiffer in: Pfeiffer (Hrsg.) (Fn. 8) 1999, § 9, Rn. 2.

¹⁵ Pfeiffer aaO, Rn. 3.

angemessen Rücksicht zu nehmen ist. Dies gilt in besonderem Maße für die Berücksichtigung der Besonderheiten des internationalen Handels.¹⁶ Die in § 310 Abs. 1 enthaltene gesetzliche Anordnung der Nichtanwendung der Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 macht deutlich, dass für den Gesetzgeber die Besonderheiten des kaufmännischen Geschäftsverkehrs nicht nur bei der Frage nach dem „wie“, sondern schon bei der Frage nach dem „ob“ der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle eine Rolle spielte.

b. Internationaler Geschäftsverkehr

Dieser Gedanke gilt auch für den internationalen Geschäftsverkehr. So soll nach zutreffender Ansicht das internationale Moment eines b2b-Geschäfts bereits nach deutschem AGB-Recht starke Beachtung finden und zu einer verminderten Schutzwürdigkeit des international tätigen Unternehmers führen:

„Der Gedanke der gestuften Schutzbedürftigkeit ... ist auch für den internationalen Handelsverkehr fruchtbar zu machen: innerhalb der Kaufmannschaft benötigt und verdient der am internationalen Geschäftsverkehr Teilnehmende tendenziell weniger Schutz als der sich auf reine Inlandsgeschäfte Beschränkende.“¹⁷

Aber auch außerhalb des deutschen Rechts muss sich angesichts der Tatsache, dass die Verwendung von Musterverträgen und AGB heute zur üblichen Praxis des internationalen Handelsverkehrs gehört,¹⁸ der Gedanke der erhöhten Verantwortlichkeit des Unternehmers auch auf diesem Gebiet auswirken.

III. Die Einbeziehung von AGB

1. Nationaler Geschäftsverkehr

Bekanntlich ist auch bei b2b-Verträgen eine ausdrückliche oder stillschweigende Willensübereinstimmung der Vertragspartner über die Geltung der AGB erforderlich. Der Verwender muss zum Ausdruck bringen, dass neben dem individualvertraglich vereinbarten „Vertragskern“ auch bestimmte, klar und unzweideutig bezeichnete AGB Vertragsinhalt werden

¹⁶ *Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt* (Fn. 2) Rn. 37.

¹⁷ *Wolff/Horn/Lindacher* (Fn. 2) Rn. 60; vgl. auch *Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt* (Fn. 2) Rn. 37.

¹⁸ Vgl. nur *Day/Griffin* *The Law of International Trade*, 1993, S. 4f.; ICC (Hrsg.) *Guide to Export-Import Basics*, 2. Aufl. 2003, S. 54 ff.

sollen. Der andere Teil muss hiermit einverstanden sein bzw. der Geltung der AGB nicht widersprechen, etwa durch Verweis auf eine eigene Abwehrklausel.¹⁹ Bei einem Vertrag zwischen zwei deutschen Unternehmern verlangt die Rechtsprechung hierfür im Gegensatz zu Verbraucherverträgen nicht, dass die AGB dem zum Vertragsschluss führenden Schreiben des Verwenders beigelegt werden, solange klar und eindeutig auf sie hingewiesen wird und der Vertragspartner des Verwenders, etwa durch den Hinweis, dass die AGB auf Wunsch übersandt werden, in der Lage ist, sich über die AGB ohne weiteres Kenntnis zu verschaffen.²⁰ Insoweit verkehrt also die Rechtsprechung des BGH im Hinblick auf die eingangs erörterte erhöhte Verantwortung des Unternehmers die im b2c-Kontext bestehende Verteilung der Verantwortung in ihr Gegenteil: Sind die dargestellten Voraussetzungen gegeben, muss nicht der Verwender die AGB übersenden, sondern der kaufmännische Geschäftspartner des Verwenders die Übersendung verlangen, wenn er sich Kenntnis vom Inhalt der AGB verschaffen will.

2. Internationaler Geschäftsverkehr

Im Hinblick auf das oben²¹ dargestellte, für nationale und internationale b2b-Geschäfte gleichermaßen geltende Leitmotiv müssten diese Überlegungen auch oder sogar erst recht für den grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr Relevanz haben. Tatsächlich hat aber der BGH in einer Leitentscheidung aus dem Jahre 2001²² anders entschieden. Durch diese Entscheidung hat das Gericht nicht nur für eine unterschiedliche Behandlung von nationalem und internationalem Geschäftsverkehr gesorgt. Vielmehr wurde die Anforderung für den internationalen b2b-Verkehr gegenüber dem nationalen Handelsverkehr deutlich verschärft.

In dem vom BGH entschiedenen Fall ging es um die Lieferung einer gebrauchten Fräsmaschine von Deutschland nach Spanien. Der Kaufvertrag unterlag dem CISG. Die AGB des deutschen Verkäufers enthielten eine Klausel, wonach gebrauchte Maschinen „ohne jegliche Gewähr für anhaftende Mängel“ verkauft werden. Die AGB waren der Auftragsbestätigung des deutschen Verkäufers nicht beigelegt. Die Auftragsbestätigung enthielt aber den Hinweis, dass der deutsche Verkäufer den Vertrag „unter Zugrundelegung“ seiner Verkaufs- und Lieferbedingungen abschließen wollte.

Der BGH geht in seiner Entscheidung zunächst zutreffend davon aus, dass die Frage der Einbeziehung von AGB nicht unter Rückgriff auf das nach dem IPR des Forums anwendbare Recht, sondern autonom, nach den

¹⁹ BGHZ 102, 304; 117, 194; BGH NJW-RR 2001, 484; v. *Westphalen* NJW 2002, 1689.

²⁰ BGH NJW 1976, 1886; BGHZ 117, 190, 198; BGH NJW 2002, 372.

²¹ Vgl. oben II.

²² BGH NJW 2002, 370.

Vertragsabschlussvorschriften des CISG (Artt. 14, 18) zu beurteilen ist.²³ Da diese keine speziellen Regeln zu dieser Frage enthalten, ist, so der BGH zutreffend, auf die allgemeinen Vertragsabschlussvorschriften und insbesondere auf die Auslegungsvorschrift des Art. 8 CISG zurückzugreifen. Ohne Anhaltspunkte in den Vertragsverhandlungen oder den Gepflogenheiten und Handelsbräuchen sei nach Art. 8 Abs. 2 CISG darauf abzustellen, wie „eine vernünftige Person der gleichen Art wie die andere Partei [d.h. die Verwendergegenseite]“ das Angebot des Verwenders aufgefasst hätte. Um der Verwendergegenseite die Möglichkeit zu geben, von den AGB in zumutbarer Weise Kenntnis zu erlangen, sei aber nicht nur erforderlich, dass für diese der Wille des Verwenders der AGB erkennbar ist, er wolle seine Bedingungen in den Vertrag einbeziehen. Zusätzlich sei vielmehr „im Einheitskaufrecht vom Verwender von AGB zu fordern, dass er dem Erklärungsgegner deren Text übersendet oder anderweitig zugänglich macht.“²⁴

Der BGH statuiert also eine pauschale Übersendungsobliegenheit des AGB-Verwenders. Er befindet sich damit im Einklang mit der überwiegenden Meinung in der Literatur.²⁵ Damit verlangt der BGH von einem international tätigen Unternehmer etwas, von dem er den inländischen gerade freistellt, nämlich die Übersendung bzw. das Zugänglichmachen der AGB. Einen ähnlichen Ansatz bei der Auslegung des CISG haben auch der Österreichische Oberste Gerichtshof²⁶ und der niederländische Hof's-Hertogenbosch²⁷ verfolgt. Dagegen hat das Tribunal Commercial von Nivelles in Belgien den bloßen Hinweis auf die AGB für die Einbeziehung in einen dem CISG unterliegenden Vertrag als ausreichend erachtet.²⁸

²³ Stadler Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Handel, 2003, S. 55; Schlechtriem/Schwenzer-Slechtriem Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht (CISG), 2. Aufl. 2004, Art. 14 Rn. 16.

²⁴ BGH aaO. (Fn. 22) 371.

²⁵ MünchKommBGB-H.P. Westermann 4. Aufl. 2004, Art. 4 CISG Rn. 5; MünchKommHGB/Ferrari 2004, Art. 14 CISG, Rn. 39; Staudinger-Magnus Art. 14 CISG, Rn. 41; Stoffels AGB-Recht, 2003, Rn. 253; Piltz NJW 1996, 2768, 2770f.; ders. IHR 2004, 133, 134; Teklote Die Einheitlichen Kaufgesetze und das deutsche AGB-Gesetz, 1994, S. 112ff.; Ventsch/Kluth IHR 2003, 61, 62; Janssen IHR 2004, 195, 200; für eine „gemäßigte Textverschaffungsobliegenheit“ Wolf/Horn/Lindacher (Fn. 2) Rn. 77.

²⁶ Vgl. die Entscheidung des Österreichischen Obersten Gerichtshofes RdW 1996, 203.

²⁷ Hof's-Hertogenbosch, Urteil v. 23. 10. 2002, Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR) 2003, Nr. 192, dazu Janssen (Fn. 25), 194ff.

²⁸ Tribunal Commercial de Nivelles, Urteil v. 19. 9. 1995, R.G. 1707/93, UNILEX D.1995, 24.2.

IV. Die Argumentation des BGH

Der BGH stützt diese verschärften Anforderungen an die Einbeziehung von AGB im internationalen b2b-Kontext im Wesentlichen auf vier Erwägungen. Sie können weder einzeln betrachtet, noch in ihrer Gesamtschau überzeugen.

1. „Erhebliche Unterschiede“ zwischen den verwendeten „Nationalen Klauselwerken“

Zunächst hebt der BGH hervor, dass der Vertragspartner des Verwenders häufig nicht absehen könne, mit welchem Klauselinhalt er sich im Einzelnen einverstanden erklärt. Dies beruhe auf den unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen und Gepflogenheiten und den daraus resultierenden „erheblichen Unterschieden zwischen den jeweiligen nationalen Klauselwerken.“²⁹ Diese Argumentation ist aus mehreren Gründen nur schwer nachvollziehbar.

Zum einen bestehen auch im nationalen Geschäftsverkehr „erhebliche Unterschiede“ zwischen den verwendeten AGB. Dies hat den BGH nicht gehindert, in ständiger Rechtsprechung in Inlandsfällen das Risiko der Kenntnisnahme von AGB der kaufmännischen Verwendergegensseite zuzuweisen. Die bloße Tatsache, dass im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr diese Unterschiedlichkeit auch durch die jeweilige nationale Rechtsordnung bestimmt wird, ändert an der Basis für diese Risikoverteilung an sich nichts. Für den grenzüberschreitend tätigen Unternehmer ist der Umgang mit diesen fremden Rechtsordnungen gerade essentielles Element seiner erhöhten kaufmännischen Verantwortlichkeit.

Zum anderen müssen sich die Unterschiede in den international verwendeten AGB nicht zwangsläufig aus der Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen ergeben. Dies folgt schon aus dem Zweck vieler AGB, die den Vertrag gerade aus den Zwängen des nationalen Rechts lösen wollen. Hieraus folgt auch, dass es häufig nicht, wie vom BGH pauschal vorausgesetzt, „nationale Klauselwerke“ sind, die im internationalen Handel Verwendung finden.³⁰ Vielmehr werden vielfach AGB verwendet, die von internationalen Verbänden oder gar „neutralen“, internationalen Organisationen formuliert wurden. Dies gilt etwa für die „Allgemeinen Lieferbedingungen für den Export von Anlagegütern“, die unter der Ägide der Europäischen Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen (ECE) bereits 1953 formuliert wurden³¹ und auch heute noch häufig der Lieferung von Industrieanlagen zugrunde

²⁹ BGH aaO. (Fn. 22) 371.

³⁰ Vgl. Karollus LM (Nr. 9) CISG Art. 14, S. 550.

³¹ Vgl. Ferid Die Allgemeinen Lieferbedingungen für den Export von Anlagegütern gemäß Empfehlung der ECE vom März 1953, 1954, S. 10 ff.

gelegt werden oder die „General Conditions for the Supply of Mechanical, Electrical and Electronic Products“ der europäischen Maschinenbau-Vereinigung ORGALIME³². Gleiches gilt auch für den von der Internationalen Handelskammer (ICC) entwickelten „ICC Model International Contract of Sale“³³. Die Verwendung derartiger, von neutralen „Autoritäten“ formulierter Bedingungswerke ist „gerade im internationalen Geschäftsverkehr eine verbreitete Erscheinung“.³⁴ Für die Entwicklung dieser AGB war von vornherein nicht die Anbindung an die Besonderheiten eines nationalen Rechts, sondern gerade umgekehrt das Bestreben zur Schaffung international akzeptabler und interessengerechter Vertragsbedingungen ausschlaggebend.

Auf „nationale Besonderheiten“ der im internationalen Geschäftsverkehr verwendeten Klauselwerke als Rechtfertigung für eine strenge Einbeziehungskontrolle von AGB abzustellen, wie dies der BGH in seiner Entscheidung von 2001 tut, erweist sich daher als verfehlt.

2. Strengere Einbeziehungskontrolle als Ersatz für fehlende Inhaltskontrolle

Im Zusammenhang mit der Unterschiedlichkeit „nationaler Klauselwerke“ zieht der BGH als weiteren Rechtfertigungsgrund für eine strengere Einbeziehungskontrolle die Erwägung heran, dass die materielle Inhaltskontrolle derartig unterschiedlicher Klauseln nach nationalem Recht „nicht überall gewährleistet“ ist.³⁵

Richtig an dieser Überlegung ist, dass sich auch bei Kaufverträgen, die dem CISG unterliegen, die Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln nach dem anwendbaren nationalen Recht richtet. Dies wird aus der auch vom BGH herangezogenen Vorschrift des Art. 4 S. 2 a) CISG gefolgert.³⁶ Danach betrifft das CISG nicht „die Gültigkeit des Vertrages oder einzelner Vertragsbestimmungen“. Richtig an der Erwägung des BGH ist auch, dass die Inhaltskontrolle von AGB in den verschiedenen Rechtsordnungen sehr unterschiedlich ausgestaltet ist. So liegt ein Hauptgrund für die vereinzelt anzutreffende Tendenz der Praxis zur Flucht in das schweizerische Recht gerade darin, dass im schweizerischen Recht mangels eines speziellen AGB-Gesetzes eine umfassende Inhaltskontrolle von AGB unterhalb der in Art. 20 des schweizerischen Obligationenrechts genannten Schwelle der Sittenwidrigkeit, Unmöglichkeit bzw. Widerrechtlichkeit bisher nicht stattfindet.³⁷

³² Text abrufbar unter www.orgalime.org.

³³ Vgl. dazu ICC (Hrsg.) Guide to Export-Import Basics (Fn. 18) S. 83 ff.

³⁴ *Wolff/Horn/Lindacher* (Fn. 2) Rn. 52.

³⁵ BGH aaO. (Fn. 22) 371.

³⁶ *Wolff/Horn/Lindacher* (Fn. 2) Rn. 75; *Ulmer/Brandner/Hensen / Schmidt* (Fn. 2) Rn. 12.

³⁷ Vgl. das schweizerische Bundesgericht BGE 112 II 455 f.; *Honsell/Vogt/Wiegand-Jacobs* Obligationenrecht I, 2. Aufl. 1996, Art. 19/20 Rn. 27.

Trotz dieser erheblichen Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen erweist sich der Hinweis des BGH auf die fehlende Gewährleistung der Inhaltskontrolle nach nationalem Recht als Rechtfertigung für eine strengere Einbeziehungskontrolle als sehr problematisch. Auch bei sonstigen Vertragswerken, die nicht dem CISG unterliegen, besteht diese Gefahr. Für Vertragsbedingungen, die nicht „nationale Klauselwerke“ darstellen, sondern von internationalen Organisationen formuliert wurden, kann sich die Kontrolle nach streng nationalen Maßstäben sogar als kontraproduktiv erweisen. Gerade aus diesem Grund wird für das deutsche Recht die zutreffende Ansicht vertreten, derartige Klauselwerke sollten in Anlehnung an die VOB-Rechtsprechung des BGH³⁸ als „fertig bereitliegende Vertragsordnung“ verstanden werden, bei der im Rahmen der Inhaltskontrolle einzelner Klauseln zu berücksichtigen ist, dass dem internationalen Handelsverkehr ein in sich geschlossenes und insgesamt ausgewogenes Regelwerk zur Verfügung gestellt werden soll.³⁹ Im Hinblick auf den Zweck derartiger Regelwerke, als „selbst gesetztes Recht der Wirtschaft“⁴⁰ einen eigenständigen Regelungsrahmen zu schaffen und den Vertrag von den Zwängen nationalen Rechts zu lösen⁴¹, erweist sich dieser Ansatz gerade in diesem Zusammenhang als besonders sinnvoll.

Schließlich verkennt der BGH aufgrund seiner rein national ausgerichteten Perspektive, dass der Vertragspartner des Verwenders bei einem Vertrag, der dem CISG unterliegt, auch ohne Rückgriff auf nationales Recht im Hinblick auf die Inhaltskontrolle von Vertragsbedingungen nicht schutzlos gestellt ist. Ohnehin sind selbst dann, wenn für die Inhaltskontrolle auf nationales Recht zurückgegriffen wird⁴², die Wertungsmaßstäbe für diese Inhaltskontrolle in erste Linie den Regelungen des CISG zu entnehmen.⁴³ So lässt sich aus dem in Art. 7 CISG verankerten und als allgemeines Prinzip des transnationalen Wirtschaftsvertragsrechts anzusehenden⁴⁴ Prinzip von Treu und Glauben und dem in Art. 8 Abs. 2 CISG angelegten Vernünftighkeitsmaßstab für die Auslegung von Willenserklärungen ein konventionsinternes Überraschungsverbot herleiten.⁴⁵ Ein solches ist auch in Art. 2.1.20 der UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts enthal-

³⁸ BGHZ 127, 281; 86, 141; *Prütting/Weinreich/Wegen-Berger* BGB, 2006, § 307 Rn. 5.

³⁹ *Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt* (Fn. 2) Rn. 37.

⁴⁰ Vgl. *Großmann-Doerth* JW 1929, 3447; *ders.* JW 1930, 3724; *Raiser* Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1937, S. 61.

⁴¹ Vgl. *Berger* in: *Berger* (Hrsg.) *The Practice of Transnational Law*, 2001, S. 1, 19.

⁴² Vgl. oben Fn. 36.

⁴³ *Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt* (Fn. 2) Rn. 12.

⁴⁴ Vgl. Prinzip I.1 der CENTRAL Transnational Law Database (Fn. 11).

⁴⁵ *Schlechtriem/Schwenzer-Schmidt-Kessel* (Fn. 23) Art. 8 Rn. 57; *Wolf/Horn/Lindacher* (Fn. 2), Rn. 77.

ten⁴⁶, deren Regeln ebenfalls auf den Grundprinzipien von Treu und Glauben, Fairness und Vernünftigkeit beruhen.⁴⁷ Art. 8 CISG kommt damit in gewissem Umfang die Funktion einer inhaltlichen Kontrolle von Vertragsbedingungen zu.⁴⁸ So ist auch das Prinzip des Vorrangs der Individualvereinbarung und die Auslegungsregel „*contra proferentem*“ im CISG und in den UNIDROIT Principles fest verankert.⁴⁹ Weitergehend lässt sich aus den Bestimmungen des CISG und aus den UNIDROIT Principles ein internationaler oder gar transnationaler Fairnessstandard herleiten, der auch bei der Inhaltskontrolle international verwendeter AGB im b2b-Kontext zur Auslegung der jeweils anwendbaren nationalen AGB-Vorschriften oder gar unabhängig vom anwendbaren nationalen Recht über den Gedanken von „good faith and fair dealing“ herangezogen werden kann. Tatsächlich ist schon lange vor Veröffentlichung der UNIDROIT Principles für das deutsche Recht der Gedanke eines „internationalen Gerechtigkeitsstandards“ im Sinne eines von einer durchschnittlichen Staatenmehrheit gemeinsam getragenen Grundbestandes von Rechtsgrundsätzen als Maßstab der Inhaltskontrolle internationaler AGB entwickelt worden.⁵⁰ Sinn dieses Ansatzes war es, nicht nur den Bedürfnissen nach einheitlichen Maßstäben im internationalen Handelsverkehr Rechnung zu tragen, sondern auch einen Anlass zu beseitigen, einer (d.h. der deutschen) Rechtsordnung nur wegen ihrer international als zu streng empfundenen Inhaltskontrolle durch Rechtswahl ausweichen zu müssen.⁵¹ In die gleiche Richtung geht das Plädoyer für die Anerkennung eines „genuin internationalen Interesses des grenzüberschreitenden Handels an im Kern vergleichbaren Geltungsschranken standardisierter Konditionen“.⁵²

Die Argumentation des BGH im Zusammenhang mit dem Ersatz der Inhaltskontrolle durch Einbeziehungskontrolle läuft also letztlich darauf hinaus, dass im Rahmen eines internationalen Vertragswerkes, auf das zudem noch internationales Einheitsrecht Anwendung findet, sich für die Frage der Inhaltskontrolle von AGB der hohe Schutzstandard des deutschen Rechts durch die Hintertür einer verschärften Einbeziehungskontrolle selbst dann

⁴⁶ UNIDROIT (Hrsg.) UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2004, S. 67 f.; vgl. dazu Bonell An International Restatement of Contract Law, 2. Aufl. 1997, S. 153 f.

⁴⁷ Vgl. den Kommentar Nr. 1 zu Art.1.7 der UNIDROIT Principles, aaO. S. 18: „... good faith and fair dealing may be considered to be one of the fundamental ideas underlying the Principles.“

⁴⁸ Schlechtriem/Schwenzer-Schmidt-Kessel (Fn. 23) Art. 8 Rn. 59.

⁴⁹ Vgl. zum CISG Schlechtriem/Schwenzer-Schmidt-Kessel (Fn. 23) Art. 8 Rn. 58, 59; zu den UNIDROIT Principles Art. 2.1.21 (Vorrang der Individualvereinbarung) und Art. 4.6 (Auslegung contra proferentem).

⁵⁰ Wolf (Fn. 5) 312 ff.

⁵¹ Wolf aaO, 313.

⁵² Wolf/Horn/Lindacher (Fn. 2) Rn. 61.

durchsetzt, wenn das an sich anwendbare nationale Recht diesen Schutzstandard nicht kennt. Letztlich bewegt sich der BGH damit auf der Ebene der von der schweizerischen Rechtsprechung mangels gesetzlicher Maßstäbe für die Inhaltskontrolle von AGB vorgenommenen „verdeckten Inhaltskontrolle“, d. h. der Prüfung der Einbeziehung von AGB mit Blick auf ihren Inhalt.⁵³

3. Unzumutbarkeit einer Erkundigung durch die Verwendergegensseite

Im Mittelpunkt der Entscheidung des BGH steht die im Vergleich zum nationalen b2b-Geschäft Umkehrung der Risikoverteilung im Hinblick auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme vom Inhalt der AGB. Im Gegensatz zum nationalen Geschäftsverkehr hält der BGH es im internationalen Geschäftsverkehr für unzumutbar,

„dem Vertragspartner [des Verwenders] eine Erkundigungsobliegenheit hinsichtlich der nicht übersandten Klauselwerke aufzuerlegen und ihm die Risiken und Nachteile nicht bekannter gegnerischer AGB zu überbürden.“⁵⁴

Die faktische Basis für diesen Rechtssatz sieht der BGH darin, dass der Vertragspartner eines internationalen Kaufvertrages zwar in vielen Fällen die Möglichkeit hat, Erkundigungen über den Inhalt der vom Gegner in Bezug genommenen AGB einzuholen, es hierdurch jedoch zu Verzögerungen beim Geschäftsabschluss kommen kann, woran beide Vertragsteile kein Interesse haben können. Es sei daher interessengerechter, wenn der Verwender seine AGB gleich beifüge. Wieso es allerdings Aufgabe des (AGB-)Rechts ist, im internationalen b2b-Geschäft auf dem Wege einer verschärften Einbeziehungskontrolle für eine Beschleunigung des Vertragsabschlusses zu sorgen, wieso für diese Beschleunigung der Verkäufer durch Übersendung und nicht der Käufer durch sekundenschnelle Nachfrage per Email oder EDI⁵⁵ sorgen muss und wieso dieses „Beschleunigungsargument“ nicht in gleichem Maße auch im nationalen Geschäftsverkehr gelten soll, bleibt im Dunkeln. Dies überrascht nicht. Zwar ist das Prinzip *„time is of the essence“* Bestandteil des transnationalen Wirtschaftsrechts.⁵⁶ Es kann aber nicht Aufgabe der Rechtsprechung sein, den Parteien vorzuschreiben, wie sie eine Verlangsamung oder Beschleunigung ihrer Geschäfte erreichen.

⁵³ Vgl. dazu *Honsell/Vogt/Wiegand-Jacobs* (Fn. 37) Rn. 27: „Je unbilliger die AGB sind, um so höher werden die Anforderungen an das Zustandekommen einer ‚Einigung‘ geschraubt“.

⁵⁴ BGH aaO. (Fn. 22) 372.

⁵⁵ Vgl. zum „Electronic Data Interchange“ (EDI) *Boss/Ritter Electronic Data Interchange Agreements*, 1993, S. 15 ff.

⁵⁶ Vgl. Prinzip IV.5.5 CENTRAL Transnational Law Database (Fn. 11).

Für die dogmatische Begründung seines Ansatzes stützt sich der BGH auf den in Art. 7 CISG niedergelegten Grundsatz von Treu und Glauben im internationalen Handel und auf eine „allgemeine Kooperations- und Informationspflicht der Parteien“, deren genaue Rechtsgrundlage das Gericht nicht nennt. Richtig ist, dass sowohl das Prinzip von Treu und Glauben⁵⁷ als auch die Informations- und Kooperationspflicht der Parteien⁵⁸ anerkannte Elemente des transnationalen Wirtschaftsvertragsrechts sind. Die Bezugnahme auf diese transnationalen Rechtsprinzipien wirkt aber wie ein Fremdkörper in der ansonsten stark auf das nationale Recht ausgerichteten Entscheidung. Vor allem aber verkennt der BGH die Funktion und Wirkungsweise dieser Prinzipien. Ihr Zweck ist es, eine *im Einzelfall* interessengerechte und mit den Maßstäben des internationalen Handels vereinbare Entscheidung zu finden. Die Ableitung eines *pauschalen* Rechtssatzes, der sich zudem noch in Widerspruch zum nationalen deutschen AGB-Recht setzt, erscheint vor diesem Hintergrund, auch im Hinblick auf die oben (unter II.) diskutierten Wertungen, als äußerst problematisch.

Dass die Risikoverteilung im Hinblick auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme anders als im nationalen b2b-Geschäft ausfällt, rechtfertigt der BGH zudem damit, dass im nationalen Geschäftsverkehr die verwendeten AGB-Klauseln innerhalb einer Branche vielfach ähnlich ausgestaltet und unter den beteiligten Handelskreisen regelmäßig bekannt sind. Diese Voraussetzung treffe im internationalen Geschäftsverkehr nicht in gleichem Maße zu. Dass dieser Gedanke vor allem bei international einheitlichen AGB nicht trägt, wurde bereits oben im Zusammenhang mit dem vom BGH hervorgehobenen Schutz der Verwendergegensseite vor „nationalen Besonderheiten“ diskutiert.⁵⁹ Entscheidend ist aber, dass das für die Risikoverteilung maßgebliche Kriterium aus dem Blick gerät. Ganz unabhängig vom Inhalt der jeweiligen AGB muss nämlich von international wie von national tätigen Kaufleuten erwartet werden, dass ihnen die (Branchen-)Üblichkeit der Verwendung von AGB bekannt ist. Gerade dieser Aspekt ist Ausfluss der gesteigerten Anforderungen an die Verantwortung des Kaufmanns. Der BGH selbst hat genau diese Wertung für die Frage der Einbeziehung von AGB in grenzüberschreitende Inter-Banken-Verträge vorgenommen. Ganz unabhängig vom Inhalt der AGB wurde deren Geltung für derartige Verträge *insoweit* angenommen, als „von ihnen [den ausländischen Banken] nach den Umständen erwartet werden kann, dass ihnen die Branchenüblichkeit der Einbeziehung von AGB bekannt ist.“⁶⁰

⁵⁷ Vgl. Prinzip I.1 CENTRAL Transnational Law Database (Fn. 11).

⁵⁸ Vgl. Prinzip IV.5.8 CENTRAL Transnational Law Database (Fn. 11).

⁵⁹ Vgl. oben I.

⁶⁰ BGH WM 2004, 1177, 1178; vgl. dazu Kröll EWIR § 24 AGBG, 1/05.

4. Notwendigkeit des Schutzes von Nicht-Kaufleuten

Als letztes Argument zur Rechtfertigung der im Vergleich zum nationalen b2b-Geschäft verschärften Anforderungen an die Einbeziehung von AGB im internationalen Geschäftsverkehr nennt der BGH das Bemühen, eine Schlechterstellung des nicht-unternehmerischen Vertragspartners im Vergleich zum nationalen Verbraucherschutzrecht bei Kaufverträgen, die dem CISG unterliegen, zu vermeiden.⁶¹ Diese Argumentation beruht auf der Tatsache, dass die Kaufmannseigenschaft der Vertragspartner für die Anwendbarkeit des CISG keine Rolle spielt. Verbrauchsgüterkäufe werden zwar nach Art. 2 a) CISG von der Anwendbarkeit des Übereinkommens ausgenommen. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn der Verkäufer die Absicht des Käufers, die erworbene Ware nur für den persönlichen Gebrauch zu erwerben, weder kannte noch kennen musste. Das Übereinkommen findet unter diesen Umständen auch auf Verbraucherverträge Anwendung.⁶²

Trotz dieser Gefahr der Überschneidung von nationalem Verbraucherschutzrecht und internationalem Kaufrecht ist die Argumentation des BGH aus mehreren Gründen nicht haltbar. Zum einen entlarvt sie eine generelle Tendenz der deutschen Rechtsprechung, die verbraucherschützenden Aspekte, die dem deutschen AGB-Recht spätestens seit der Umsetzung der EU-Klauselrichtlinie in § 310 innewohnen, direkt oder unterschwellig, auch im b2b-Geschäft wirken zu lassen. In beiden Bereichen sind jedoch für die Rechtsanwendung ganz unterschiedliche Schutzwürdigkeitserwägungen maßgeblich. Aus diesem Grund erweist sich auch der Weg des Hof's Heretogenbosch⁶³ als problematisch, die Notwendigkeit der Übersendung der AGB aus Art. 2:104 (2) der Principles of European Contract Law herzuleiten. Diese Vorschrift schließt es zwar aus, dass AGB durch die bloße Bezugnahme wirksam in einen Vertrag einbezogen werden können.⁶⁴ Die Principles sind jedoch als Blaupause für ein Europäisches Vertragsrecht gedacht. Sie erfassen also vor allem auch Verbraucherverträge. Der offizielle Kommentar zu Art. 2:104 (2) macht daher auch deutlich, dass eine solche Regel in einigen Ländern nur für Verbraucherverträge gilt.⁶⁵ Im Kontext des CISG geraten derartige Interpretationsansätze mit dem Gebot der autonomen Auslegung des Übereinkommens in Konflikt.⁶⁶

Die Problematik der unbesehenen Übertragung von Schutzzwecken, die im b2c-Bereich ihren Sinn haben, auf den unternehmerischen Geschäftsver-

⁶¹ BGH aaO. (Fn. 22) 372.

⁶² *Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari* (Fn. 23) Art. 2 Rn. 15.

⁶³ Vgl. oben Fn. 27.

⁶⁴ Vgl. dazu *Wilhelmsson* in: *Hartkamp/Hesselink/Hondius/Joustra/du Perron/Veldman* (Hrsg.) *Towards a European Civil Code*, 3. Aufl. 2004, S. 431, 437.

⁶⁵ Vgl. *Lando/Beale* (Hrsg.) *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, 2000, S. 151f.

⁶⁶ *Schmidt-Kessel* NJW 2002, 3445.

kehr zeigt sich bei der, ebenfalls im Rahmen der Einbeziehungskontrolle zu erörternden Frage, wann Vertragsbedingungen als „ausgehandelt“ i.S.v. § 305 Abs. 1 S. 3 gelten und damit einer AGB-Kontrolle entzogen sind. Der BGH überträgt hier in ständiger Rechtsprechung die für das b2c-Geschäft entwickelte strenge Formel, wonach der Verwender „den gesetzesfremden Kerngehalt seiner AGB ernsthaft zur Disposition stellen und dem anderen Teil Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen und zugleich die reale Möglichkeit verschaffen muss, den Inhalt der Vertragsbedingungen zu beeinflussen“, auf b2b-Verträge.⁶⁷ Mit der Lebenswirklichkeit des kaufmännischen Verhandelns ist dieser Ansatz schon im nationalen Geschäftsverkehr nicht zu vereinbaren.⁶⁸ Dies gilt erst recht im internationalen b2b-Geschäft. In der internationalen Schiedspraxis finden sich daher auch Schiedssprüche, die eine differenziertere Sichtweise einnehmen.⁶⁹ Statt einer pauschalen Übertragung der im b2c-Kontext durchaus sinnvollen engen Formel des Aushandelns bietet sich auch hier eine einzelfallbezogene Wertung an, bei der die enge Formel der Rechtsprechung immer, aber auch nur dann, Anwendung findet, wenn es zwischen den kaufmännischen Vertragspartnern ein dem b2c-Geschäft vergleichbares evidentes⁷⁰ Machtungleichgewicht gibt.⁷¹

V. Der interessengerechte Lösungsansatz

1. Das Grundproblem des Lösungsansatzes des BGH

Das Bemühen des BGH, im Interesse eines effektiven Verbraucherschutzes auch für b2b-Verträge, die dem CISG unterliegen, strenge Anforderungen an die Einbeziehung zu stellen, offenbart zugleich die Grundschwäche des Ansatzes des BGH, statt einer Einzelfallwürdigung eine starre und pauschale Regel aufzustellen. Diese Erkenntnis ist umso bedauerlicher und verwirrender, als der Ausgangspunkt der Argumentation des BGH gerade die Möglichkeit eröffnet hätte, Raum für einzelfallbezogene Entscheidungen zu

⁶⁷ BGHZ 153, 321; NJW 2005, 2543; 2004, 1454.

⁶⁸ Vgl. Berger NJW 2001, 2152, 2153; Wolf in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band I, Bürgerliches Recht, 2000, S. 111, 120 ff.; vgl. bereits Hensen NJW 1986, 1986, 1987; Rabe NJW 1987, 1978, 1980; Trappe in: Deutsche Gesellschaft für Transportrecht (Hrsg.) Transportrecht und Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1988, S. 117, 119 ff.

⁶⁹ Vgl. ICC Schiedsspruch Nr. 10279, SchiedsVZ 2005, 108, 111 f.

⁷⁰ Vgl. zu „evidenten“ Machtungleichgewichtslagen als Rechtfertigung der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle Wackerbarth AcP 200 (2000), 45, 56 ff.

⁷¹ Vgl. Berger ZGS 2004, 415, 420 f.; ders. in Abels/Lieb (Hrsg.) AGB und Vertragsgestaltung, 2005, S. 31, 42 ff.; Prütting/Weinreich/Wegen-Berger (Fn. 38), § 305 Rn. 14; vgl. auch oben Fn. 7.

schaffen. Genau besehen ist dieser Raum sogar im CISG angelegt. Der BGH hat diesen Raum nicht genutzt, weil das Gericht im Laufe seiner Argumentation seinen eigenen Obersatz aus den Augen verloren hat.⁷²

Art. 8 Abs. 2 CISG, der ja den Ausgangspunkt der Argumentation des BGH bildete⁷³, stellt für die Auslegung der Willenserklärung des AGB-Verwenders darauf ab, wie „eine vernünftige Person der gleichen Art wie ... [die Verwendergegensseite]“ diese Erklärung unter den gleichen Umständen, d. h. in der gleichen äußeren Situation, aufgefasst hätte. Art. 8 Abs. 3 CISG verlangt, dass dabei alle erheblichen Umstände zu berücksichtigen sind. Die dadurch legitimierte und am Einzelfall orientierte Wertung ist auch für die Frage der Einbeziehung von AGB maßgeblich.⁷⁴ In diesem Kontext kann und muss auch die Tatsache Berücksichtigung finden, ob es sich beim Vertragspartner des Verwenders um einen Verbraucher oder um einen diesem ausnahmsweise gleichzustellenden Unternehmer⁷⁵ handelt oder nicht. Der BGH hat mit dem Aufstellen einer pauschalen Versendungsobliegenheit des AGB-Verwenders die durch seinen eigenen Ansatz eröffnete Chance einer, auf einer autonomen Auslegung des CISG beruhenden, einzelfallbezogenen Differenzierung zwischen b2c- und b2b-Verträgen ungenutzt gelassen.

2. Erkundigungsobliegenheit der Verwendergegensseite und Zumutbarkeit der Nachfrage

Im Fall der Einbeziehung von AGB ist also eine pauschale Übersendungspflicht des Verwenders abzulehnen.⁷⁶ Vielmehr ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob von der Verwendergegensseite die Kenntnis der Tatsache, dass ihre Vertragspartei auf der Grundlage ihrer AGB abschließen will, erwartet werden kann.⁷⁷ Anlass hierüber nachzudenken hat die Verwendergegensseite in jedem Fall. Grundvoraussetzung für die wirksame Einbeziehung bleibt nämlich, dass für die Verwendergegensseite erkennbar ist, dass ihre Vertragspartei deren vorformulierten Vertragsbedingungen in den Vertrag einbeziehen will.⁷⁸ Der entsprechende Hinweis des Verwenders muss also so deutlich sein, dass eine vernünftige Partei i. S. v. Art. 8 Abs. 2 CISG ihn versteht.⁷⁹ Ist diese Voraussetzung erfüllt, liegt das Risiko der fehlenden Kenntnis-

⁷² Pötter/Hübner EWiR Art. 14 CISG, 1/02.

⁷³ Vgl. oben III.2 nach Fn. 23.

⁷⁴ Schlechtriem/Schwenzer-Schmidt-Kessel (Fn. 23) Art. 8 Rn. 53.

⁷⁵ Vgl. oben Fn. 7.

⁷⁶ Karollus (Fn. 30) S. 550; Pötter/Hübner (Fn. 72) aaO; Schmidt-Kessel (Fn. 66), S. 3445; Stadler (Fn. 23) S. 95; Holthausen RIW 1989, 513, 517.

⁷⁷ Für eine einzelfallorientierte Prüfung auch Karollus (Fn. 30) S. 549f.; Schmidt-Kessel (Fn. 66) 3445.

⁷⁸ Vgl. oben III.1.

⁷⁹ Schlechtriem/Schwenzer-Schmidt-Kessel (Fn. 23) Rn. 53.

nahme bei der Verwendergegenseite, es sei denn, von ihr konnte trotz dieses Hinweises im Einzelfall eine Kenntnisnahme vom Inhalt der AGB nicht erwartet werden. Letzteres kann etwa dann der Fall sein, wenn der Hinweis an versteckter Stelle steht oder die AGB zwar auf einer Homepage des Verwenders abrufbar sind, der Vertragspartner aber nicht über die technischen Möglichkeiten verfügt, sich Zugang zu dieser Homepage zu verschaffen. Wird der Vertrag nicht online abgeschlossen, genügt der Hinweis den genannten Anforderungen zudem nur, wenn das Angebot des Verwenders deutlich nicht nur auf die Geltung der AGB, sondern auch auf die Internet-Adresse, wo diese zum Download bereit stehen, hinweist.⁸⁰

Dieser Ansatz ermöglicht es, Zumutbarkeitserwägungen im Einzelfall anzustellen statt einem starren Rechtsatz folgen zu müssen. Die vom BGH angeführte allgemeine Informations- und Kooperationspflicht⁸¹ spielt auch hier eine wichtige Rolle. Sie dient allerdings nicht als Basis für eine pauschale Übersendungsobliegenheit des Verwenders. Vielmehr liefert sie einen Abwägungsmaßstab für die Frage, ob die Erkundigung dem Vertragspartner des Verwenders tatsächlich zumutbar war oder ob im Einzelfall besondere Gründe dafür sprechen, dass der Verwender von sich aus seine AGB zur Verfügung stellen musste.

Dieser Ansatz lenkt zugleich den Blick auf den eigentlichen Schwerpunkt der Einbeziehungsprüfung, die Frage, ob das Einbeziehungsangebot des Verwenders für den Vertragspartner verständlich ist. So wäre in dem vom BGH entschiedenen Fall zu fragen gewesen, in welcher Sprache der Hinweis auf die Einbeziehung der AGB des Verkäufers erfolgte und ob diese Sprache mit der Verhandlungssprache übereinstimmte, aus anderen Gründen vom spanischen Verkäufer hätte verstanden werden müssen (Heimatsprache) oder jedenfalls in Englisch als der *lingua franca* des internationalen Wirtschaftsverkehrs erfolgte. In diesen Fällen trägt die Verwendergegenseite das Sprachrisiko.⁸² In anderen Fällen sind die AGB dagegen schon mangels für den Empfänger erkennbaren Hinweises nicht Vertragsbestandteil geworden.⁸³ In vielen Fällen werden die AGB dagegen schon aufgrund eines in der betreffenden Branche geltenden Handelsbrauchs oder einer zwischen den Parteien entstandenen Gepflogenheit gelten. An beides sind die Parteien nach Art. 9 CISG gebunden, selbst wenn sie diesen Handelsbrauch nicht positiv kannten, sondern nur kennen mussten, vorausgesetzt, der betreffende Brauch ist im internationalen Handel den Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig weithin bekannt und wird von ihnen

⁸⁰ Brunner UN-Kaufrecht-CISG, 2004, Art. 4, Rn. 42.

⁸¹ Vgl. oben Fn. 57.

⁸² Vgl. nur OLG Koblenz, IPRax 1994, 46, 48; OLG Hamburg NJW 1980, 1232, 1233; Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt (Fn. 2) Rn. 17.

⁸³ Vgl. OLG Stuttgart, IPRax 1988, 293 f.

regelmäßig beachtet.⁸⁴ Auch dieser Grundsatz ist Ausdruck der gesteigerten Verantwortung des im internationalen Handelsverkehr tätigen Unternehmers.

3. Einzelfallgerechtigkeit statt pauschaler Rechtssatz

Statt einen pauschalen Rechtssatz aufzustellen, hätte der BGH also, ausgehend von dem für das nationale b2b-Geschäft entwickelten Rechtssatz⁸⁵, einem flexiblen Ansatz den Vorzug geben können, ohne damit Schutzlücken zu schaffen. Ein solcher Ansatz stünde auch im Einklang mit einer modernen, auf Aspekten von Treu und Glauben, Fairness und Vernünftigkeit fußenden Vertragsrechtstheorie:

„... the use of legal rules precisely fixed in advance is not helpful, since the regulated subject matter is neither absolute nor fixed. In this respect, general standards are preferable for reasons of flexibility and efficiency. Flexibility, when introduced through the use of legal standards, as opposed to principles, is more in accord with the requirement of planning in relational transactions. It is by no means an element of uncertainty, but is, in fact, a promoter of ultimate, though not always immediate, specificity.“⁸⁶

Auch die Väter der UNIDROIT Principles haben zu Recht die Notwendigkeit einer einzelfallgerechten Anwendung des grundlegenden Prinzips von „good faith and fair dealing“, auf denen letztlich auch die Regeln über die Einbeziehung und die Kontrolle von AGB beruhen, besonders betont:

„... good faith and fair dealing must be construed in the light of the special conditions of international trade. Standards of business practice may indeed vary considerably from one trade sector to another, and even within a given trade sector they may be more or less stringent depending on the socio-economic environment in which the enterprises operate, their size and technical skill, etc.“⁸⁷

Angesichts der Vielschichtigkeit der Rechtsprobleme des internationalen Wirtschaftsrechts, der Dynamik der Vertragspraxis und der Vielfalt der Bräuche und Usancen wäre es illusorisch anzunehmen, man könnte jede Fallkonstellation interessengerecht durch Aufstellung eines pauschalen Rechtssatzes erfassen. Vielmehr bedarf es dazu gerade im internationalen Wirtschaftsvertragsrecht stets der Konkretisierung allgemeiner Prinzipien und Regeln im jeweiligen Einzelfall.⁸⁸

⁸⁴ Stadler (Fn. 23) S. 93.

⁸⁵ Vgl. oben III.1.

⁸⁶ Nassar Sanctity of Contracts Revisited, 1995, S. 25.

⁸⁷ Kommentar Nr. 3 zu Art. 1.7 UNIDROIT Principles, UNIDROIT (Fn. 46), S. 20.

⁸⁸ Berger (Fn. 10) S. 96.

VI. Fazit

Die deutsche AGB-Rechtsprechung leidet an einem grundsätzlichen Dilemma. Durch die direkte oder unterschwellige Übertragung von im b2c-Kontext gerechtfertigten Schutzerwägungen in das b2b-Geschäft wird die im deutschen und internationalen Vertragsrecht angelegte Annahme der erhöhten Selbstverantwortung des Unternehmers immer mehr in den Hintergrund gedrängt. Die Wurzel für dieses Phänomen liegt letztlich in der Entstehungsgeschichte des AGB-Gesetzes. Während der Beratungen wurde das AGB-Gesetz im Hinblick auf die „rechtspolitische Frägwürdigkeit des Kaufmannsbegriffs“ und der „Schutzbedürftigkeit der Masse der Vollkaufleute“ von einem Verbraucherschutzgesetz zu einem allgemeinen Schutzgesetz erweitert.⁸⁹ Damit wurde die Basis dafür gelegt, dass heute auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr der Freiraum für privatautonome Gestaltungsfreiheit gefährdet wird, der im b2c-Verkehr schon längst durch regulatives Sonderrecht in immer bedenklicherer Weise zurückgedrängt wird.⁹⁰

Die Ausführungen haben auch gezeigt, dass einzelfallorientierte Betrachtungsweisen im Bereich des AGB-Rechts und selbst auf dem Gebiet des internationalen Einheitsrechts nicht gleichbedeutend mit der Schaffung von Schutzlücken sind. Die Besonderheiten und die Komplexität der grenzüberschreitenden Wirtschaft verlangt vielmehr nach einzelfallorientierter Rechtsanwendung. Entscheidungen wie die des BGH zur Einbeziehung von AGB in internationale Kaufverträge, die dem CISG unterliegen, erweisen sich daher nicht, wie der BGH in seiner Entscheidung hervorhebt, als „praxisnahe Rechtsanwendung“⁹¹. Im Zeitalter der Globalisierung der Weltmärkte und des Wettbewerbs der Rechtsordnungen gefährden sie vielmehr die internationale Konkurrenzfähigkeit des deutschen Rechts.

⁸⁹ Vgl. *Ulmer* in: Verhandlungen des Fünzigsten Deutschen Juristentages, 1974, S. H8, H21 ff.

⁹⁰ Vgl. dazu zu Recht kritisch *Dauner-Lieb* NJW 2004, 1432; vgl. auch *Kötz* JuS 2003, 209 ff.

⁹¹ BGH (Fn. 22) 372.

Strukturelemente des europäischen Bürgschaftsrechts

GEORG BORGES

I. Einführung

Die Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa wird eine neue Dimension erreichen, wenn es gelingt, den Text eines gemeinsamen Vertragsrechts zu verabschieden. Dieses Ziel, das durch die EU-Kommission und das Europäische Parlament mit Nachdruck vorangetrieben wird, soll nach aktuellem Planungsstand zunächst im so genannten Gemeinsamen Referenzrahmen (GRR) (Common Frame of Reference – CFR) verwirklicht werden, dessen Entwurf bis Ende 2007 vorliegen und der im Herbst 2009 durch die Kommission verabschiedet werden soll.¹

Für den Entwurf dieser Texte kann auf umfangreiche Vorarbeiten der Wissenschaft zurückgegriffen werden. So haben die *Study Group on a European Civil Code* mit den *Principles of European Contract Law*² und die *Accademia dei Giusprivatisti Europei* mit dem Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzesbuchs³ bereits Entwürfe für ein gemeinsames europäisches Recht im Bereich des allgemeinen Vertragsrechts vorgelegt; derzeit wird intensiv an der Regelung der einzelnen Schuldverhältnisse gearbeitet. Gegenstand der aktuellen Arbeiten ist auch das Recht der Personalsicherheiten, nicht zuletzt der Bürgschaft. Die *Study Group*⁴ hat bereits einen Text vorgelegt,⁵ der in diesem Jahr, wie schon die bisherigen Texte, mit einem commentary sowie national notes zu den Regeln der Mitgliedstaaten veröffentlicht werden soll.⁶

¹ Vgl. die Mitteilung „Europäisches Privatrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen“, KOM (2004) 651 endg., s. dazu auch *Schmidt-Kessel* GPR 2005, 2 ff.

² *Lando/Beale* (Hrsg.) *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, 2000; *Lando/Clive/Prüm/Zimmermann* (Hrsg.) *Principles of European Contract Law*, Part III, 2003.

³ *Gandolfi* (Hrsg.) *Code Européen des Contrats*, Avant-projet, 2001.

⁴ Das Recht der Personalsicherheiten wurde von einer Arbeitsgruppe unter der Leitung von Prof. Dr. *Ulrich Drobnig* bearbeitet; Informationen zu dieser Gruppe sind abrufbar unter www.sgecc.net.

⁵ Der Text ist abrufbar unter www.sgecc.net, Rubrik „Texts“, „Personal Securities“.

⁶ Die Materialien waren bei Abschluss des Manuskripts noch nicht zugänglich.

Norbert Horn hat das deutsche Bürgschaftsrecht durch seine herausragende Kommentierung in *Staudingers Kommentar zum BGB*⁷ und zahlreiche weitere Veröffentlichungen⁸ über viele Jahre wissenschaftlich begleitet und geprägt. Es liegt daher nahe, ihm Überlegungen zum europäischen Bürgschaftsrecht zu widmen, zumal die Erkenntnisse Horns vielfach auch für das europäische Recht Gültigkeit haben. Der nachfolgende Beitrag ist in vier Teile gegliedert: Auf eine kurze Darstellung des Entwurfs der *Study Group* zum Bürgschaftsrecht (II.) folgt ein Überblick über Strukturmerkmale der Bürgschaft in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen (III.). Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt auf dem Bürgenschutz in Europa (IV., V.).

II. Überblick über den Entwurf der Study Group

Der Entwurf der *Study Group*⁹ ist ein hoch ambitioniertes Regelwerk: Er umfasst alle Formen der Personalsicherheit und regelt ausdrücklich nicht nur die Bürgschaft, sondern auch Garantien, Stand-By Letters of Credit, die Mitverpflichtung zu Sicherungszwecken. Entsprechend unterscheidet der Entwurf zwischen der akzessorischen Sicherheit (*dependent personal security*), der Bürgschaft (*suretyship guarantee*) (Art. 101 (a)), und der nichtakzessorischen Sicherheit (*independent personal security*), der Garantie (*indemnity/independent guarantee*) (Art. 101 (b)).

Der Text ist in vier Teile gegliedert. Der erste Teil (*Common Rules*) enthält in zehn Artikeln Definitionen sowie allgemeine Bestimmungen, die für alle Sicherungsrechte gleichermaßen gelten, vor allem Regeln zur Mehrheit von Sicherungsgebern (Artt. 106–110). Der zweite Teil (*Suretyship Guarantees*), mit 13 Artikeln der umfangreichste, ist der Bürgschaft gewidmet. Der Entwurf definiert die Bürgschaft als eine vertragliche Verpflichtung, durch die sich der Sicherungsgeber zu einer Leistung verpflichtet, die eine Verbindlichkeit des Schuldners gegenüber dem Sicherungsnehmer sichert und von dieser Verbindlichkeit abhängig ist (Art. 101 (a)).

Art. 201 enthält eine Vermutung zugunsten einer akzessorischen Personalsicherheit. Die Akzessorietät der Bürgschaft ist in Art. 202 näher beschrieben. Art. 203 betrifft die Einwendungen des Bürgen gegenüber dem Gläubiger. Hier gilt als Grundsatz, dass der Bürge alle Einwendungen des Schuldners gegenüber dem Gläubiger geltend machen kann (Art. 203 (1)). Art. 204 regelt den Umfang der Bürgenverpflichtung. Gemäß Art. 205 ist die Bürgschaft, wenn nicht anders vereinbart, eine Solidarbürgschaft, der

⁷ Aus Horns Feder stammen die Bearbeitung der 12. Auflage, 1981 und der 13. Auflage, 1997; die Neubearbeitung wird voraussichtlich 2007 erscheinen.

⁸ Etwa das Buch *Bürgschaften und Garantien*, 8. Aufl. 2001, die Beiträge in Festschrift *Franz Merz*, 1992, 217 ff.; *DZWir* 1997, 265 ff.; *WM* 1997, 1081 ff., *ZIP* 2001, 93 ff.

⁹ Der Erörterung liegt die 23. Version vom 25. 10. 2005 zugrunde.

Gläubiger kann also wahlweise gegen den Hauptschuldner oder den Bürgen vorgehen. Für den Fall der subsidiären Bürgschaft bestimmt Art. 206, welche Maßnahmen der Gläubiger gegen den Hauptschuldner ergreifen muss, bevor er auf den Bürgen zugreifen kann. Art. 207 verpflichtet den Gläubiger, den Bürgen von Nichtleistung oder Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners unverzüglich zu informieren. Bei Verletzung dieser Pflicht haftet der Gläubiger dem Bürgen auf Schadensersatz.

Die Zeitbürgschaft ist in Art. 208, recht umfangreich, geregelt. Danach endet die Verpflichtung des Bürgen mit Ablauf der vereinbarten Zeit, sofern der Gläubiger nicht vorher Leistung verlangt hat. Ist die Bürgschaft nicht auf innerhalb eines bestimmten Zeitraums entstehende Verbindlichkeiten beschränkt, kann der Bürge gemäß Art. 209 seine Haftung durch Kündigung gegenüber dem Gläubiger auf den Umfang der Hauptschuld zum Zeitpunkt der Erklärung beschränken. Nach Art. 210 haftet der Gläubiger dem Bürgen, wenn dessen Regress beim Hauptschuldner oder einem Dritten aufgrund des Verhaltens des Gläubigers fehlschlägt.

Die Artt. 211–213 betreffen das Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner. Der Bürge kann von ihm in bestimmten Fällen nach Maßgabe des Art. 211 Befreiung von der Bürgschaft verlangen, insbesondere bei wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners. Vor Leistung an den Gläubiger muss der Bürge gemäß Art. 212 den Schuldner informieren. Nach Leistung an den Gläubiger kann der Bürge gemäß Art. 213 beim Schuldner Regress nehmen. Außerdem geht die Hauptforderung auf ihn über.

Der dritte Teil (*Independent Personal Securities*) enthält in insgesamt acht Artikeln die besonderen Regeln zu Garantien und anderen nichtakzessorischen Personalsicherheiten. Der vierte Teil, Artt. 401–408 (*Special Rules for Personal Securities of Consumers*), enthält spezifische Regeln für Verbraucherverträge über Personalsicherheiten. Diese Regeln gelten gemäß Art. 401, wenn der Sicherungsgeber Verbraucher ist, nicht aber, wenn der Gläubiger ebenfalls Verbraucher ist, oder wenn der Schuldner keine natürliche Person ist und der Sicherungsgeber „substantial influence“ auf den Schuldner ausüben kann. Damit werden Gesellschafter mit „substantial“ Einfluss – ein unklarer und daher problematischer Begriff – auf die Gesellschaft vom Bürgenschutz ausgenommen.

Von den Regeln des vierten Teils kann gemäß Art. 402 nicht zum Nachteil des Sicherungsgebers abgewichen werden. Den Kern des Verbraucherschutzes bilden die in Art. 403 geregelten vorvertraglichen Aufklärungspflichten, die ihr Vorbild im englischen Recht haben (dazu unten V.2.c). Nach Art. 404 sind die Regeln der Haustürgeschäftewiderrufsrichtlinie auch auf Sicherungsverträge anwendbar. Die Erklärung des Bürgen ist gemäß Art. 405 schriftlich (in writing) zu fassen und vom Bürgen zu unterzeichnen. Das Fehlen der Form führt zur Nichtigkeit des Vertrags. Art. 406 enthält weit-

gehende Einschränkungen hinsichtlich Art und Umfang der Sicherungsverpflichtung. Gemäß Art. 406 (a) wird ein als Globalsicherheit bezeichnetes Sicherungsrecht als Bürgschaft im Umfang der Hauptverbindlichkeit angesehen (dazu unten V.1.). Die Bürgschaft des Verbrauchers ist subsidiär, sofern nicht ausdrücklich anders vereinbart, Art. 406 (b). Eine auf ein unabhängiges Sicherungsrecht gerichtete Vereinbarung wird als Bürgschaft umgedeutet, Art. 406 (c). Gemäß Art. 407 muss der Gläubiger den Bürgen jährlich über den Umfang der gesicherten Schuld informieren. Art. 408 regelt ein Kündigungsrecht, mit dem der Bürge den Umfang der Haftung beschränken kann.

III. Die Struktur der Bürgschaft in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen

In Bezug auf die Struktur der Bürgschaft sind in hohem Maße Gemeinsamkeiten festzustellen. Die Bürgschaft ist in allen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bekannt und meist gesetzlich geregelt.¹⁰ Sie ist ein Rechtsgeschäft, durch das sich der Bürge gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger verpflichtet, für die Leistung eines Dritten, des Hauptschuldners, einzustehen.¹¹ Sie entsteht durch Vertrag zwischen Bürge und Bürgschaftsgläubiger ohne Beteiligung des Hauptschuldners. Dabei ist die Erklärung des Bürgen nach

¹⁰ *Dtschl.*: §§ 765 ff. BGB; *Österr.*: §§ 1346 ff. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB); *Griechenl.*: Artt. 847 ff. griech. ZGB; *Frankr.*: Artt. 2011 ff. code civil (franz. c.c.); *Belgien*: Artt. 2011 ff. code civil (belg. c.c.); *Luxemb.*: Artt. 2011 ff. code civil (lux. c.c.); *Italien*: Artt. 1936 ff. codice civile (ital. c.c.); *Spanien*: Artt. 1822 ff. código civil (span. c.c.); *Portugal*: Artt. 627 ff. código civil (port. c.c.); *Niederl.*: Artt. 850 ff. Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW); *Slowenien*: Artt. 1012 ff. Obligacijski zakonik (Obligationengesetz); *Estland*: §§ 142 ff. Võlaõigusseadus (est. OA); *Lettland*: §§ 1691 Civil Likums (lett. ZGB); *Litauen*: Artt. 6.76 ff. Lietuvos Respublikos Civilinis Kodeksas (lit. ZGB); *Polen*: Artt. 876 ff. Kodeks Civilny (KC); *Schweden*: 10 Kap. 9-12 ff. Handelsbalk (schwed. HGB); *Finnland*: L takauksesta ja vierasvelkapauttauksesta 361/1999 (Bürgschaftsgesetz); *Tschechien*: §§ 546 ff. Občianský Zákoník (tschech. BGB); *Slowakei*: §§ 546 ff. Občianský Zákoník (slovak. BGB); *Ungarn*: §§ 272 ff. ung. ZGB; *Malta*: Artt. 1925 ff. civil code; bekannt, ohne gesetzl. Regelung z.B. in *England* (s. dazu *Staudinger/Horn* BGB, 13. Aufl. 1997, Vorbem. zu §§ 765 ff. Rn. 469 ff.); *Irland* (s. dazu *Hartley* Bürgschafts- und Garantierecht im Vereinigten Königreich und Irland, 1974); *Dänemark*: (siehe dazu *Dübeck* Einführung in das dänische Recht, 1996, S. 211 f.).

Die Nachweise zu den einzelnen Rechtsordnungen würden den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Daher sind die Nachweise in den nachfolgenden Fußnoten dieses Abschnitts auf eine Auswahl von Mitgliedstaaten beschränkt. Für umfassende Nachweise sei auf die National Notes im Entwurf der Study Group, *Drobnig* (Hrsg.) *Personal Security*, ersch. vorauss. Okt. 2006, verwiesen.

¹¹ § 765 BGB; Engl.: *Paget's Law of Banking*, 11. Aufl. 1996, S. 617 f. mwN.; *Andrews/Millett Law of Guarantees*, 4. Aufl. 2005, Rn. 1-001; Art. 2011 franz. c.c.; Art. 850 Abs. 1 NBW; Art. 876 § 1 KC.

fast allen Rechtsordnungen formbedürftig (dazu unten IV.1.). Die Bürgschaft kann auch mehrere, gar eine Vielzahl von Verbindlichkeiten abdecken, und sie kann nach wohl allen Rechtsordnungen auch für künftige Verbindlichkeiten eingegangen werden.¹² Damit besteht die Möglichkeit der Globalbürgschaft, die offenbar allen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bekannt ist.

Eines der entscheidenden Wesensmerkmale der Bürgschaft, ihre Akzessorietät gegenüber der Hauptschuld, ist den europäischen Rechtsordnungen gemeinsam.¹³ Daraus folgt, dass die Bürgschaftsverpflichtung nicht entsteht oder erlischt, wenn die Hauptschuld nicht wirksam entsteht oder erlischt. Der Umfang der Bürgschaftsverpflichtung richtet sich nach dem Umfang der Hauptschuld. Gemeinsam ist den Rechtsordnungen auch der ebenfalls aus der Akzessorietät abgeleitete Grundsatz, dass der Bürge auch Einwendungen des Hauptschuldners gegen die verbürgte Forderung erheben kann.¹⁴

Gemeinsamkeiten bestehen auch im Verhältnis der Bürgenverpflichtung gegenüber der Hauptschuld. Insoweit sind, auch dies weitgehend übereinstimmend in den verschiedenen Rechtsordnungen, verschiedene Arten der Bürgschaft zu unterscheiden. Dazu gehört zunächst der Typus der selbstschuldnerischen Bürgschaft oder Solidarbürgschaft. Charakteristikum dieser Form ist, dass der Bürge ohne nennenswerte Maßnahmen gegenüber dem Hauptschuldner in Anspruch genommen werden kann, meist reicht die Nichtleistung bei Fälligkeit aus. Der zweite Typus ist die subsidiäre Bürgschaft. Hier kann der Bürge erst nach erfolglosen Maßnahmen gegen den Hauptschuldner in Anspruch genommen werden. Erforderlich ist hier teilweise nur Verzug des Hauptschuldners, teilweise eine vorangegangene Klage gegen diesen. Der Gegenpol zur selbstschuldnerischen Bürgschaft ist die Ausfallbürgschaft. Hier kann der Bürge erst nach erfolgloser Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners in Anspruch genommen werden. Unterschiede bestehen in Bezug auf den gesetzlichen Regelfall. Während dies in einigen Staaten die subsidiäre Bürgschaft ist,¹⁵ steht bei an-

¹² § 765 Abs. 2 BGB; Engl.: *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 1–001; Art. 1130 franz. c.c. („Les choses futures peuvent être l’objet d’une obligation.“) s. dazu *Eusterhus* Die Akzessorietät im Bürgschaftsrecht. Eine Untersuchung zum deutschen und französischen Recht, 2002, S. 16; Art. 851 Abs. 2 NBW; Art. 878 KC.

¹³ §§ 767 Abs. 1, 768, 770 BGB; Engl.: *Paget’s* (Fn. 11) S. 618; Artt. 2012, 2013 Abs. 1 franz. c.c., s. a. *Hauschild* Der Schutz des Bürgen. Eine vergleichende Untersuchung zum französischen und deutschen Recht, 1997, S. 26; Art. 851 Abs. 1 NBW; Art. 879 § 1 KC, s. a. *Pyziol*, in *Horn/Pleyer* (Hrsg.) Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa, 1997, S. 109, 138 f.

¹⁴ § 768 BGB; Engl.: *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 11–005; Art. 2036 Abs. 1 franz. c.c.; Art. 852 Abs. 1 NBW; Art. 883 KC. Als Ausnahme gilt vor allem in den romanischen Rechtsordnungen, dass sich der Schuldner nicht auf einen Mangel der Geschäftsfähigkeit des Schuldners berufen kann; vgl. Artt. 2012 Abs. 2, 2036 Abs. 2 belg. c.c.; Artt. 2012 Abs. 2, 2036 Abs. 2 franz. c.c.; Artt. 2012 Abs. 2, 2036 Abs. 2 lux. c.c.; Artt. 1939, 1945 2. Halbs. ital. c.c.; s. auch Art. 877 KC.

¹⁵ Vgl. § 771 BGB; Art. 2021 franz. c.c.; Art. 1830 span. c.c.; § 1702 Abs. lett. ZGB.

deren die solidarische Bürgschaft im Vordergrund¹⁶ – so auch der Entwurf (Art. 205). Für die Praxis ist dieser Aspekt aber nicht von entscheidender Bedeutung, da diese Vorgabe durchgehend dispositiv ist.

Ein gemeinsames Strukturmerkmal ist auch der Übergang der Forderung des Gläubigers auf den Bürgen, wenn dieser den Bürgschaftsgläubiger befriedigt.¹⁷ Gemeinsamkeiten bestehen schließlich beim Erlöschen der Bürgschaft. Sie erlischt, wenn die Hauptschuld erlischt, oder der Bürge den Gläubiger befriedigt, bei der Zeitbürgschaft auch durch Zeitablauf, ebenso mit Entlassung des Bürgen durch den Gläubiger. Im Detail bestehen freilich Divergenzen.

Man kann daher als ein Zwischenergebnis feststellen, dass die Bürgschaft, was ihre Struktur angeht, in den mitgliedstaatlichen Gesetzen im Wesentlichen gleichartig geregelt ist. Schon *de lege lata* kann man daher in Bezug auf die Struktur der Bürgschaft von einem gemeinsamen europäischen Recht sprechen. Die Regelung der Bürgschaft im Entwurf der *Study Group* entspricht jedenfalls in den hier angesprochenen Strukturmerkmalen einer gemeinsamen Tradition der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.

IV. Der Bürgenschutz in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen

Der gesetzliche Schutz des Bürgen ist ein Dreh- und Angelpunkt des Bürgschaftsrechts, denn es kommt darauf an, das rechte Maß an Bürgenschutz zu finden. Dass der Bürge des Schutzes bedarf, ist in Europa unstreitig, Vorschriften zum Schutz des Bürgen finden sich in wohl allen europäischen Rechtsordnungen. Umgekehrt kann die Bürgschaft für den Kreditgeber durch ein überzogenes Maß an Bürgenschutz unattraktiv werden und Anreize zur Verlagerung auf andere Instrumente setzen.

Der Schutz des Bürgen ist in den Mitgliedstaaten regelmäßig nur zum Teil gesetzlich geregelt. Häufig beruht Bürgenschutz vor allem auf Richterrecht. In anderen Staaten hat der Gesetzgeber eingegriffen, freilich eher punktuell. Rechtlicher Bürgenschutz kann durch ganz unterschiedliche Instrumente bewirkt werden, und man kann schon trefflich darüber streiten, welche Regeln als Maßnahmen des Bürgenschutzes zu verstehen sind. Der europäische Vergleich zeigt hier eine große Vielfalt an Lösungen, die hier nur ansatzweise genannt werden können.

¹⁶ Engl.: *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 11-002; Art. 855 NBW; Art. 881 KC (gesamtschuldnerische Haftung), s. a. *Pyziol* (Fn. 13) S. 109, 139; § 1355 ABGB; Art. 1944 Abs. 1 ital. c.c. (gesamtschuldnerische Haftung).

¹⁷ § 774 BGB; Engl.: *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 11-017; Art. 2029 franz. c.c.; Art. 865 NBW.

1. Die Form der Bürgschaft

Die Formbedürftigkeit der Bürgschaft kann ein Instrument des Bürgenschutzes sein. Dies gilt vor allem in den Staaten, die für die Bürgschaft eine konstitutive Schriftform vorsehen.¹⁸ Hier wird mit der Schriftform nicht zuletzt ein Warnzweck zugunsten des Bürgen verfolgt.¹⁹ In den Staaten, die die Schriftform als Beweisform kennen, tritt dieser Schutzzweck oft weniger deutlich zutage. Dies gilt insbesondere für Länder des romanischen Rechtskreises, die eine dem Art. 1341 des französischen Code Civil nachgebildete allgemeine Beweisform kennen, für die Bürgschaft aber keine spezifische Form regeln.²⁰ Jedoch wird teilweise bei Bürgschaften von Verbrauchern das konstitutive Schriftformerfordernis eingesetzt.²¹ In England, Irland und Schottland wird die Schriftform ebenfalls als Instrument des Bürgenschutzes eingesetzt.²² Zwar handelt es sich bei der englischen Schriftform, dem sog. statute of frauds,²³ der Sache nach um eine dem Art. 1341 franz. c.c. verwandte Beweisform.²⁴ Jedoch wurde die Form in England weitgehend abgeschafft, für die Bürgschaft jedoch ausdrücklich beibehalten.²⁵ Noch deutlicher liegt es im schottischen Recht, das den traditionellen englischen statute of frauds abschaffte und eine konstitutive Schriftform einführte, die unter anderem für einseitige, unentgeltliche Verpflichtungen und damit häufig für Bürgschaften von Privatpersonen gilt.²⁶

Da die konstitutive Schriftform der Beweisform in Bezug auf die Warnfunktion zugunsten des Bürgen überlegen ist,²⁷ erscheint es sachgerecht, im

¹⁸ § 766 BGB; § 144 Abs. 2 est. OA; Art. 849 griech. ZGB; § 1346 Abs. 2 ABGB; Art. 876 § 2 KC i.V.m. Art. 73 § 1, 78 KC; Art. 6.79 lit. ZGB; § 1695 lett. ZGB; § 546 tschech. ZGB; § 546 slovak. ZGB; § 273 ung. ZGB.

¹⁹ So etwa bei § 766 BGB (BGHZ 132, 119, 122; siehe eingehend zur Warnfunktion der Schriftform *Borges* Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, 2003, S. 596 ff., speziell bei der Bürgschaft S. 620 f.); Art. 849 griech. ZGB (*Hamouzopoulos* Recht der Kreditsicherheiten in den europäischen Ländern, Teil VIII, Griechenland, 1999, S. 250); § 1346 Abs. 2 ABGB (öst. OGH ÖBA 1992/311, S. 83, 85).

²⁰ Art. 1341 franz. c.c.; Art. 1341 belg. c.c.; Art. 1341 lux. c.c.; Art. 2721 ital. c.c. (aber Schriftform für Bürgschaft gegenüber Bank nach Art. 117 TU, *Betti* La fideiussione e le garanzie personali del credito, 2000, S. 137, 312 ff.); ebenso Art. 859 Abs. 1 NBW (nur für Verbraucher).

²¹ So Art. L 313–7, 313–8 franz. code de la consommation.

²² Vgl. *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 3–002 mwN.

²³ Statute of Frauds 1677, sec. 4 (s. dazu *Cheshire* Fifoot and Furmston's Law of Contract, 14. Aufl. 2001, S. 221 ff.); Statute of Frauds (Ireland) 1695 (s. dazu *Hartley* (Fn. 10), S. 25).

²⁴ Vgl. MünchKommBGB/Sonnenberger Band 10, 4. Aufl. 2006, Einl. IPR, Rn. 519 mwN.

²⁵ Durch den Law Reform Act 1954; s. auch *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 3–002 mwN.

²⁶ S. 1 (2) (a) (ii) Requirements of Writing Act 1995; s. auch *Marshall* General Principles of Scots Law, 6. Aufl. 1995, Rn. 9–13 f.

²⁷ Dazu *Borges* (Fn. 19) S. 556 ff., 695.

gemeinsamen europäischen Vertragsrecht für die Bürgschaft eine konstitutive Schriftform vorzusehen. Zu Recht verlangt daher der Entwurf der *Study Group*, wenngleich nur für Verbraucherverträge, in seinem Art. 405 für die Bürgschaft die konstitutive Schriftform.

2. Aufklärungspflichten

Ein Element des Bürgenschutzes sind Aufklärungspflichten des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Bürgen. Das österreichische Recht beispielsweise hat entsprechende Pflichten gesetzlich geregelt,²⁸ in anderen Staaten hat die Rechtsprechung Aufklärungspflichten aus allgemeinen Grundsätzen hergeleitet. Dies gilt namentlich für das englische Recht. Hier gewährt die Rechtsprechung ein Anfechtungsrecht im Fall von *misrepresentation* und *undue influence*. *Misrepresentation* liegt vor bei falschen Angaben des Gläubigers über die Bürgschaft und die damit verbundenen Risiken. Wenn die falschen Angaben für die Bürgschaft kausal sind – Verschulden ist nicht erforderlich – kann der Bürge seine Erklärung anfechten.²⁹ Weitaus größere praktische Bedeutung hat die Anfechtung wegen *undue influence*. Im Grundsatz gilt, dass der Sicherungsgeber, der seine Erklärung wegen *undue influence* durch den Sicherungsnehmer oder einen Dritten, etwa den Hauptschuldner, abgegeben hat, diese anfechten kann.³⁰ Dieser Behelf hat vor allem bei Bürgschaften von Angehörigen und Arbeitnehmern Bedeutung erlangt (dazu unten V. 3.).

Nicht selten gelten für Bürgschaften von Verbrauchern spezielle gesetzliche Erfordernisse der Information und Aufklärung des Bürgen.³¹ Teilweise wird die Aufklärungspflicht durch formale Anforderungen, namentlich Unterzeichnung des Bürgschaftsformulars oder der Informationsschrift, flankiert.³²

3. Befreiung von der Bürgschaft

Zum Bürgenschutz im engeren Sinne gehört die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Bürge vom Schuldner oder vom Gläubiger Befreiung von der Bürgschaft verlangen kann. Gegen den Schuldner hat der Bürge regel-

²⁸ Nach § 25a des österr. KSchG sind im Fall der Bürgschaft eines Ehegatten Kreditinstitute zur Information des Ehegatten über wichtige Aspekte der Bürgschaft verpflichtet.

²⁹ Vgl. *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 5–006 ff. m. Nachw. zur engl. Rspr.

³⁰ *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 5–030.

³¹ So etwa ss. 107–109 des engl. Consumer Credit Act 1974; s. dazu *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 17–007; *Paget's* (Fn. 11) S. 633; ähnlich Art. L. 311–8 ff. franz. code de la consommation; s. dazu *Hauschild* (Fn. 13) S. 52 ff.

³² So etwa nach s. 105 des engl. Consumer Credit Act 1974; s. dazu *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 17–004; *Paget's* (Fn. 11) S. 633.

mäßig unter bestimmten Voraussetzungen, etwa bei Verschlechterung der Vermögensverhältnisse, einen Anspruch auf Sicherheitsleistung oder Befreiung von der Bürgschaft,³³ so auch Art. 211 des Entwurfs.

Wenn der Gläubiger andere Sicherheiten aufgibt, wird der Bürge insoweit frei.³⁴ Ein Recht zur Kündigung oder ein Anspruch auf Entlassung aus der Bürgschaft gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger wird aber nur in engen Ausnahmefällen gewährt. Einige Staaten stellen den für künftige Verbindlichkeiten haftenden Bürgen frei, wenn der Gläubiger trotz Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners weiteren Kredit gewährt, so etwa das italienische Recht³⁵. In Deutschland etwa nimmt die Rechtsprechung ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund an.³⁶ Als wichtigen Grund anerkennt die deutsche Rechtsprechung im Fall der Kontokorrentbürgschaft etwa eine wesentliche Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners³⁷ oder das Ausscheiden eines bürgenden Gesellschafters aus der Gesellschaft³⁸. Rechtsfolge der Kündigung ist die Beschränkung der Bürgschaft auf den Umfang der Hauptschuld zum Zeitpunkt der Kündigung.³⁹ Der Entwurf nimmt diese Schutzelemente in den Artt. 209 und 210 auf und geht darüber noch hinaus.

4. Materielle Schranken

Zum Kern des Bürgenschutzes gehört die materielle Wirksamkeitskontrolle von Bürgschaften. Hier werden unterschiedliche Instrumente herangezogen. Ein wichtiges Schutzinstrument ist die Begrenzung der Bürgenhaftung auf einen Höchstbetrag, der vor allem bei der Globalbürgschaft Bedeutung hat (s. unten V.1). Im Bereich der Nähebeziehungen haben etwa die deutsche und die österreichische Rechtsprechung seit Anfang der 90er Jahre unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit recht scharfe Einschränkungen etabliert. Hinzu treten oft gesetzliche Regeln (s. unten V.2.). Die deutsche Rechtsprechung hat in jüngster Zeit die AGB-Kontrolle von Bürgschaften zu einem scharfen Instrument des Bürgenschutzes entwickelt

³³ Vgl. z. B. § 775 Nr. 1 BGB; § 148 Nr. 2 est. O.A.; § 1706 (2) lett. ZGB; Ch. 16 Art. 1948 malt. c.c.; § 1365 ABGB; Art. 648 b) port. c.c. Enger (bei Zahlungsunfähigkeit) z. B. Art. 2032 Nr. 2 belg. c.c., Art. 2032 Nr. 2 franz. c.c.; Art. 2032 Nr. 2 lux. c.c.; Art. 1953 Nr. 2 ital. c.c.

³⁴ Vgl. z. B. § 776 BGB; Art. 2037 franz. c.c.; Art. 1955 ital. c.c.; § 1360 ABGB; ähnlich Art. 887 KC (Schadensersatz).

³⁵ Art. 1956 Abs. 1 ital. c.c. Seit der Reform von 1993 ist gem. Abs. 2 der im Vorhinein abgegebene Verzicht des Bürgen auf die Inanspruchnahme der Freistellung ungültig. Ähnlich Art. 654 port. c.c.

³⁶ Siehe auch *Staudinger/Horn* (Fn. 10), § 765 Rn. 230ff. m. zahlr. Nachw.

³⁷ BGH NJW 1985, 3007, 3008.

³⁸ BGH WM 1985, 1059, 1060.

³⁹ BGH NJW 1985, 3007, 3008; *Staudinger/Horn* (Fn. 10) § 765 Rn. 233.

(s. unten V.2.). In den meisten anderen Mitgliedstaaten scheint es keine vergleichbare Entwicklung zu geben.

5. Zwischenergebnis

Beim Schutz des Bürgen sind im Ergebnis noch recht deutliche Divergenzen zwischen den europäischen Rechtsordnungen festzustellen. Allerdings zeigen sich auch hier konvergierende Entwicklungen oder zumindest Trends zugunsten bestimmter Lösungen. Dies gilt etwa für die Schriftform der Bürgschaft, das Höchstbetragerfordernis der Globalbürgschaft oder das Bestehen von Aufklärungspflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen. Der Entwurf der *Study Group* geht über das Schutzniveau der meisten mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen noch hinaus.

V. Ausgewählte Problemfälle der Bürgschaft

1. Besondere Risikolagen der Bürgschaft

Der Schutz des Bürgen wird seit den 90er Jahren in zahlreichen europäischen Staaten intensiv diskutiert. In der Diskussion zeigen sich drei Problemschwerpunkte: die Überforderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bürgen durch die Bürgschaft, die mangelnde Begrenzung der Bürgenverpflichtung und die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Bürgen durch seine Beziehung zum Hauptschuldner. Das Problem der Überforderung des Bürgen steht im Zentrum der Überlegungen zum Bürgenschutz. Für diese Problematik haben einige Staaten gesetzliche Beschränkungen der Bürgenverpflichtung eingeführt. Nach französischem Recht können Bürgschaften von Verbrauchern durch Banken nicht geltend gemacht werden, wenn die Bürgenschuld bei Übernahme der Bürgschaft in deutlichem Missverhältnis zur Leistungsfähigkeit des Bürgen steht.⁴⁰ In Österreich kann der Umfang einer den Schuldner überfordernden Verbindlichkeit gemäß § 25d Konsumentenschutzgesetz (KSchG) durch Gericht herabgesetzt werden.⁴¹ Das Problem der Begrenzung der Bürgenhaftung kulminiert in der Globalbürgschaft; die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit hat ihren Schwerpunkt bei Bürgschaften natürlicher Personen, die in Nähe- oder Abhängigkeitsbeziehungen zum Schuldner stehen, namentlich von Angehörigen und Arbeitnehmern.

⁴⁰ Art. L. 313–10 franz. code de la consommation; s. dazu *Hauschild* (Fn. 13), S. 80f.; *Staudinger/Horn* (Fn.10) Vorbem. zu §§ 765ff. Rn. 462;

⁴¹ Siehe zu Voraussetzungen und Umfang der Herabsetzung OGH ÖBA 2001/955, S. 405, 407 f.; *Rummel/Krejci* ABGB u. Nebengesetze, 3. Aufl. 2002, § 25d KSchG Rn. 5ff.

Diese Aspekte der Bürgschaft werden zur Nagelprobe für die Einheitlichkeit des europäischen Bürgschaftsrechts, denn nur wenn sich auch hier übereinstimmende Wertungen finden, wird man von einem gemeinsamen Fundus des europäischen Bürgschaftsrechts sprechen können. Daher werden diese Problemkreise nachfolgend kurz erörtert.

2. Globalbürgschaften

Im Fall der Globalbürgschaft zeigen sich Glanz und Elend dieses Sicherungsmittels mit besonderer Deutlichkeit. Globalbürgschaft meint hier die Haftung des Bürgen für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen des Gläubigers gegenüber dem Schuldner aus einer bestimmten Geschäftsbeziehung. Der besondere Wert der Globalbürgschaft folgt aus ihrer Flexibilität hinsichtlich der gesicherten Hauptschuld. Zur Sicherung stetig wechselnder Verbindlichkeiten, insbesondere eines Betriebsmittelkredits, ist die Globalbürgschaft daher im Bereich der Personalsicherheit ohne realistische Alternative. Ein weiterer, wesentlicher Vorzug aus Gläubigersicht liegt darin, dass sie einen Schutz gegen Vermögensverschiebungen durch den Schuldner auf den Bürgen bietet.⁴² Dies hat bei Angehörigenbürgschaften (dazu unten 3.) Bedeutung, aber auch bei Bürgschaften von Geschäftsführern und Gesellschaftern.

Andererseits hat diese Bürgschaftsform gravierende Nachteile für den Bürgen. So ist der Umfang der Haftung bei Eingehen der Bürgschaft nicht festgelegt und kann sich ohne Zutun des Bürgen erhöhen. Das Risiko des Bürgen kann sich aber auch durch Verschlechterung der Bonität des Hauptschuldners entscheidend erhöhen. Auch hier begründet die Globalbürgschaft spezifische, über die einfache Bürgschaft hinausgehende Risiken: Durch die Verbürgung für alle künftigen Verbindlichkeiten wird für den Gläubiger ein Anreiz gesetzt, Darlehen in einer Situation zu gewähren, in der weder unverbürgter Kredit gewährt würde noch der Bürge die Bürgschaft erstmalig eingehen würde.⁴³ Die Problematik der Globalbürgschaft ist praktisch hochrelevant. In zahlreichen europäischen Staaten war bis in die 90er Jahre zu beobachten, dass Banken zur Sicherung unternehmensbezogener Darlehen routinemäßig Globalbürgschaften nahestehender Personen des Schuldner hereinnahmen.

Die Globalbürgschaft ist damit ein problematisches Instrument, das rechtlicher Regulierung bedarf. In dieser Einschätzung stimmen die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen jedenfalls überwiegend überein; Schutzregeln und Einschränkungen gehören regelmäßig zum Repertoire des Bürgschaftsrechts.

⁴² Dieser Aspekt ist für Banken wichtig; vgl. OGH ÖBA 1999/ 805, S. 647.

⁴³ In diese Richtung auch *Horn* in FS *Merz*, 1992, S. 217 f.

Dem Bürgenschutz speziell bei der Globalbürgschaft dienen unterschiedliche Instrumente, vor allem das Erfordernis der Begrenzung der Bürgenverpflichtung auf einen Höchstbetrag. So hat *Horn* schon Anfang der 80er Jahre die Auffassung entwickelt, dass die Globalbürgschaft auf einen Höchstbetrag begrenzt sein muss, um wirksam zu sein.⁴⁴ In diesem Punkt divergieren die Regeln in Europa. Die Mehrzahl der Staaten kennt kein gesetzliches Höchstbetragerfordernis. Jedoch scheint es einen Trend dahin zu geben. So haben in jüngerer Zeit einige Mitgliedstaaten ein gesetzliches Höchstbetragerfordernis eingeführt.⁴⁵ Damit lässt sich das Höchstbetragerfordernis zwar noch nicht als gemeinsamer Bestand des europäischen Rechts bezeichnen. Jedenfalls de lege ferenda aber spricht die Tendenz für ein gesetzliches Höchstbetragerfordernis.

Besonders weitgehende Einschränkungen haben sich, freilich erst in jüngster Zeit, in Deutschland herausgebildet. Zwar kennt das deutsche Recht bisher keine gesetzliche Einschränkung der Globalbürgschaft. Jedoch hat der BGH durch die sog. Anlassrechtsprechung ein flexibles Instrument des Bürgenschutzes geschaffen. Ausgangspunkt ist der Grundsatz, dass die Bürgschaft im Zweifel nur die Verbindlichkeit deckt, aus deren Anlass sie eingegangen wurde. Zwar kann etwas anderes vereinbart werden, jedoch greifen hier die Instrumente der AGB-Kontrolle mit dem Verbot überraschender Klauseln (§ 305c BGB) und der damit verbundenen besonderen Hinweisobliegenheit⁴⁶, der Transparenzkontrolle und dem damit verbundenen Verschleiervorbot⁴⁷ und der Angemessenheitskontrolle, in deren Rahmen materielle Schutz Gesichtspunkte – insbesondere das in § 767 Abs. 1 S. 3 BGB zum Ausdruck kommende Verbot der Fremddisposition – zur Geltung gebracht werden.⁴⁸

Im Ergebnis sind nach der Rechtsprechung nicht ausgehandelte Globalbürgschaften – grundsätzlich auch von Kaufleuten⁴⁹ – wohl nur zulässig, wenn der Bürge aufgrund seines Verhältnisses zum Hauptschuldner die Möglichkeit hat, den Umfang der Haftung zu beeinflussen.⁵⁰ Unzulässig ist

⁴⁴ *Staudinger/Horn* BGB, 12. Aufl. 1981, Vorbem. zu §§ 765–778 Rn. 22, 48, § 765 Rn. 10, 12; erneut und ausführlich begründet in FS *Merz*, 1992, S. 217, 219 ff.

⁴⁵ Vgl. Art. 1938 ital. c.c.; eingef. 1994 (s. *Staudinger/Horn* (Fn. 10) Vorbem. zu §§ 765 ff. Rn. 466 mwN.); vgl. § 143 Abs. 2 est. OA; Art. 858 NBW (jew. Höchstbetrag erford. bei Bürgschaften von Verbrauchern).

⁴⁶ BGHZ 126, 174, 176 ff.; BGHZ 130, 19, 26 f.; BGHZ 143, 95, 102 f.; BGH NJW 1997, 3230, 3232; BGH NJW 2001, 3331.

⁴⁷ Vgl. BGHZ 143, 95, 99, 100 (Transparenz nur gewahrt, wenn der Bürge das übernommene Risiko in Bezug auf Entwicklung der gesicherten Verbindlichkeit abschätzen kann).

⁴⁸ BGHZ 143, 95, 97. BGHZ 130, 19, 26 f.; BGHZ 143, 95, 102 f.; BGH NJW 1997, 3230, 3232; BGH NJW 2001, 3331; BGHZ 132, 6, 9 f.

⁴⁹ BGH NJW 1998, 3708, 3709; BGH NJW-RR 2002, 343, 344.

⁵⁰ Dies folgt im Ergebnis aus der Rspr.; vgl. z.B. BGHZ 130, 19, 32 f.; BGHZ 137, 153, 159 f.

auch eine Klausel, durch die der Höchstbetrag aufgrund von Nebenforderungen (Zinsen etc.) überschritten werden kann.⁵¹

Der Entwurf der *Study Group* nimmt die Instrumente der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen teilweise auf, geht aber hierüber weit hinaus. Nach Art. 406 (a) werden Globalsicherheiten als Festbetragsbürgschaften in Höhe der Hauptverbindlichkeit zum Zeitpunkt der Eingehung der Bürgschaft umgedeutet. Dies geht über die Beschränkung auf einen Höchstbetrag weit hinaus und nimmt den Grundgedanken der Anlassrechtsprechung auf. Auch hierüber geht der Entwurf jedoch hinaus, da er die Globalbürgschaft schlechthin verbietet, wogegen sie nach deutschem Recht in ausgehandelten Verbraucherverträgen zulässig ist.

Andererseits scheint der Entwurf teilweise auch weniger weitgehenden Schutz zu bieten: Wenn Art. 408 eine Kündigungsmöglichkeit für Bürgschaften einführt, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums entstehende Verbindlichkeiten abdecken, dann scheint diese Form der „zeitlich begrenzten Globalbürgschaft“ einschränkungslos zulässig zu sein, obwohl sich auch hieraus erhebliche Risiken für den Bürgen ergeben können.

Weitergehenden Schutz nach allgemeinen Regeln schließt der Entwurf nicht aus. Damit sind Schutzinstrumente wie die deutsche AGB-Kontrolle von Bürgschaften nicht ausgeschlossen. Ein einheitliches Schutzniveau wird freilich nicht erreicht.

3. Bürgschaften Angehöriger und Arbeitnehmer

Ein besonders schwieriges Problem stellen Bürgschaften von nahen Angehörigen und von Arbeitnehmern des Schuldners dar. In Deutschland und zahlreichen anderen europäischen Staaten waren die Banken dazu übergegangen, die Bürgschaft von Ehegatten, oft auch von Kindern, für unternehmensbezogene Kredite zu verlangen. Teilweise wurden auch Bürgschaften von Arbeitnehmern des Hauptschuldners hereingenommen.

a) Sittenwidrigkeit der unter emotionalem Druck eingegangenen Bürgschaft

In Deutschland hat der BGH, ausgelöst vor allem durch ein wegweisendes Urteil des BVerfG⁵², seit Mitte der 90er Jahre unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit scharfe Einschränkungen zur Angehörigenbürgschaft entwickelt. Nach ständiger Rspr. des BGH ist die Bürgschaft eines Angehörigen des Schuldners sittenwidrig, wenn die Haftsumme den Bürgen finanziell überfordert und weitere Umstände hinzutreten. Sittenwidrig ist danach

⁵¹ BGH NJW 2002, 3167, 3169.

⁵² BVerfGE 89, 214 ff.

vor allem eine Bürgschaft, die der Gläubiger in Ausnutzung der Nähebeziehung und der damit verbundenen emotionalen Verbindung zwischen Schuldner und Bürge annimmt. Bei krasser finanzieller Überforderung wird ein solches Ausnutzen vermutet.⁵³ Diese liegt jedenfalls dann vor, wenn der Schuldner aus dem pfändbaren Teil seines Einkommens nicht einmal die Zinsen aus dem verbürgten Kredit abdecken kann.⁵⁴

Diese Grundsätze hat der BGH auf Bürgschaften von Arbeitnehmern (ohne Einfluss auf die Geschäftsführung) übertragen.⁵⁵ Arbeitnehmer sind nach Ansicht des BGH vergleichbar schutzbedürftig wie Angehörige. Zwar fehlt es an einer emotionalen Verbundenheit, wie sie zwischen engen Angehörigen typischerweise besteht. Jedoch nimmt der BGH bei Arbeitnehmerbürgschaften – jedenfalls in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit – eine Vermutung dahin an, dass der Arbeitnehmer durch Angst um seinen Arbeitsplatz in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt war.⁵⁶

In Österreich ist die Rechtsprechung einen ähnlichen Weg gegangen. Auch nach österreichischem Recht können Bürgschaften insbesondere von Angehörigen sittenwidrig und damit nichtig sein. Die Sittenwidrigkeit setzt eine krasse Überforderung des Bürgen⁵⁷ und zusätzlich weitere negative Umstände voraus.⁵⁸ Dabei sind vor allem drei Faktoren von Bedeutung: das Maß der Überforderung des Bürgen oder die sonstige inhaltliche Unangemessenheit der Bürgschaft, die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit, etwa durch ein Näheverhältnis zwischen Bürge und Hauptschuldner, schließlich die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis dieser Umstände durch den Gläubiger.⁵⁹ Eine Vermutung hinsichtlich der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit entsprechend der BGH-Rechtsprechung hat der OGH jedoch abgelehnt.⁶⁰

⁵³ BGHZ 136, 347, 351; BGHZ 146, 37, 42 (für Mithaftung); BGHZ 151, 34, 37; BGHZ 156, 302, 307; BGH NJW 2001, 815, 817 (für Mithaftung); BGH NJW 2002, 744, 745 (für Mithaftung); BGH NJW 2002, 2228, 2229; BGH NJW 2005, 971, 972.

⁵⁴ BGHZ 135, 66, 70 (für Mithaftung); BGH NJW 2000, 1182, 1183; BGH NJW 2001, 815, 816; BGH NJW 2002, 744, 745 (für Mithaftung); zusammenfassend, aus jüngerer Zeit etwa BGH NJW 2005, 971 ff.

⁵⁵ BGHZ 156, 302.

⁵⁶ BGHZ 156, 302, 309.

⁵⁷ OGH JBL. 1998, 35; st. Rspr.; s. a. *Rummel/Gamerith* (Fn. 41), vor § 1360 Rn. 5a mwN.

⁵⁸ *Rummel/Gamerith* (Fn. 41) vor § 1360 Rn. 5a mwN.

⁵⁹ Vgl. OGH ÖBA 1999/805, S. 647, 648; OGH ÖBA 2000/884, S. 619, 620; OGH ÖBA 2000/910, S. 924, 925; OGH ÖBA 2001/955, S. 405, 406; OGH ÖBA 2001/998, S. 918 f.; OGH ÖBA 2001/935, S. 166, 167; *Rummel/Gamerith* (Fn. 41) vor § 1360 Rn. 5a mwN.

⁶⁰ Vgl. OGH ÖBA 2000/884, S. 619, 620. In diese Richtung aber OGH ÖBA 2000/910, S. 924, 925.

b) Aufklärungspflicht bei Nähebeziehungen

Eine konstruktiv völlig andere Lösung folgt aus den Grundsätzen der englischen Rechtsprechung, die interessanterweise ebenfalls vor allem seit den 90er Jahren zu Bürgschaften von Angehörigen Stellung genommen und hier neue Schutzinstrumente entwickelt hat.⁶¹ Dogmatischer Ausgangspunkt ist hier das Recht zur Anfechtung einer Bürgschaft, die aufgrund unredlicher Beeinflussung (*undue influence*) eingegangen wurde. Dieser Rechtsbehelf steht zwar jedem Bürgen offen, hat aber praktische Bedeutung vor allem bei Bürgschaften von Angehörigen und Arbeitnehmern.

Das Anfechtungsrecht besteht zunächst dann, wenn bewiesen werden kann, dass die Bürgschaft unter *undue influence* eingegangen wurde.⁶² Größere praktische Bedeutung hat das Anfechtungsrecht wegen Vermutung von *undue influence*. Nach der englischen Rechtsprechung begründen bestimmte Näheverhältnisse die Vermutung, dass der Bürge die Bürgschaft unter *undue influence* eingegangen ist. Diese Vermutung ist bei Bürgschaften von minderjährigen Kindern wohl unwiderlegbar.⁶³ Bei Ehegatten kommt lediglich eine widerlegbare Vermutung für das Bestehen von *undue influence* in Betracht.⁶⁴ Allerdings gilt dies nicht in jedem Fall. Vielmehr betont das House of Lords in der aktuellen Leitentscheidung *Etridge*, dass es im Grundsatz im Interesse der Ehefrau liegen wird, das Unternehmen ihres Ehemanns zu unterstützen.⁶⁵ Es kommt daher entscheidend auf die Merkmale des Sicherungsgeschäfts an⁶⁶: Je ungünstiger das Sicherungsgeschäft und je weniger ein Eigeninteresse besteht, umso eher besteht die Vermutung einer unsachlichen Beeinflussung.⁶⁷

Die Bank kann die Vermutung widerlegen, wenn sie nachweist, dass der Bürge unabhängigen Rechtsrat erhalten hat.⁶⁸ In der Praxis führten die Ban-

⁶¹ Die maßgebliche Leitentscheidung ist *Barclays Bank v. O'Brien* [1994] 1 A.C. 180. Den aktuellen Stand der englischen Rechtsprechung markiert die Entscheidung *Royal Bank of Scotland v. Etridge* (No. 2) [2002] 2 A.C. 773, die ältere Urteile (auch *Barclays Bank v. O'Brien*) teilweise korrigiert und den Stand des englischen Rechts zur Wirksamkeit von Ehegattenbürgschaften zusammenfasst. Siehe zu der Entscheidung die ausführliche Darstellung bei *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 5–030 ff.

⁶² Vgl. z. B. *Allcard v. Skinner* [1887] L.R. 36 Ch.D. 145; *Bank of Credit and Commerce International v. Aboody* [1990] 1 Q.B. 923; siehe auch die Darstellung bei *Andrews/Millett* (Fn. 11), Rn. 5–030.

⁶³ Vgl. *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 5–030; Chitty on Contracts, 29. Aufl. 2004, Bd. 1, General Principles Rn. 7–063–7–066 A.

⁶⁴ *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 5–030.

⁶⁵ *Royal Bank of Scotland v. Etridge* (No. 2) (Fn. 61), Nr. 28.

⁶⁶ Vgl. sehr deutlich Lord Scott in *Royal Bank of Scotland v. Etridge* (No. 2) (Fn. 61), Anm. 156: „It is ... the combination of relationship and the nature of the transaction that gives rise to the presumption“

⁶⁷ Vgl. *Royal Bank of Scotland v. Etridge* (No. 2) (Fn. 61), Nr. 24 ff.; siehe auch *Andrews/Millett* (Fn. 11), Rn. 5–030.

⁶⁸ *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 5–038.

ken den Nachweis dadurch, dass sie vom Bürgen verlangten, unabhängigen Rechtsrat einzuholen, und sich durch die Bestätigung eines Anwalts (*solicitors*) davon überzeugten, dass der Bürge über den Inhalt der Bürgschaft informiert worden sei.⁶⁹ In der Entscheidung *Royal Bank of Scotland v. Etridge* verschärft das House of Lords die Anforderungen deutlich: Erforderlich ist danach, dass sich die Bank durch direkte Kommunikation mit dem Bürgen vergewissert, dass eine hinreichende Aufklärung erfolgte.⁷⁰ Die rechtliche Beratung muss durch einen unabhängigen Anwalt erfolgen⁷¹, der alle erforderlichen Informationen durch die Bank erhält⁷² und dem Bürgen die Risiken und die Alternativen klar vor Augen führt⁷³.

Arbeitnehmer sind nach im Wesentlichen denselben Grundsätzen geschützt wie Ehegatten.⁷⁴ Auch der Arbeitnehmer, der für Verbindlichkeiten des Arbeitgebers bürgt, muss durch unabhängigen Rechtsrat gewarnt werden, um die Vermutung eines *undue influence* auszuschließen.⁷⁵

Vergleicht man die englische Rechtsprechung mit der Lösung des deutschen und des österreichischen Rechts, so zeigen sich starke gemeinsame Wertungen: Soweit anzunehmen ist, dass der Bürge die Bürgschaft nicht aus freier Entscheidung, sondern unter dem Einfluss einer Nähebeziehung oder sonstigem emotionalen Druck eingegangen ist, ist sie unwirksam oder jedenfalls vernichtbar. Die Divergenzen dürften durch grundlegende Stilunterschiede des deutschen und englischen Rechts zu erklären sein: Die deutsche Lösung, wonach z. B. der Ehegatte eine krass überfordernde Bürgschaft rechtlich nicht wirksam eingehen kann, dürfte aus der Sicht des englischen Rechts, das die Vertragsfreiheit der Ehefrau unangetastet lässt, paternalistisch bevormundend wirken. Die englische Lösung hingegen lässt Schutzlücken, was auch in der englischen Literatur durchaus kritisch gewürdigt wird.⁷⁶

⁶⁹ *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 5–038.

⁷⁰ *Royal Bank of Scotland v. Etridge* (No. 2) (Fn. 61), Nr. 54, 79, 171, 175, 191. Siehe auch *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 5–038f.

⁷¹ Siehe zu diesem Aspekt, der mehrfach die englischen Gerichte befasste, *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 5–042.

⁷² Vgl. *Royal Bank of Scotland v. Etridge* (No. 2) (Fn. 61), Nr. 79; siehe auch *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 5–040.

⁷³ Siehe auch *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 5–043.

⁷⁴ *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 5–039.

⁷⁵ Siehe z. B. das illustrative Beispiel *Credit Lyonnais Bank Nederland v. Burch* [1997] 1 All. E.R. 144.

⁷⁶ Vgl. z. B. *Andrews/Millett* (Fn. 11) Rn. 5–044, die darauf hinweisen, dass der Bürge schutzlos ist, wenn dieser trotz hinreichender Aufklärung die Bürgschaft eingeht.

c) Die Lösung des Entwurfs der Study Group

Der Entwurf der Study Group nimmt die Lösung des englischen Rechts in seinem Art. 403 auf. Gemäß Art. 403 (1) muss der Gläubiger den Sicherungsgeber über die Wirkung der Sicherheit im Allgemeinen sowie über die besonderen Risiken der Sicherheit für den Sicherungsgeber informieren.

Darüber hinaus muss sich der Sicherungsnehmer davon überzeugen, dass der Sicherungsgeber unabhängigen Rat erhalten hat, wenn er Grund zur Annahme hat, dass die Sicherheit aufgrund eines Vertrauensverhältnisses (*relationship of trust and confidence*) zwischen Sicherungsgeber und Hauptschuldner eingegangen wurde, Art. 403 (2). Werden diese Pflichten nicht erfüllt, ist der Sicherungsvertrag anfechtbar.

Überzeugend ist, dass diese Bestimmung zumindest nicht ausdrücklich auf Angehörige beschränkt ist und wohl auch auf Arbeitnehmer anwendbar ist. Diskussionsbedürftig ist es aber, wenn der Entwurf ausschließlich darauf abstellt, ob ein erhebliches Risiko (*significant risk*) einer unsachlichen Beeinflussung oder unzureichender Information besteht. Sowohl im deutschen und österreichischen als auch im englischen Recht hat die Rechtsprechung als die zwei entscheidenden Gesichtspunkte die Beziehung zwischen Bürgen und Hauptschuldner und die Nachteiligkeit des Sicherungsgeschäfts deutlich herausgearbeitet. Es erscheint daher sachgerecht, die Regel auf überfordernde Bürgschaften zu beschränken, anstatt eine Aufklärungspflicht mit so scharfen Folgen pauschal auf alle Bürgschaften aus Vertrauensverhältnissen auszudehnen.

Aus deutscher Sicht erscheint wichtig, dass die Lösung der *Study Group* die allgemeinen Grundsätze, etwa zur Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften, wohl nicht verdrängt. Das Institut der Sittenwidrigkeit ist auch in den PECL enthalten. Danach könnte also die Sittenwidrigkeitskontrolle von Bürgschaften nach dem Muster des deutschen und österreichischen Rechts bestehen bleiben. Die Vereinheitlichung des Bürgenschutzes würde aber in diesem wichtigen Aspekt nicht erreicht.

VI. Fazit

Der Überblick über das europäische Bürgschaftsrecht zeigt ein hohes Maß an Gemeinsamkeit der europäischen Rechtsordnungen. Dies gilt vor allem für die Struktur der Bürgschaft, die schon *de lege lata* gemeinsames europäisches Recht darstellt, auf das sich der Entwurf der *Study Group* stützen kann. *De lege ferenda* erlaubt dieser Befund die Erwartung, dass es durchaus möglich sein wird, für die Struktur der Bürgschaft Normen zu formulieren, die sich auf eine gemeinsame Tradition der meisten oder gar aller Mitgliedstaaten gründen.

Im Bereich des Bürgenschutzes lassen sich ungeachtet der Vielfalt der Schutzinstrumente und der starken Divergenzen der mitgliedstaatlichen Regelungen in erheblichem Maße übereinstimmende Wertungen finden, sogar in den Problemschwerpunkten. Dies gilt etwa für das Höchstbetragserfordernis bei der Globalbürgschaft, das zwar derzeit noch kein gemeinsamer Bestand der europäischen Rechtsordnungen ist, sich aber dahin zu entwickeln scheint und zu Recht in den Entwurf der *Study Group* aufgenommen wurde.

Gemeinsame Wertungen bestehen wohl auch bei Bürgschaften von Angehörigen und Arbeitnehmern. Die grundlegende Entscheidung, dass Bürgschaften nicht durchsetzbar sind, wenn anzunehmen ist, dass der Bürge sie unter emotionalem Druck eingegangen ist, scheint sich in der aktuellen Rechtsprechung mehrerer Staaten durchzusetzen und sollte Bestandteil des gemeinsamen Vertragsrechts sein.

Eine Reihe von Fragen sind noch offen, etwa die Beschreibung der Adressaten des Bürgenschutzes, der nach dem Entwurf der *Study Group* auf Verbraucherverträge beschränkt ist. Offen ist sicher auch noch, ob der Bürgenschutz eher durch Aufklärungspflichten oder durch materielle Wirksamkeitskontrolle (Sittenwidrigkeit, AGB-Kontrolle) erfolgen sollte und ob und ggf. wie insoweit Rechtseinheit erzielt werden kann. Die abschließende Entscheidung dieser ebenso interessanten wie wichtigen Fragen darf man freilich vom vorliegenden Entwurf der *Study Group* nicht erwarten. Vielmehr steht der Entwurf insoweit am Anfang der nun gebotenen wissenschaftlichen Diskussion zum Bürgenschutz im europäischen Privatrecht.

Zwei Fragen zur Umrechnung von Devisenforderungen

HEINRICH HONSELL

Ich widme diesen Beitrag *Norbert Horn*, dem Freund und Kollegen, dessen Interesse stets der Rechtsgeschichte und dem modernen Wirtschaftsrecht in gleicher Weise gegolten hat.

I. Der maßgebliche Wechselkurs für die Umrechnung von Devisenforderungen

Die Frage der Umrechnung von Devisenforderungen ist seit langem kontrovers. So besteht keine Einigkeit darüber, auf welchen Zeitpunkt für den Wechselkurs abzustellen ist, wenn der Schuldner nach Art. 84 Abs. 2 OR oder § 244 Abs. 2 BGB statt in der Fremdwährung in der eigenen Währung zahlen darf. Im deutschen und schweizerischen Recht wird diese Frage verschieden beantwortet. Art. 84 Abs. 2 OR stellt auf den Zeitpunkt der Fälligkeit ab (Verfallszeit). Hingegen ist nach deutschem Recht der Zeitpunkt der Zahlung maßgeblich. § 244 Abs. 2 BGB lautet: „Die Umrechnung erfolgt nach dem Kurswert, der zur Zeit der Zahlung für den Zahlungsort maßgebend ist.“ Trotz dieses klaren Gesetzeswortlautes hat das Reichsgericht ursprünglich – ebenso wie das schweizerische Recht – auf den Zeitpunkt der Fälligkeit abgestellt.¹ RGZ 101, 312 ff. (vereinigte Zivilsenate) ist wieder zum Zeitpunkt der Zahlung zurückgekehrt. Maßgeblich für die Umrechnung ist nach heute h. M. in Deutschland also der Zeitpunkt der Zahlung, nicht der Fälligkeit.² Für den Zeitpunkt der Fälligkeit spricht, dass die-

¹ RGZ 96, 121, 123; 95, 262, 264; weitere Nachweise bei Staudinger/*K. Schmidt* Kommentar zum BGB, 1997 § 244 Rn. 85.

² RGZ 101, 312 ff (vereinigte Zivilsenate); zuvor schon RGZ 98, 160, 161; seither st. Rsp. RGZ 106, 74, 79; 111, 316, 318 f; 112, 61, 62; 149, 1, 4; 167, 60, 63; RG Recht 1920 Nr. 1152; LZ 1924, 544; JW 1924, 1593; Recht 1924 Nr. 967; BGH NJW 1958, 1390, 1391 weitere Judikatur bei Staudinger/*Schmidt* (Fn. 1) § 244 Rn. 85; *Nussbaum* Das Geld 1925, 246; *Enneccerus/Lehmann* § 11 II 2; *Larenz* I § 12 IV; *Planck/Siber* § 244 Anm 2; *Münch-KommBGB/vMaydell* 3. Aufl. § 244 Rn. 49; *Soergel/Teichmann* BGB, 12. Aufl. 1990 § 244 Rn. 32; *Brodmann* JW 1921, 441; a. M. noch RGZ 96, 121, 123; 96, 262, 264; OLG Hamburg

ser vom Verhalten der Parteien unabhängig ist und ein spekulatives Zuwarten ausschließt. Stellte man auf den Zahlungszeitpunkt ab, hätte der Gläubiger bei steigendem Kurs der Fremdwährung einen Vorteil, bei sinkendem einen Nachteil. Der Gläubiger kann indes nicht spekulieren, weil er den Zeitpunkt der Zahlung nicht in der Hand hat. Der Schuldner kann auf sinkende Kurse spekulieren, indem er bei einem Kursrückgang die Zahlung verzögert. Er muss dann für die Fremdwährung weniger aufwenden. Die Befürworter des Zahlungszeitpunkts lösen diesen Fall, indem sie dem Gläubiger einen Schadensersatzanspruch wegen des Kursverlustes gewähren. Dies ist entbehrlich, wenn man auf die Fälligkeit abstellt, weil dann der höhere Devisenkurs in diesem Zeitpunkt maßgeblich ist.

II. Exkurs: Der maßgebliche Zeitpunkt für die Ermittlung des Markt- oder Börsenpreises beim Verzug

1. Grundsatz

Ein verwandtes Problem stellt sich bei der Frage nach dem Zeitpunkt für die Ermittlung des Markt- oder Börsenpreises bei Verzug und Nichterfüllung. Art. 191 Abs. 3 OR und Art. 215 Abs. 2 OR bestimmen für den Verkäufer- und Käuferverzug, dass der Gläubiger die Differenz verlangen kann zwischen dem vereinbarten Preis und dem Markt- bzw. Börsenpreis im „Erfüllungszeitpunkt“. Die abstrakte Schadensberechnung, die allein auf die Preisdifferenz abstellt, ist gerechtfertigt, weil sich der Gläubiger im Erfüllungszeitpunkt anderweitig eindecken (Art. 191 OR) oder die Sache anderweitig veräußern (Art. 215 OR) kann. Der Markt ermöglicht Ersatzgeschäfte zu jeder Zeit, lediglich die Preise differieren nach Zeit und – was hier nicht interessiert – Ort. Eine konkrete Interessenberechnung durch Nachweis eines Deckungskaufs oder Notverkaufs ist also nicht notwendig. Es genügt, dass man die Sache kaufen oder verkaufen kann und dass es eine Differenz zwischen Vertragspreis und Preis des abstrakten Ersatzgeschäftes gibt. Streitig ist allerdings, was der Begriff „Erfüllungszeitpunkt“ bedeutet. Während einige meinen, dies sei der Preis im Zeitpunkt des Untergangs des Erfüllungsanspruches,³ bzw. im Falle des Art. 107 OR der Preis bei Ablauf der Nachfrist,⁴ stellt die zutreffende Ansicht auf den Zeitpunkt ab, in dem die Erfüllung hätte erfolgen sollen, also auf die Fälligkeit.⁵ Das deutsche

HansGZ 1917 B Nr. 56; Recht 1920 Nr. 1151; OLGE 45, 120, 121; OLG Dresden SächsArch 1918, 113; differenzierend *Nussbaum* JW 1920, 13.

³ BGE 43 II 356; 45 II 290 E. 6.

⁴ BSK-Koller Art. 191 N 21 mNw.; ebenso BK-Giger Art. 191 N 55; *Knoepfel* Die Sonderordnung des kaufmännischen Verkehrs im Kaufrecht (Handelskauf), Diss. 1988, 72.

⁵ BGE 120 II 296, 300 E. 3b a.E.; ZK-Schönle Art. 191 N 27.

Recht kennt die abstrakte Schadensberechnung nach dem Marktpreis nur beim Handelskauf. Nach § 376 Abs. 2 HGB berechnet sich der Schadenersatz nach dem „Unterschied des Kaufpreises und des Markt- oder Börsenpreises zur Zeit und am Orte der geschuldeten Leistung“. Das ist nicht der tatsächliche, sondern der vertraglich vereinbarte Lieferzeitpunkt, also wiederum die Fälligkeit.

2. Variante: Der Gläubiger hat die Wahl

Für Waren mit zeitlich und örtlich variierenden Marktpreisen⁶ kannte schon das römische Recht diese abstrakte Schadensberechnung. Pomponius Dig. 19,1,3,3:

Si per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore plurus vinum fuit, vel quo venit vel ubi agatur.

In der Romanistik ist streitig, was mit *tempus quo venit vel ubi agatur* gemeint ist. Vermutlich war dies der Zeitpunkt der Lieferung oder der Klageerhebung.⁷ Der Käufer konnte also zwischen dem Kurs bei Fälligkeit und bei Klageerhebung wählen. Er konnte aber nicht den höchsten Zwischenwert verlangen. Ein Schadenersatz kommt in Betracht, wenn diese Preise über dem Vertragspreis liegen. Durch die Wahlmöglichkeit ist der Käufer geschützt, falls der Preis fällt. Er kann die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Preis im Lieferzeitpunkt verlangen.⁸ Ist der Preis gestiegen, so gebührt der Gewinn bis zur Klageerhebung ebenfalls dem Käufer. Steigt der Preis nach dem Lieferzeitpunkt (weiter) an und fällt er nachher wieder, so entgeht dem Käufer dieser Vorteil zu Recht; denn er hätte in dem Zeitpunkt klagen können, als der Preis seinen höchsten Stand hatte. Spekulatives Zuwarten ging also zu seinen Lasten. Es bestand daher gar kein Bedürfnis, ihm den höchsten Zwischenwert zu ersetzen.

Die Regelung des römischen Rechts war das Vorbild für Art. 41 Abs. 1 S 2 WechselG (Art. 1031 OR) und Art. 36 Abs. 1 S 2 ScheckG (Art. 1122 OR). Diese Vorschriften enthalten für auf fremde Währung lautende Wechsel und Schecks die Sonderregel, dass der Inhaber bei Verzug zwischen der Umrechnung nach dem Kurs des Verfall- bzw. beim Scheck des Vorlegungstages oder nach dem Kurs des Zahlungstages wählen kann. Art. 41 Abs. 1 S 2 WechselG bestimmt für den Wechsel: „Lautet der Wechsel auf eine Wäh-

⁶ Sie gab es schon in der Antike, vgl. etwa *Gaius* Dig. 13,4,3; *Papinian* Dig. 35,2,63,2.

⁷ Näher hierzu *Honsell* *Quod interest im bonae fidei iudicium* – Studien zum römischen Schadensersatzrecht (1969) 2 ff.

⁸ Ist er schon gleich nach Vertragsschluss gefallen, also niedriger als der Vertragspreis, so liegt kein Schaden vor. Der Käufer muss froh sein, wenn der Verkäufer nicht liefert, was freilich gerade in dieser Konstellation kaum der Fall sein wird.

rung, die am Zahlungsorte nicht gilt, so kann die Wechselsumme in Landeswährung nach dem Werte gezahlt werden, den sie am Verfalltage besitzt. Wenn der Schuldner die Zahlung verzögert, so kann der Inhaber wählen, ob die Wechselsumme nach dem Kurse des Verfalltages oder nach dem Kurse des Zahlungstages in die Landeswährung umgerechnet werden soll“. Diese Regelung hat auch in den Entwurf der Lando-Kommission⁹ und in die Unidroit-Principles¹⁰ Eingang gefunden.¹¹

Der römischen Wahlmöglichkeit wohnt eine gewisse Weisheit inne¹², weil sie den vertragstreuen Teil begünstigt und Spekulationen zu seinen Lasten verhindert.

III. Der Umrechnungskurs bei der Aufrechnung gegen und mit Devisenforderungen

1. Die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen und mit Devisenforderungen

Die Aufrechnung oder – wie man in der Schweiz sagt – Verrechnung von Fremdwährungsschulden ist ein seit langem umstrittenes Thema mit einigen offenen Fragen. Nach der kaum begründeten herrschenden Lehre in Deutschland ist die Aufrechnung mangels Gleichartigkeit ausgeschlossen. Eine Ausnahme wird nur gemacht, wenn dem Schuldner die Ersetzungsbefugnis nach § 244 Abs. 1 BGB¹³ zusteht.¹⁴ Der österreichische OGH¹⁵ bejaht die Gleich-

⁹ S. *Lando/Baele Principles of European Contract Law*, Parts I and II (2000) 343f. Art. 7: 108 Abs. 3 lautet: „If, in a case falling within the preceding paragraph, the debtor has not paid at the time when payment is due, the creditor may require payment in the currency of the place where payment is due according to the rate of exchange prevailing there either at the time when payment is due or at the time of actual payment.“

¹⁰ *Unidroit Unidroit principles of international commercial contracts* (2004) 163 ff.

¹¹ S. dazu *Grothe Fremdwährungsverbindlichkeiten* (1999) 529 ff.

¹² Gelobt wird sie z. B. von *Mann Das Recht des Geldes* 268 und *Honsell FS Lange* (1992) 509, 517.

¹³ Entspricht Art. 84 Abs. 2 OR.

¹⁴ RGZ 106, 99; KG NJW 1988 2181; RGZ 167, 60, 62; OLG Frankfurt OLGZ 67, 17; BGHZ 8, 339, 343; 22, 395, 400; MünchKomm/*Schlüter* (Fn. 2) § 387 Rn. 16; Staudinger/*K. Schmidt* (Fn. 1) § 244 Rn. 47; *Feldmann* JuS 1983, 357, 359; *Gruber* MDR 1992, 121, 122; *Steenken* Fremdwährungsschulden im deutschen und englischen Recht (1992) 71 ff.; *M. Wolf* Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht (1989) 82; schwankend *Vorpeil* AWD 1993, 529, 532; weitergehend *Birk* AWD 1969 12, 15; *ders.* AWD 1973 425 ff.; *Hoffmann* IPrax 1981, 155 f., *Meier-Reimer* und *K. Schmidt* FS *Odersky* (1996) 686, 688 ff., 699 f., welche die Aufrechnung zulassen wollen, wenn die Forderungen frei konvertibel sind. Unter den Anhängern der Gegenmeinung ist streitig, ob eine Effektivklausel die Aufrechnung ausschließt. Dafür *Palandt/Heinrichs* BGB, 65. Aufl. 2006, § 245 Rn. 15 und § 387 Rn. 9; MünchKomm/*Feldmann* § 387 Rn. 7; *Erman/Westermann* BGB, 11. Aufl. 2004 § 387 Rn. 10; *Henn* MDR 1956, 584 f.; dagegen *Birk* AWD 1969, 16; für die Schweiz *Böckli* Über die Kompensation von Forderungen verschiedener Währungen, *SJZ* 1927, 225, 229.

¹⁵ IPrax 2002, 412.

artigkeit von Fremdwährungsschulden im Sinne von §§ 1438, 1440 ABGB und lässt folglich die Aufrechnung zu, allerdings mit der Einschränkung, dass die Aufrechnung ausgeschlossen ist, sofern es sich um effektive Fremdwährungsschulden handelt. Im Schrifttum folgt man überwiegend der Meinung des OGH und vertritt die Ansicht, dass es bei Forderungen verschiedener Währungen lediglich um eine unterschiedliche Leistungsmodalität gehe, welche der Aufrechnung grundsätzlich nicht entgegenstehe.¹⁶ Während also der deutsche Bundesgerichtshof die Aufrechnung nur zu Gunsten des Fremdwährungsschuldners zulässt, der nach § 244 Abs. 2 BGB auch in Inlandswährung zahlen darf, lässt der OGH die Verrechnung grundsätzlich zu und schließt sie lediglich bei Vereinbarung von Effektivklauseln aus. Dies entspricht auch der Rechtsprechung und h.L. in der Schweiz. In der sehr sorgfältig und ausführlich begründeten Entscheidung BGE 63 II 383, 391 ff.¹⁷ hat das Bundesgericht die Verrechenbarkeit von Fremdwährungsforderungen bejaht. Die Entscheidung ist ein Musterbeispiel für eine grammatikalische Auslegung unter Heranziehung aller drei Amtssprachen. In Art. 120 Abs. 1 OR heißt es: „Wenn zwei Personen einander Geldsummen oder andere Leistungen, *die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind*, schulden, so kann jede ihre Schuld, insofern beide Forderungen fällig sind, mit ihrer Forderung verrechnen.“ Die Unklarheit der deutschen Fassung ergibt sich daraus, dass der Relativsatz „*die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind*“ sich bloß auf das vorangehende Subjekt *andere Leistungen* oder auf beide Alternativen *Geldsummen oder andere Leistungen* beziehen kann. Bezieht man ihn auf beide Alternativen, so gilt auch für Geldschulden das Erfordernis der Gleichartigkeit. Bezieht man ihn nur auf die zweite Alternative, so gilt die Gleichartigkeit nur für die sonstigen Schulden und betrifft dann so praktische Fälle wie den, dass sich die Parteien gegenseitig Gold, Eier oder sonst etwas schulden. Die französische und die italienische Fassung vermeiden die Doppeldeutigkeit, indem sie statt eines Relativsatzes ein Attribut verwenden „*sommes d'argent ou d'autres prestations de même espèce*“, „*somme di denaro o di altre prestazioni della stessa specie*.“ Bei Verwendung eines Adjektivattributs ist klar, dass sich dasselbe nur auf das letztgenannte Subjekt „*d'autres prestations*“, bzw. „*altre prestazioni*“ bezieht, denn das Attribut gilt nur für das Nomen bei dem es steht.¹⁸ Das ist ein Musterbeispiel dafür, wie Unklarheiten durch Heranziehung anderer Amtssprachen beseitigt werden können.

Neben dieser grammatikalischen Auslegung prüft das Bundesgericht sehr sorgfältig auch das teleologische Argument und kommt zu dem Schluss, dass Fremdwährungsforderungen gleichartig sind, sofern sich ihr Wert be-

¹⁶ Janert Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht (2002) 159 mNw.

¹⁷ S. dazu auch Wild Verrechnung im internationalen Privatrecht (1992) 46.

¹⁸ Vgl. auch Art. 1243 Abs. 1 des italienischen Codice Civile: „... *una somma di danaro o una quantità di cose fungibili dello stesso genere* ...“

stimmen lässt, d. h. wenn ein Wechselkurs besteht. Weitere Voraussetzungen sind: freie Konvertibilität und unbehinderter Devisenverkehr. Aus Art. 84 Abs. 2 OR dürfe nicht e contrario gefolgert werden, dass der Gläubiger einer Fremdwährungsschuld kein Wahlrecht habe. In der Tat wäre es eine nicht begründbare Asymmetrie, nur dem Fremdwährungsschuldner die Aufrechnung zu gestatten. Die Frage, ob eine Effektivklausel die Verrechnung ausschließt, hat das Bundesgericht offen gelassen.¹⁹ Während also nach deutschem Recht nur der Fremdwährungsschuldner verrechnen kann, weil er eine Ersetzungsbefugnis hat, wenn der Zahlungsort im Inland liegt, können dies nach schweizerischem und österreichischem Recht beide Parteien, sofern keine Effektivklausel vereinbart ist. Diese Lösung hat den klaren Vorzug, dass sie beide Parteien gleich behandelt. Es wäre in der Tat nicht einzusehen, weshalb nur der Fremdwährungsschuldner die Aufrechnung sollte erklären können, nicht hingegen der Fremdwährungsgläubiger. Das gilt auch für verschiedene Währungen, sofern für jeden Zeitpunkt ein Wechselkurs ermittelt werden kann. Es macht keinen Sinn, den Vorteil der Aufrechnung dem einen zu gewähren und dem anderen zu versagen. Stets geht es darum, dass derjenige, der eine Aufrechnungsposition innehat, eine gesicherte Position besitzt, da er allein mit Hilfe einer Aufrechnungserklärung Befriedigung für seine Forderung erlangen kann.²⁰ Hingegen wird man eine Effektivklausel als vertragliches Verrechnungsverbot iSv. Art. 126 OR interpretieren müssen.

Auch in Frankreich gehen Rechtsprechung und h.L. von der Gleichartigkeit währungsverschiedener Forderungen aus.²¹ Dabei wird aber die Frage im Schrifttum eher unter dem Aspekt der Liquidität, als der Gleichartigkeit der Forderungen behandelt. Liquidität ist dann gegeben, wenn der Betrag der fremden Forderung unschwer zu bestimmen, wenn also die Währung voll konvertibel ist.²²

Im Gegensatz zum deutschen oder schweizerischen Recht ist die Aufrechnung (set-off) im englischen Recht eine Figur des Prozessrechts.²³ Soweit ersichtlich gibt es keine gefestigte Rechtsprechung zum set-off währungsfremder Forderungen. Allerdings werden Forderungen verschiedener Währungen als gleichartig betrachtet.²⁴ Nach *Derham*²⁵ soll die Währung

¹⁹ BGE 63 II 391, 393; dafür etwa BK-Weber OR Art. 84 N 341 mNw.; BSK OR I-Peter Art. 120 N 10; dagegen Böckli (Fn. 14) 229.

²⁰ Wie hier Meier-Reimer NJW 1985, 2052.

²¹ M. Wolf Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht (1989) 43 f. mNw.; vgl. auch Art. 1291 Abs. 1 des französischen Code Civile: „... une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce ...“

²² Janert Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht (2002) 178 f.

²³ Janert Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht (2002) 160 f.

²⁴ Janert Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht (2002) 172.

²⁵ Derham Set-off (1996).

der geringeren Forderung in die Forderung der höheren Währung umgerechnet werden, wenn beide Forderungen auf ausländische Währungen lauten.²⁶ Bei nur einer währungsfremden Forderung soll diese in britische Pfund umgerechnet werden.²⁷

2. Der Umrechnungskurs

Steht fest, dass die Verrechnung zulässig ist, so fragt es sich, nach welchem Kurs sie zu erfolgen hat. Hier spielt die alte Streitfrage eine Rolle, ob die Aufrechnung ipso iure eintritt, sobald sich zwei aufrechenbare Forderungen gegenüberstehen (so die Lehre des Glossators *Martinus* und heute Art. 1290 CC, § 1438 ABGB) oder ob sie ope exceptionis, also durch Aufrechnungserklärung einer der Parteien ausgelöst wird (so der Glossator *Azo* und heute § 388 BGB, Art. 124 OR).²⁸

Es ist eine Folge der alten ipso iure-Kompensation, dass überwiegend angenommen wird, die Aufrechnung wirke ex tunc. Erfolgt die Aufrechnungserklärung, so tritt die Wirkung, was z. B. Zinsen, Verzugsfolgen und Kurse anlangt, danach mit Wirkung ex tunc ein, d. h. in dem Moment, in dem sich die Forderungen erstmals aufrechenbar gegenüber gestanden haben (Art. 124 Abs. 2 OR, § 389 BGB, sog. Aufrechnungslage).²⁹ Hiervon abweichend nehmen einige an, es sei immer der Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung maßgeblich.³⁰ Die Frage, welcher Zeitpunkt für den Wechselkurs relevant ist, ist bis heute umstritten. Das Reichsgericht stellte – ausgehend von der irrigen Prämisse, es sei nur der Heimwährungsschuldner nach § 244 Abs. 1 BGB zur Aufrechnung befugt – auf den Zeitpunkt der Erklärung ab, weil erst in diesem Moment Gleichartigkeit der Forderungen gegeben sei. Der Bundesgerichtshof hat die Frage für den Aktienkurs behandelt.³¹ Das Gericht stellte auf die Aufrechnungslage ab und kam so zu einer Rückwirkung. Dagegen haben sich Stimmen in der Literatur für eine ex nunc-Wirkung ausgesprochen.³²

Vor diesem Hintergrund vertritt *Reichel* die Ansicht, für die Umrechnung maßgebend sei der höchste Kurs zwischen Aufrechnungslage und Aufrechnungserklärung.³³ In der schweizerischen Literatur wird im Hinblick auf

²⁶ So auch Richter *Brandon* in *Despina R* (1978) 1 Q.B. 396, 415.

²⁷ *Derham Set-off* (1996) 131.

²⁸ S. *Honsell* Röm. Recht 6. Aufl. 2006 112; zur Dogmengeschichte s. noch *Dernburg*, *Geschichte und Theorie der Kompensation* (2. Aufl. 1868) 283 ff.; zum Glossatorenstreit auch *Deichmann* *Gruchot* 42 (1898) 257, 263.

²⁹ Vgl. BGHZ 80, 278; NJW-RR 1991, 569.

³⁰ *Meier-Reimer* NJW 1985, 2052.

³¹ BGHZ 27, 125.

³² Z.B. *K. Schmidt* FS Odersky (1996) 685.

³³ *Reichel* AcP 126 (1926) 313, 316, 324; *ders.* SJZ 1920/21, 213; *ders.* HansRZ 1920, 733.

Art. 124 Abs. 2 OR überwiegend der Zeitpunkt der Verrechnungslage für die Umrechnung als maßgeblich betrachtet. Teilweise wird auch die Ansicht vertreten, für die Umrechnung maßgebend sei der Zeitpunkt der Fälligkeit der Hauptforderung. Dadurch soll dem Fremdschuldner die Möglichkeit genommen werden, durch die Wahl zwischen den Schuldtilgungsarten Zahlung oder Verrechnung, den günstigsten Umrechnungskurs wählen zu können. Eine andere Meinung hält den Zeitpunkt der Verrechnungserklärung für maßgeblich.³⁴ Das ist auch h.L. in Deutschland.³⁵

Dasselbe gilt im österreichischen Recht. Teilweise wird auch die Auffassung vertreten, dem Aufrechnungsgegner soll im Zahlungsverzug die Wahl zwischen dem Umrechnungskurs im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung und dem Zeitpunkt der Fälligkeit gelassen werden, um Manipulationsmöglichkeiten des Aufrechnenden, wie der Erzielung eines Kursgewinns durch Zuwarten, entgegenzuwirken.³⁶

Richtig ist jedoch auf die rückwirkend eintretende Aufrechnungslage nach § 389 BGB abzustellen.³⁷ Soweit die h.M. damit argumentiert, dass die Gleichartigkeit der Forderungen erst mit Ausübung der Ersetzungsbefugnis des § 244 Abs. 1 BGB hergestellt werde, ist dies bereits oben widerlegt worden. Auch wenn man indes die Richtigkeit dieser Prämisse einmal unterstellt, folgt daraus nicht, dass für den Umrechnungskurs nur der Zeitpunkt der Erklärung maßgeblich sei, denn die in § 389 BGB angeordnete Rückwirkung kann als Fiktion auch in Fällen greifen, in denen die Gleichartigkeit erst später eingetreten ist. Eine bloße Behauptung bleibt auch die These, nur die Tilgungswirkung werde zurückbezogen, nicht aber der Aufrechnungstatbestand.³⁸ Verfehlt ist schließlich auch die Ansicht, die auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Hauptforderung abstellt, damit der Fremdwährungsschuldner nicht durch die Wahl der Schuldtilgungsart (Zahlung oder Verrechnung) den günstigeren Kurs bestimmen könne.³⁹ Das Erfordernis der Fälligkeit gilt nicht für beide Forderungen, also nicht für die Fremdwährungsschuld, sondern lediglich für die Gegenforderung, die vom Fremdwährungsschuldner zur Aufrechnung benutzt wird. Der Schuldner darf die

³⁴ Janert Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht (2002) 150f. mNw.

³⁵ RGZ 106, 99, 100; 167, 60, 63; Grothe Fremdwährungsverbindlichkeiten (1999) 560ff., 583; BGB-RGRK/Alff § 389 Rn. 15; Erman/Werner (Fn. 14) § 389 Rn. 17; MünchKommBGB/vMaydell (Fn. 2) § 389 Rn. 49; Palandt/Heinrichs (Fn. 14) § 389 Rn. 15; K. Schmidt FS Odersky (1996) 700f.; Henn MDR 1956, 587; ders. RIW 1957, 153; Maier-Reimer NJW 1985, 2051; Vorpeil RIW 1993, 534.

³⁶ Janert Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht (2002) 159f.

³⁷ So schon Reichel AcP 126 (1926) 313, 324ff.; Steenken Fremdwährungsschulden im deutschen und englischen Recht (1992) 74f.; dies bestreitet zu Unrecht K. Schmidt FS Odersky (1996) 700f.

³⁸ Gernhuber Die Erfüllung und ihre Surrogate (2. Aufl. 1994) § 12 III 4; K. Schmidt aaO. 699.

³⁹ Wild Verrechnung im internationalen Privatrecht (1992) 56 mNw.

Hauptforderung grundsätzlich vor deren Fälligkeit bezahlen oder durch Verrechnung tilgen.⁴⁰ Außerdem verkennt diese These die Rückwirkung der Aufrechnung. Diese betrifft nicht nur die Verzinsung (usw.), sondern auch die Umrechnung.⁴¹ Wenn es auf die Aufrechnungserklärung nicht ankommt, scheidet ein spekulatives Zuwarten mit derselben aus. Spekulationsversuchen ist so ein Riegel vorgeschoben. Der Verrechnende profitiert nicht von der Wahl eines ihm günstigen Zeitpunktes, weil nur die in der Vergangenheit liegende Verrechnungslage entscheidend ist. Allerdings ist das Spekulationsargument in den Verrechnungsfällen ohnedies nicht von Gewicht, weil ja auch der Gegner, nach der hier vertretenen Auffassung, verrechnen oder jedenfalls zahlen kann.⁴²

IV. Zusammenfassung

Die Frage des richtigen Zeitpunkts für die Umrechnung von Fremdwährungsforderungen ist seit langem umstritten. Art. 84 Abs. 2 OR stellt für den maßgeblichen Wechselkurs richtig auf den Zeitpunkt der Fälligkeit ab, während nach § 244 Abs. 2 BGB im deutschen Recht der Zeitpunkt der Zahlung ausschlaggebend ist. Ein ähnliches Problem findet man bei der Ermittlung des Zeitpunkts von Markt- oder Börsenpreisen bei Verzug und Nichterfüllung. Auch hier stellt die zutreffende Ansicht auf die Fälligkeit ab. Eine Variante ist es, entsprechend der Regelung im römischen Recht, dem Gläubiger die Wahl zwischen dem Marktpreis im Lieferzeitpunkt und demjenigen zur Zeit der Klageerhebung einzuräumen. Umstritten ist schließlich auch die Bestimmung des Umrechnungskurses bei der Aufrechnung gegen und mit Devisenforderungen. Während nach deutschem Recht nur der Fremdwährungsschuldner verrechnen darf, können dies nach schweizerischem und österreichischem Recht beide Parteien. Für den Umrechnungskurs wird nach der h.L. in Deutschland der Zeitpunkt der Verrechnungserklärung herangezogen. In der schweizerischen und österreichischen Literatur wird dagegen überwiegend und zutreffend auf den Zeitpunkt der Verrechnungslage abgestellt. Dies schließt Spekulationen auf einen günstigeren Kurs aus.

⁴⁰ Vgl. § 387 BGB in Verbindung mit § 271 Abs. 2 BGB. Im schweizerischen Recht sagt zwar Art. 120 OR, dass beide Forderungen fällig sein müssen, das wird jedoch zu Recht als Redaktionsversehen betrachtet, weil auch Art. 81 OR die Tilgung vor Fälligkeit grundsätzlich gestattet.

⁴¹ A.M. K. Schmidt FS Odersky (1996) 700f.

⁴² Ebenso K. Schmidt FS Odersky (1996) 699.

„Personale“ Unmöglichkeit

– Die Zumutbarkeit pflichtgemäßen Verhaltens –

WILLI JOACHIM

I. Einleitung und Ausgangsfall

1. Problemaufriss

Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (im Folgenden: SMG) hat die „subjektive Komponente“ auch in das Schuldrecht Einzug gehalten. Für verschiedene Leistungshindernisse bei persönlicher Leistungspflicht ist der Begriff der „personalen“ Unmöglichkeit geprägt und in § 275 Abs. 3 BGB¹ aufgenommen worden. Von dieser personalen Sichtweise deutlich abzugrenzen sind die zahlreichen Anwendungsfälle der Störung der Geschäftsgrundlage, welche nunmehr ebenfalls durch das SMG in das BGB unter § 313 Eingang gefunden hat. Dazu hat der Jubilar schon seit 25 Jahren wesentliche und richtungsweisende „Grundlagenarbeiten“ geleistet und zwar zu den einschlägigen Stichwörtern: „Neuverhandlungspflicht“² bzw. unter dem Thema „Vertragsbindung unter veränderten Umständen“.³ Er hat auf die Vertragsdauer und die während der Laufzeit eines Vertrages auftretenden tatsächlichen und rechtlichen Probleme hingewiesen. Wiederholt hat er sich für eine gesetzliche Regelung der Grundzüge über die Störung bzw. den Wegfall der Geschäftsgrundlage stark gemacht.⁴ Die Nach- bzw. Neuverhandlungspflicht im Schuldrecht hat er im Wesentlichen propagiert und formuliert. Bei Änderung bzw. nachträglicher Veränderung vertragswesentlicher Umstände soll als Rechtsfolgenprogramm zunächst die Anpassung des Vertrags verlangt

¹ §§ ohne Angabe sind solche des BGB.

² Horn AcP 181 (1981), 255–288; ders. in: Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts, herausgegeben vom BJM, I 1981, S. 551–645; ders. Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, 1985.

³ Horn Vertragsdauer als Rechtsproblem, NJW 1985, 1118.

⁴ Horn NJW 1985, 1118; Köhler Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung, Festgabe für den Bundesgerichtshof (BGH) I, 2000, S. 295, 296 ff.; Hey Die Kodifizierung der Grundsätze über die Geschäftsgrundlage, in: Kontinuität im Wandel, Beiträge für C.-W. Canaris, 2002, S. 21, 22 ff.

werden können. Erst als „ultima ratio“ soll ein Vertragsrücktritt bzw. beim Dauerschuldverhältnis das Recht zur Kündigung in Betracht kommen.⁵ Dieses „Horn'sche Haus“ über den schuldrechtlichen Regelungs- und Reparaturbetrieb bei Störung der Geschäftsgrundlagen hat der Reformgesetzgeber in § 313 und hier in den Absätzen 1–3 umgesetzt. Von dieser bis ins Einzelne ausgerichteten Lehre über die Störung und den Wegfall der Geschäftsgrundlage ist das Konzept der personalen Unmöglichkeit exakt abzugrenzen. Nur so kann praktische Handhabbarkeit geschaffen und letztlich Rechtssicherheit für die Rechtsgemeinschaft nachvollziehbar begründet werden. Auch als visionärer Rechtsdogmatiker ist der Jubilar hervorgetreten. An seine Beiträge zum Allgemeinen Schuldrecht anknüpfend soll das „Horn'sche Haus“ zu einem „Gesamtgebäude“ ausgebaut und fortgeführt werden.

2. Sachverhalt

Die rechtsdogmatischen Erwägungen zur Unmöglichkeitslehre mögen an folgendem Ausgangsfall verdeutlicht werden:

Der Formel-Eins-Rennfahrer M.S. hat sich gegenüber dem Formel-Eins-Rennveranstalter Berni Energy (B.E.) zur Teilnahme am Formel-Eins-Rennlauf in Imola verpflichtet. Am Tag vor dem Start des Formel-Eins-Rennens erkrankt M.S.'s Mutter ernsthaft. Muss M.S. seinen Dienstvertrag erfüllen und das Formel-Eins-Rennen am Sonntag bestreiten?

Kann er wenigstens – kurzfristig – am Sonntag vor dem Rennen zum Krankenbett seiner Mutter eilen? Oder muss er durchgängig am Training über die Startplatzvergabe bzw. „Qualifying“ teilnehmen?

3. Rechtslage

M.S. ist gemäß § 611 Abs. 1 zur Dienstleistung verpflichtet. Gemäß § 613 muss er seine Fahrleistung höchstpersönlich erbringen. Nach § 275 Abs. 3 könnte seine Leistungspflicht ausgeschlossen sein. Nach dieser Vorschrift kann der Schuldner die von ihm persönlich zu erbringende Leistung verweigern, wenn sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. Bei Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen gewährt die Norm dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht. Die Subsumtion des vorliegenden Sachverhalts unter die einschlägigen Rechtsnormen führt zu folgendem Ergebnis:

M.S. hat die Rennfahrerleistungen persönlich zu erbringen. Hundert Tausende von Tifosis und Ferraristi, Millionen von Rennfahrer-Fans in aller

⁵ So Horn aaO. (Fn. 4).

Welt erwarten sein Antreten und Gewinnen des Rennens. Als Renn-Veranstalter hat B.E. unter Berücksichtigung der Investitionen und wirtschaftlichen Verhältnisse im Zusammenhang mit der weltweiten Vermarktung des „Formel-Eins-Zirkus“ ein erhebliches Leistungsinteresse als Gläubiger am Durchführen des Rennens, und zwar mit allen „Rennfahrer-Assen“, also auch und gerade mit M.S. Der Schuldner M.S. hat eine enorme persönliche Betroffenheit anzuführen. Das seiner Fahrerleistung entgegenstehende Hindernis stellt einen der schwersten persönlichen Schicksalsschläge im Leben eines jeden Menschen dar. Unter Zugrundelegung eines engen und strengen Maßstabs bei der Anwendung von § 275 Abs. 3 und dem hier enthaltenen persönlichen Leistungsverweigerungsrecht kann diese Einrede im Einzelfall nur als krasser Ausnahmefall gewährt werden. Die zusätzlich anzustellende Interessenabwägung zwischen dem Gläubiger- und dem Schuldnerinteresse führt in Anbetracht des Ausnahmecharakters des bei M.S. seiner Leistungserbringung entgegenstehenden Hindernisses zur Bejahung des Ausschlusses der Leistungspflicht. Im Ergebnis kann sich M.S. daher auf sein Leistungsverweigerungsrecht im konkreten Fall berufen.

Die Zusatzfrage nach dem zeitweiligen Krankenbesuch ist wie folgt zu beantworten:

Selbst wenn am Samstag vor dem Rennen noch Trainingsläufe anberaumt sein sollten, kann M.S. unter Hinweis auf § 616 eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit von seiner Leistungspflicht als Rennfahrer befreit werden, ohne den Anspruch auf die Gegenleistung, d.h. sein Entgelt zu verlieren und ohne zur Nach-Leistung verpflichtet zu sein. Bekanntlich stellt die Sondervorschrift des Dienstvertrags- bzw. Arbeitsrechts eine Ausnahmenvorschrift zu § 326 Abs. 1 dar. Grundsätzlich besteht kein Anspruch auf die Gegenleistung, hier des Rennfahrerlohns, wenn dieser seinerseits das Rennen und entsprechende Trainingseinheiten nicht absolvieren muss. Im vorliegenden Fall sind die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 616 erfüllt. Demzufolge hat M.S. einen Anspruch auf volle Lohnzahlung trotz des zeitweiligen Krankenbesuchs. Im Ausgangsfall greift eine Ausnahme vom arbeitsrechtlichen Grundsatz: „Ohne Arbeit kein Lohn!“. Regelmäßig wird M.S. auch bei nur zeitweiser Teilnahme am „Qualifying“ eine veritable, d.h. sportlich herausfordernde Startposition einnehmen, wenn auch nicht stets die „pole position“.

II. Überblick zu § 275 BGB

1. Grobstruktur

- a. § 275 beinhaltet den Ausschluss der Leistungspflicht bei Fällen der Unmöglichkeit. Sie erscheint – wie bisher – in verschiedenen Ausprägungen.
- b. § 275 Abs. 1 enthält die tatsächliche Unmöglichkeit. Danach ist der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.
- c. § 275 Abs. 2 regelt die praktische Unmöglichkeit. Hiernach kann der Schuldner die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat. Im Gegensatz zu § 275 Abs. 1 ist Abs. 2 als Einrede ausgestaltet, d.h. dem Schuldner steht bei Erfüllung der entsprechenden Tatbestandsmerkmale ein Leistungsverweigerungsrecht zu, das er im Einzelfall geltend machen kann, nicht muss.
- d. § 275 Abs. 3 beinhaltet die „personale“ bzw. „persönliche“ Unmöglichkeit. Diese Formel stammt ersichtlich von *Canaris*, einem der maßgebenden, lebenden Rechtsgelehrten und „Väter“ der Schuldrechtsreform.⁶ Von der Gesetzeskonzeption ist das Tatbestandsmerkmal „persönlich“ bewusst in Anführungszeichen zu setzen, weil der Ausschluss der Leistungspflicht i.S.v. § 275 Abs. 1 und Abs. 2 regelmäßig an objektive Merkmale knüpft; subjektive Einflüsse sollen grundsätzlich außer Ansatz bleiben. Die Redeweise von der „personalen“ Unmöglichkeit wird in der Literatur bisweilen als nicht weiter führend kritisiert.⁷ Vor dem Hintergrund einer bisher an objektiven und greifbaren Tatbeständen festzumachenden Unmöglichkeitslehre erscheint diese Sichtweise zunächst nachvollziehbar. Genauer scheint es, bei § 275 Abs. 3 vom Sonderfall der „Unzumutbarkeit persönlicher Leistungen“ zu sprechen.
§ 275 Abs. 3 enthält eine Sonderregelung für eine Leistung, welche in der Person des Schuldners zu erbringen ist. Im Vordergrund stehen Arbeits- und Dienstverträge i.S.v. § 611 sowie § 613 Abs. 1, wonach der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste im Zweifel persönlich zu erbringen hat; daneben erscheinen einzelfallsbezogene Werkverträge nach § 631 und Geschäftsbesorgungsverträge gem. §§ 675, 670, 662 ff.

⁶ *Canaris* Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. XIII.

⁷ So Münchener Kommentar (MK)-*Ernst* BGB, 4. Aufl. 2003, § 275 Rn. 107.

Nicht nur objektive, sondern subjektive, auf die Leistung bezogene persönliche Umstände des Schuldners sollen in Augenschein genommen werden und zur Unmöglichkeit führen können. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend von der „personalen“ bzw. „persönlichen“ Unmöglichkeit die Rede, obwohl grundsätzlich tatsächliche bzw. praktische, mithin objektiv mess- und feststellbare Formen die Unmöglichkeit i.S.v. § 275 prägen. Der Reformgesetzgeber erachtet die subjektive Erweiterung durch § 275 Abs. 3 für geboten, weil die Leistung selbst auf die Person des Schuldners ausgerichtet sei.⁸

- e. Nach § 275 Abs. 3 kann der Schuldner die persönlich zu erbringende Leistung verweigern, wenn sie ihm unzumutbar ist, und zwar unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers. Damit die persönliche Unmöglichkeit im Zusammenhang mit der tatsächlichen und praktischen Unmöglichkeit gesehen werden kann, erfordert die subjektive Unmöglichkeit einen praktikablen und zugleich strengen Maßstab.
- f. Die enge Auslegung der Tatbestandsmerkmale von § 275 Abs. 3 ist zudem deshalb geboten, um eine exakte Abgrenzung zur Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 (objektive GG) und Abs. 2 (subjektive GG) herbeizuführen. Die ähnlich zu § 275 Abs. 3 bei § 313 Abs. 1 gelagerten Tatbestandsmerkmale lauten wie folgt:
Haben sich Umstände, die zur Vertragsgrundlage geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien bei Kenntnis den Vertrag nicht oder nicht so geschlossen, kann Vertragsanpassung verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann. Ähnlich wie bei § 275 Abs. 3 ist auch bei § 313 Abs. 1 eine
 - Einzelfallbeurteilung,
 - Interessenabwägung,⁹
 - Risikoanalyse und -zuweisung,
 - Zumutbarkeitsbeurteilung und letztlich eine
 - auf die Gerechtigkeit des Einzelfalls abzielende Billigkeitsbeurteilung¹⁰ angezeigt.

⁸ Begründung zu § 275, BT-Drucks 14/6040, S. 130 re. Sp.; dazu *Dauner-Lieb* Das Neue Schuldrecht, 2002, S. 110; *MK-Ernst* (Fn. 7), § 275 Rn. 107; *Palandt-Heinrichs* BGB, 65. Aufl., 2006, § 275 Rn. 30; *Jauernig-Vollkommer* BGB, 11. Aufl. 2005, § 275 Rn. 30.

⁹ Zur Interessenabwägung grundsätzlich *Horn* Gutachten, S. 563–571, 626–635; *ders.* NJW 1985, 1118, 1121.

¹⁰ Dazu eingehend *Joachim* Inhalte, Argumentationsstrukturen und Anwendungsbereiche der Billigkeit im deutschen Privatrecht, Bielefeld, 1981, S. 1–551.

Um § 275 Abs. 3 in Anbetracht dieser Ähnlichkeiten – zumindest im Ansatzpunkt – sauber und für die Praxis handhabbar abzugrenzen, bedarf es bei Anwendung von § 275 Abs. 3 der Zugrundelegung eines engen und strengen Maßstabs sowie bei § 313 Abs. 1 – und ähnlich Abs. 2 – Überlegungen zur Opfergrenze der Parteien und einer im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung und Zumutbarkeitsbeurteilung angelegten, einzelfallorientierten Billigkeitsentscheidung.

Die Beurteilung der Zumutbarkeit pflichtgemäßen Verhaltens eröffnet dem Rechtsanwender einen erheblichen Beurteilungsspielraum im Einzelfall. Grundsätzlich kann dies eine Gefahr für die Rechtssicherheit und die praktische Handhabbarkeit eines Teils der Schuldrechtsreform bedeuten. Grund und Folgen der Einführung von § 275 Abs. 3 müssen daher genau erfasst und zukünftig verstärkt von Rechtsprechung und Lehre konkretisiert werden.

2. Einordnung in das neue Leistungsstörungenrecht

An dieser Stelle sollen die erwähnten Normen in das Allgemeine Leistungsstörungenrecht eingeordnet werden. Bekanntlich enthält das Allgemeine Leistungsstörungenrecht Regelungen, die für alle Schuldverhältnisse und insbesondere für alle Verträge gelten.

Das besondere Leistungsstörungenrecht ergänzt die allgemeinen Regeln durch Sondervorschriften, auch Gewährleistungsrecht genannt, für bestimmte Vertragstypen, namentlich für Kauf-, Miet-, z.T. Dienst-, Werk- und Reisevertrag.¹¹

- a. Die Neufassung des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts sowie die Änderungen im Kauf- und Werkvertragsrecht stellen Schwerpunkte der Schuldrechtsreform dar. Unmittelbarer Anlass für das Schuldrechtmodernisierungsgesetz von 2001 (SMG) waren die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG vom 25. 5. 1999, die Zahlungsverzugs-Richtlinie 2000/35/EG vom 29. 6. 2000 sowie die E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG vom 8. 6. 2000. Die erstgenannte Richtlinie orientiert sich wesentlich an dem UN-Kaufrecht. Zentrale Norm des neuen Leistungsstörungenrechts ist die in § 280 niedergelegte Pflichtverletzung.¹²
- b. Neben dem allgemeinen Schadensersatzanspruch wegen Pflichtverletzung, § 280 Abs. 1, treten besondere Regelungen für den Schadensersatz statt der Leistung, § 280 Abs. 3 i. V. m. §§ 281–283. Die bisherige Kategorie des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung entfällt.

¹¹ *Palandt-Heinrichs* (Fn. 8), Vorb v § 275, Rn. 4, *Jauernig-Vollkommer* (Fn. 8), Vor §§ 275–292, Rn. 1 ff.

¹² Vgl. zum neuen Schuldrecht im Überblick *Pfeiffer* Neues Schuldrecht – Gesetzessynopse mit Kurzerläuterung, 2002, S. VI, VII; *Palandt-Heinrichs* (Fn. 8), Vorb v § 275, Rn. 10 ff; *Jauernig-Vollkommer* (Fn. 8), Vor §§ 275–292, Rn. 1 ff.

- c. Die Unmöglichkeit in Form der tatsächlichen, praktischen und persönlichen i.S.v. § 275 Abs. 1 – Abs. 3 bleibt als systematisch ausgestalteter Grund für das Freiwerden von der Verbindlichkeit erhalten.
- d. Der Verzögerungsschaden wird nur unter den besonderen Voraussetzungen des Verzugs ersetzt, § 280 Abs. 2, § 286.
- e. Weitere wesentliche Änderungen stellen die Behandlung anfänglicher Leistungsstörungen dar. Anfängliche Unmöglichkeit zieht nicht mehr die Unwirksamkeit des Vertrages nach sich, § 311 Abs. 1. Der Rücktritt des Gläubigers kann beim gegenseitigen Vertrag auch dann erfolgen, wenn der Schuldner eine angemessene Nachfrist verstreichen lässt, § 323 Abs. 1, also unverschuldet, d.h. ohne Verzug. Durch § 325 ist die bisherige und oft für den Gläubiger als schmerzhaft empfundene Alternativität von Schadensersatz und Rücktritt aufgehoben.
- f. Die vorstehend erwähnte Störung der Geschäftsgrundlage hat als Rechtsinstitut gemäß § 313 Eingang in das Schuldrecht gefunden, ähnlich wie die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund, § 314 sowie des Verschuldens bei Vertragsschluss, § 311 Abs. 2. Insoweit hat der Gesetzgeber richterrechtlich entwickelte Rechtsinstitute kodifiziert.¹³
- g. Die primäre Rechtsfolge einer nachhaltigen Störung bzw. eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage stellt die Neuverhandlungspflicht der Parteien über die Vertragsanpassung dar.¹⁴ Dieses Regelungsprogramm setzt das SMG dergestalt um, indem es in § 313 Abs. 1 zunächst und vorrangig das Recht auf Anpassung des Vertrages niederlegt. Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten bzw. – bei Dauerschuldverhältnissen – das Recht zur Kündigung ausüben. Dies regelt in nachrangiger Anwendbarkeit § 313 Abs. 1 S. 1 und 2.
- h. Im Rahmen dieser kurzen Gesamtschau ist die personale Unmöglichkeit i.S.v. § 275 Abs. 3 als eine vom Schuldner im konkreten Einzelfall zu erhebende Einrede ausdrücklich in das SMG übernommen worden. Der Reformgesetzgeber berücksichtigt bei der Leistungsstörung auch und gerade subjektive Momente. Dabei muss es sich allerdings um eng begrenzte und besonders zu begründende Ausnahmefälle handeln.

¹³ Grundlegend *Horn* Gutachten, S. 551–645; *ders.* NJW 1985, 1118, 1123f; *Pfeiffer* (Fn. 12) S. VIII; *Palandt-Heinrichs* (Fn. 8), Vorb v § 275 Rn. 16 und 23.

¹⁴ Richtungsweisend dazu *Horn* AcP 181 (1981), 276f.; *ders.* NJW 1985, 1118, 1125.

3. *European und Unidroit Principles*

Die European Principles, Art. 9: 102 II b) und die Unidroit Principles, Art. 7.2.2.b), enthalten parallel lautende Vorschriften.¹⁵ Neben der zentralen Pflichtverletzung kommt es auch an auf die verschiedenen Formen der Unmöglichkeit. Dabei findet die Variante der personalen Unmöglichkeit Berücksichtigung. Die internationale Rechtsvereinheitlichung erfasst im modernen Leistungsstörungenrecht unter Betonung des Ausnahmecharakters ebenfalls subjektive Elemente.

III. Personale Unmöglichkeit im Sinn von § 275 Abs. 3 BGB

1. *Tatbestandsmerkmale im Überblick*

Die wesentlichen Tatbestandsmerkmale der personalen Unmöglichkeit sind die folgenden:

a. Persönlich zu erbringende Leistung

Mit Blickrichtung auf das Arbeits- bzw. Dienstvertragsrecht ist gemäß §§ 611 Abs. 1, 613 S. 1 die Leistung regelmäßig durch den Schuldner selbst und nicht durch Erfüllungshelfern zu erbringen.

b. Abwägungsvorgang

Die Leistung muss dem Schuldner unzumutbar sein. Dabei sind zu berücksichtigen

- aa. das der Leistung des Schuldners entgegenstehende Hindernis,
- bb. das Leistungsinteresse des Gläubigers,
- cc. die umfassende Interessenabwägung führt zur Unzumutbarkeit der Leistungserbringung.

c. Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal

Um § 275 Abs. 3 handhabbar gestalten und eng auslegen zu können, sollen – gleichsam als ungeschriebene Tatbestandsmerkmale – aus § 275 Abs. 2 entlehnt hinzukommen:

- aa. Beachtung des konkreten Inhalts des Schuldverhältnisses,
- bb. Beachtung der Gebote von Treu und Glauben, § 242,
- cc. Grobes Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Gläubigers.

¹⁵ Palandt-Heinrichs (Fn. 8), § 275 Rn. 26.

d. Weiteres ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal

Zur Gewährleistung der engen Auslegung von § 275 Abs. 3 ist gemäß § 275 Abs. 2 S. 2 bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen auch zu berücksichtigen, ob er das Leistungshindernis zu vertreten hat. Das Vertreten stellt Verschulden i.S.v. § 276 dar, erfasst also die Formen von Vorsatz und Fahrlässigkeit.

e. Ziel: Vorbeugung einer tatbestandlichen Ausuferung von § 275 Abs. 3

Die genaue Prüfung der vorstehenden geschriebenen und ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale dient dazu, den Anwendungsbereich von § 275 Abs. 3 einzugrenzen, gegenüber anderen Normen abzugrenzen, z. B. § 313 Störung der GG, und letztlich einer Ausuferung der personalen Unmöglichkeit vorzubeugen.

2. Einzelheiten zu § 275 Abs. 3

a. Zusammenhang zwischen § 275 Abs. 2 und Abs. 3

Bei § 275 Abs. 3 ist im Wesentlichen Folgendes zu berücksichtigen: Hat der Schuldner Leistungen aufgrund eines Arbeits-, Dienst- oder Werkvertrages persönlich zu erbringen, übernimmt § 275 Abs. 3 die Funktion von Abs. 2 bzgl. der praktischen Unmöglichkeit.¹⁶ Deshalb müssen die eingeschränkten Voraussetzungen des Abs. 2 über die genaue Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses, der Gebote von Treu und Glauben, des groben Missverhältnisses zum Leistungsinteresse des Schuldners sowie Verschuldensformen berücksichtigt werden.

b. Subsidiarität von § 275 Abs. 3 gegenüber Abs. 1

§ 275 Abs. 3 ist gegenüber Abs. 1 subsidiär, tritt also in seiner Anwendbarkeit zurück. Zur Erläuterung dient folgendes Beispiel: Der wegen Krankheit arbeitsunfähige Arbeitnehmer wird bereits nach § 275 Abs. 1 von seiner Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung frei, und zwar sogar dann, wenn er die Erkrankung verschuldet hat.¹⁷

¹⁶ Palandt-Heinrichs (Fn. 8), § 275 Rn. 30; Jauernig-Vollkommer (Fn. 8), § 275 Rn. 30.

¹⁷ Däubler NZA 2001, 1331, 1332; Palandt-Heinrichs (Fn. 8), § 275 Rn. 30; a.A. Gotthardt/Greiner DB 2002, 2106.

c. Anwendung im Arbeitsrecht

Im Arbeitsrecht ist die personale Unmöglichkeit des Öfteren anzutreffen. § 275 Abs. 3 gewährt dem Schuldner auch dann ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn gesundheitliche Gefährdungen am Arbeitsplatz wegen Nichterfüllung von Arbeitgeberpflichten nach § 618¹⁸ vorliegen, z.B. wenn der Arbeitgeber asbesthaltige Büroräume vorhält oder keine Schutzkleidung bei Erbringung von Arbeitsleistungen in Tiefkühlräumen zur Verfügung stellt.¹⁹ Hierbei sind sämtliche, genauer: die relevanten Einzelfallumstände in den Abwägungsprozess einzustellen, namentlich die Regelungen des Arbeits- und des Tarifvertrages sowie etwaige Betriebsvereinbarungen.

d. Der Leistung entgegenstehendes „Hindernis“

Das „Hindernis“ muss den persönlich zu bewirkenden Leistungsteil erfassen, nur dann ist § 275 Abs. 3 anwendbar, andernfalls bleibt es bei Abs. 2. Der Terminus trifft nicht alle hier zu behandelnden Fälle. Zwar geht es um „Hindernisse“ im tatsächlichen, daneben aber auch im moralischen bzw. ideellen, gleichsam „übertragenen“ Sinn. Für den Schuldner müssen gravierende negative Folgen greifbar sein; sie können materielle wie immaterielle Ausprägungen aufweisen.²⁰

e. Komplexer Abwägungsprozess

Die Unzumutbarkeit der Leistungserbringung erfordert in Anbetracht des detaillierten Abwägungsprozesses und der dabei zu berücksichtigenden hohen Anforderungen gewichtige Umstände in der Schuldnersphäre. Erweist sich das Gläubigerinteresse speziell an der Leistung des Schuldners als wichtig, bleibt letzterer noch zur Leistung verpflichtet, die er bei einem geringer zu bewertenden Gläubigerinteresse als unzumutbar verweigern könnte. Unter Zugrundelegung eines strengen Maßstabs bei Feststellung der Unzumutbarkeit muss sie sich bei der Leistungserbringung als den Schuldner in hohem Maß belastend darstellen,²¹ gleichsam für ihn ein grobes Missverhältnis und einen Verstoß gegen Treu und Glauben bedeuten. Die Verwendung verschiedener unbestimmter Rechtsbegriffe und Vornahme einer Abwägung lassen einen komplexen Wertungsakt im Einzelfall zu. Der Ausnahmefall ist bei der Rechtsanwendung stets herauszuarbeiten und zu begründen.

¹⁸ Henssler/Mutkers ZGS 2002, 219; Palandt-Heinrichs (Fn. 8), § 275 Rn. 30.

¹⁹ BAG BB 1998, 2527; BAG NJW 1999, 162; NJW 1996, 3028; Jauernig-Schlechtriem (Fn. 8), §§ 618, 619 Rn. 2; Wellenhofer-Klein RdA 2003, 155; Schillo-Behling DB 1997, 2022; Möllers NJW 1996, 1050; Palandt-Putzo (Fn. 8), § 618 Rn. 4.

²⁰ MK-Ernst (Fn. 7), § 275 Rn. 115.

²¹ So MK-Ernst (Fn. 7), § 275 Rn. 116; ähnlich Dauner-Lieb (Fn. 8), S. 111.

3. Rechtsfolgen von § 275 Abs. 3 BGB

a. Leistungsverweigerungsrecht

Beim Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen von § 275 Abs. 3 kann der Schuldner die Leistung verweigern, sog. Leistungsverweigerungsrecht. Dieses ist als Einrede ausgestaltet, muss mithin vom Schuldner im jeweiligen Einzelfall ausdrücklich erhoben werden. Er wird nicht kraft Gesetzes von der Leistungserbringung befreit wie in Abs. 1 niedergelegt, sondern nur dann, wenn er sich in privatautonomer Entscheidung darauf beruft.²² In der „Rennfahrer-Realität“ des „Formel-Eins-Zirkus“ ist der mehrmalige Formel-Eins-Weltmeister gestartet und als Sieger durch das Ziel gefahren, und zwar trotz des unmittelbar zuvor zu beklagenden Todesfalles im engsten Familienkreis.

b. Wirksamkeit des Vertrages

Beim gegenseitigen Vertrag steht es der Wirksamkeit eines Vertrages nicht entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1–3 nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt, § 311 a Abs. 1. Der Arbeits-, Dienst-, Werk- und entgeltliche Geschäftsbesorgungsvertrag bleiben mithin wirksam.

c. Gegenleistungsanspruch

Wird der Schuldner gemäß § 275 Abs. 3 von seiner Leistungspflicht frei, entfällt regelmäßig sein Anspruch auf die Gegenleistung, § 326 Abs. 1. Daraus folgt des weiteren: §§ 275, 326 sind zugleich Gefahrtragungsregeln; nach § 275 trägt der Gläubiger die Leistungsgefahr, der Schuldner die Gegenleistungs- bzw. die Preisgefahr.²³

Das Entfallen der Gegenleistung kann im Arbeitsrecht anders sein, falls der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls gemäß § 615 S. 3 trägt; in dieser Norm konkretisiert der Gesetzgeber die Betriebsrisikolehre und gewährt dem Arbeitnehmer in derartigen Fällen gleichwohl den Anspruch auf Vergütung, § 615 S. 3, und zwar dann, wenn dem Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls zufällt.²⁴ Der Arbeitgeber hat dieses Wirtschafts- bzw. Betriebsrisiko stets dann zu tragen, wenn die Ursache für den Arbeitsausfall in seiner Verantwortungssphäre und seinem Einflussbereich liegt. Dazu zählen unter anderem unter Anknüpfung an räumliche Vorstellungen: Aus-

²² *Dauner-Lieb* (Fn. 8), S. 110; *MK-Ernst* (Fn. 7), § 275 Rn. 96 ff., 119; *Palandt-Heinrichs* (Fn. 8), § 275 Rn. 32; *Jauernig-Vollkommer* (Fn. 8), § 275 Rn. 32.

²³ *Palandt-Heinrichs* (Fn. 8), § 275 Rn. 33; *Jauernig-Vollkommer* (Fn. 8), § 275 Rn. 35.

²⁴ *Palandt-Heinrichs* (Fn. 8), § 275 Rn. 30; *Jauernig-Schlechtriem* (Fn. 8), § 615 Rn. 9 f.

fall von Betriebs- und Hilfsstoffen wie Strom, Heizung, Arbeitsmaterial und Maschinen, Brand der Arbeitsstätte, Explosion, Unmöglichkeit der Arbeit in Folge der Witterung am Arbeitsplatz, behördliches Betriebsverbot, grundsätzlicher Auftragsmangel und – wirtschaftlich hervorgerufene – Absatzschwierigkeiten.²⁵ Immer dann, wenn beispielsweise – um im Formel-Eins-Rennbeispiel zu bleiben – die Rennstrecke und/oder das Rennfahrzeug nicht bzw. nicht fahrtauglich zur Verfügung stehen, behält der Arbeitnehmer-Rennfahrer seinen Vergütungsanspruch, obwohl er nicht zur Dienst- bzw. Fahrleistung verpflichtet ist. Er muss auch nicht nachleisten. An derartige Überlegungen zur Risikobereichseinteilung und -zuweisung knüpfen Gesetzgeber, Rechtsprechung und Rechtslehre hinsichtlich Risikoüberlegungen zunehmend an.

Aktuelle Überlegungen zu Risikobereichseinteilungen und -zuweisungen verwendet der moderne Gesetzgeber; auch die Literatur benutzt derartige Gedanken.²⁶ Sie finden nicht nur im Arbeitsrecht Berücksichtigung, sondern treten auch auf als ausdrückliche Risikoverteilung bei der Vermietung von Gewerbeflächen und insbesondere in Einkaufszentren bzw. Shoppingcentern.²⁷

d. Nichterfüllung als Pflichtverletzung

Der Anspruch auf die Erfüllung der Leistungspflicht des Schuldners ist auch dann ausgeschlossen, wenn er die personale Unmöglichkeit zu vertreten hat. In diesem Fall stellt die Nichterfüllung eine Pflichtverletzung i.S.v. § 280 Abs. 1 dar, welche ihn unter Berücksichtigung von § 275 Abs. 2 S. 2 gem. §§ 280, 283 oder – beim gegenseitigen Vertrag – § 311 a zum Schadensersatz verpflichtet.²⁸

4. Zwischenergebnis

Aufgrund vorstehender Ausführungen können Sinn und Zweck von § 275 Abs. 3 wie folgt festgehalten werden: Mit dieser Norm berücksichtigt das SMG die „individuelle Betroffenheit“²⁹ des Schuldners. Anders als in Abs. 1 und Abs. 2 mit der tatsächlichen und praktischen Unmöglichkeit als einem

²⁵ Bspw. BAG NJW 1972, 342; NZA 1991, 67; *Richardi* NJW 1987, 1231, 1235; *Ehmann* NJW 1987, 401; *Palandt-Putzo* (Fn. 8), § 615 Rn. 21, 21a.

²⁶ *Joachim* BB 1988, 119; *ders.* GuT 2003, 166; *ders.* GuT 2004, 147; *ders.* GuT 2005, 99 und 135; *ders.* Dach und Fach – Klarheit oder Krach?!, in: *Blank-Festschrift*, 2006.

²⁷ Dazu ausführlich *Joachim* GuT 2005, 99 und 135.

²⁸ *Kupisch* NJW 2002, 1401 zu redaktionellen Problemen bei der Verweisungskette; *Palandt-Heinrichs* (Fn. 8), § 275 Rn. 31; *Jauernig-Vollkommer* (Fn. 8), § 275 Rn. 34.

²⁹ Zum Konzept der „Betroffenheit des Schuldners“ bei § 275 Abs. 3 MK-*Ernst* (Fn. 7), § 275 Rn. 107.

reinen „Kosten-Nutzen-Vergleich“ werden in Abs. 3 erhebliche subjektive Komponenten mit einbezogen und die persönliche Lage bzw. Betroffenheit des Schuldners berücksichtigt.

IV. Anwendungsfälle

1. Gesetzgebungskonzept

Zur klarstellenden Abgrenzung ist zu betonen: Bei wirtschaftlichen Leistungserschwerungen greift § 313 über die Störung der Geschäftsgrundlage.³⁰ Der SMG-Gesetzgeber erfasst den „Persönlichkeitsbezug“ bzw. die „subjektive Betroffenheit“. Dem Gesetzgeber lagen für § 275 Abs. 3 zwei Schulbeispiele und weitere Anwendungsfälle vor. Überblickartig sollen die einschlägigen Fallkonstellationen erfasst werden.

- a. Für § 275 Abs. 3 wird allgemein der Fall der Sängerin angeführt, die sich weigert aufzutreten, weil ihr Kind lebensgefährlich erkrankt ist.³¹
- b. Ebenfalls unter § 275 Abs. 3 wird der Fall des Arbeitnehmers subsumiert, der seine Arbeit nicht verrichten möchte, weil er in der Türkei zum Wehrdienst einberufen ist und bei Nichtbefolgen des Einberufungsbefehls mit der Todesstrafe rechnen muss.³²
- c. Des weiteren wird auf die während der Arbeitszeit notwendigen Arztbesuche hingewiesen; die Ladung zu Behörden und Gerichtsterminen sowie die notwendige Versorgung schwerwiegend erkrankter Angehöriger werden ebenfalls als Anwendungsbeispiele der persönlichen Unmöglichkeit aufgelistet bzw. anerkannt.³³
- d. Behinderungen auf dem Weg zum Arbeitsplatz durch Klima- und Wetterverhältnisse,³⁴ z. B. Smogalarm oder – künftig – weitgreifende Verkehrssperren wegen Verstoßes gegen die „EU-Feinstaub-Richtlinie“, z. B. Sperrung des „Ruhrschnellwegs“ A 40/ A 52 während der „rush-hour“.

³⁰ BGH NJW 1994, 515, 516; JZ 1978, 235; Köhler BGH-Festgabe I, S. 314ff; Jauernig-Vollkommer (Fn. 8), § 275 Rn. 30; § 313 Rn. 17.

³¹ Begründung zu § 275, BT-Drucks 14/6040, S. 130 re.Sp.; Dauner-Lieb (Fn. 8), S. 110; MK-Ernst (Fn. 7), § 275 Rn. 118; Canaris JZ 2001, 499, 501, re. Sp. wonach er diesen Fall dem Wegfall der GG zuordnet.

³² Begründung zu § 275, BT-Drucks 14/6040, S. 130 re. Sp.; zuvor bereits BAG NJW 1983, 2782; Dauner-Lieb (Fn. 8), S. 111; MK-Ernst (Fn. 7), § 275 Rn. 118; Jauernig-Vollkommer (Fn. 8), § 275 Rn. 30.

³³ Begründung zu § 275, BT-Drucks 14/6040, S. 130 re.Sp.; Dauner-Lieb (Fn. 8), S. 111; zweifelnd MK-Ernst (Fn. 7), § 275 Rn. 18.

³⁴ BAG DB 1983, 396; Palandt-Heinrichs (Fn. 8), § 275 Rn. 30; Jauernig-Vollkommer (Fn. 8), § 275 Rn. 30.

2. Weitere Anwendungsfälle: „Schicksalsschlag“

a. Allgemeines

In der wissenschaftlichen Diskussion finden sich weitere Sachverhalte der personalen Unmöglichkeit. So wird diskutiert, die Problematik der Leistungsverweigerung aus Gewissensgründen ebenfalls unter § 275 Abs. 3 fallen zu lassen.³⁵ Nach anderer Ansicht sind Gewissenskonfliktfälle nur über die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 oder über die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben nach § 242 zu lösen.³⁶ Die letzte Auffassung ist kritisch zu betrachten; denn § 275 Abs. 3 sieht eine derartige Beschränkung der Schuldnerbelange nicht vor. Jedoch sollten nur ernsthafte Gewissenskonflikte unter diese Norm fallen, um sie praktikabel auszugestalten und eine Ausuferung zu vermeiden. Die Berücksichtigung subjektiver Elemente birgt regelmäßig eine Rechtsunsicherheit in sich.

b. Besondere Beispielfälle

Die vorstehenden Darlegungen sollen anhand der nachfolgenden besonderen Beispielfälle vertieft werden. Durch eine Fallgruppenbildung kann zur Rechtssicherheit beigetragen werden.

aa. Schulmassaker

Die Nicht-Teilnahme an der Arbeit für einen Tag kann vom Arbeitnehmer, z.B. vom Hausmeister am Erfurter Gutenberg-Gymnasium, nach § 275 Abs. 3 begehrt werden, wenn dieser als persönlich Betroffener seine Trauer beim Jahres-Gedenken des Schulmassakers zum Ausdruck bringen will. Gleiches gilt für Angehörige der Opfer sowie für Lehrerkollegen.

bb. Irak-Krieg

Weiterhin kann sich der bei Ausbruch des Irak-Krieges zur irakischen Armee einberufene Udai H. auf sein Arbeitsverweigerungsrecht berufen, wenn er als fanatischer Fedajin-Angehöriger dem Einberufungsbefehl Folge leisten will. Denn die Nicht-Befolgung dieses Befehls zöge im – damaligen – Irak unweigerlich die Todesstrafe nach sich.

³⁵ MK-Ernst (Fn. 7), § 275 Rn. 118; Dauner-Lieb (Fn. 8), S. 111.

³⁶ Begründung zu § 275, BT-Drucks 14/6040, S. 130 li. Sp.

cc. „Tsunami“

Derjenige Arbeitnehmer, der Angehörige aufgrund der „Tsunami-Katastrophe“ in Asien vermisst und sie vor Ort – trotz offizieller Warnung und Absage – selbst suchen will, kann sich auf sein personales Leistungsverweigerungsrecht berufen.

Vorstehende Beispielsfälle zeichnen sich als jeweils besonders gelagerte Fallkonstellationen u. a. dadurch aus, dass sie subjektive Elemente und solche Sachverhaltsgestaltungen berücksichtigen, die eine erhebliche und ernsthafte Schwere sowie eine Respekt bzw. Nachsicht gebietende Ausnahmesituation beinhalten. Die persönliche „Betroffenheit“ i. S. eines „Schicksalsschlages“ ist greifbar, zumindest im Grundsatz bei den Fällen für die Rechtsgemeinschaft nachvollziehbar. Sie können systematisierend zur Fallgruppe der „personalen Unmöglichkeit aufgrund Schicksalsschwere bzw. Schicksalsschlages“ zusammengefasst werden. Die Schwere des Schlags muss erkennbar ins Gewicht fallen und die Ausnahmesituation darstellen.

3. Abschließender Fall

Abschließend sei ein Fall aus der „Konzert-Veranstaltungs-Szene“ erörtert; bei ihm steht weniger – prima vista – die „Schicksalsschwere“ im Vordergrund, sondern vielmehr eine „persönliche Betroffenheit“, eine „persönliche Komplikation“. Hier erscheint im Einzelfall durchaus fraglich, ob eine personale Unmöglichkeit zu bejahen ist.

a. Fall: Unmöglichkeit aus immateriellen Gründen

Robby W. hat sich als Jazz- und Popsänger verpflichtet, zu einem einzigen Konzert in Deutschland aufzutreten. Als alleinerziehender Vater muss er dem Konzertveranstalter und Impresario Dieter B. absagen, da ein Babysitter am Konzerttag nicht verfügbar ist. Überdies ist W. junior ernsthaft erkrankt. B. verlangt von W. das Auftreten, hilfsweise Schadensersatz.

b. Lösungsübersicht

aa. B. könnte gegen W. einen Anspruch auf Erbringung der vertraglich vereinbarten Werkleistung, hier des Konzertauftritts, gemäß § 631 Abs. 1 (alternativ als Dienstleistung gem. § 611 Abs. 1) zustehen. Mit Vertragsabschluss ist grundsätzlich ein werkvertraglicher Erfüllungsanspruch³⁷ des B. gegen W. entstanden.

³⁷ Zum Vertragstyp bei künstlerischen Leistungen *Palandt-Sprau* (Fn. 8), Einf. v. § 631 Rn. 15; *Danner-Lieb* Fälle zum neuen Schuldrecht, 2002, S. 60.

bb. Der Anspruch könnte gem. § 275 Abs. 1 ausgeschlossen sein. Ein Fall der tatsächlichen Unmöglichkeit, und zwar hier wegen der Höchstpersönlichkeit der Leistung in der Ausprägung der objektiven Unmöglichkeit, ist nicht gegeben. Es ist durchaus denkbar, dass W. seiner Leistungspflicht nachkommt.

cc. W. könnte eine Einrede aus § 275 Abs. 2 S. 1 erheben. Dann müsste ein grobes Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Gläubigers u. a. gegeben sein. B. hat wegen des einzigen Deutschlandauftritts von W. ein hohes Leistungsinteresse. Demgegenüber besteht der Auftritt W. in der „moralischen Last“, sein krankes Kind zurückzulassen, um aufzutreten. Es erscheint zweifelhaft, ob solche immateriellen Gründe überhaupt und wenn ja, in welchem Ausmaß, objektiv messbar sind. Selbst wenn man dies bejahen wollte, kann man vor dem Hintergrund des umfangreichen wirtschaftlichen Interesses des B. am Auftritt des W. nicht von einem „groben Missverhältnis“ ausgehen. § 275 Abs. 2 S. 1 ist im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

dd. W. könnte die Einrede der Unmöglichkeit aus immateriellen Gründen nach § 275 Abs. 3 zustehen. Diese Norm stellt eine Sonderregelung für subjektive Umstände in der Sphäre des Schuldners dar. Nach überwiegender Meinung soll diese Norm dem hier ebenfalls zu diskutierenden Rechtsinstitut der Störung der GG vorgehen.³⁸

Nach neuem Recht kann W. im vorliegenden Fall wegen der persönlichen Umstände unter Abwägung mit dem Leistungsinteresse von B. der Auftritt nicht zugemutet werden. W. kann daher gem. § 275 Abs. 3 die Leistung verweigern. Eine andere Rechtsauffassung dürfte – im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung – vertretbar sein.

ee. Ein Anspruch des B. gegen W. auf Schadensersatz statt der Leistung könnte sich aus §§ 275 Abs. 4 i.V.m. 280 Abs. 1, Abs. 3 und 283 S. 1 herleiten lassen. Dann müsste W. die Pflichtverletzung zu vertreten haben i.S.v. § 276. Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung scheitert im Fall nach wohl überwiegender Ansicht am fehlenden Vertretenmüssen des W.³⁹

V. Zusammenfassung und Ausblick

§ 275 Abs. 3 erscheint als eine wichtige Ausprägung des SMG im Rahmen des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts. Diese Norm drückt die „personale“ Unmöglichkeit des Schuldners aus und berücksichtigt bei seiner Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung seine individuelle Situation, mithin seine Betroffenheit i.S. einer „Schicksalsschwere“.

³⁸ BT-Drucks 14/6040, S. 130; *Dauner-Lieb* (Fn. 37), S. 61; zum alten Schuldrecht: *MK-Emmerich* BGB 3. Aufl. 1999, § 275 Rn. 39.

³⁹ So zum Fall des verhinderten Chanson-Sängers, *Dauner-Lieb* (Fn. 37), S. 61.

Wie viele Paragraphen des SMG muss auch § 275 Abs. 3 hinsichtlich Art, Umfang und konkreter Anwendungsfälle durch die zukünftige Diskussion und Rechtsanwendung von Jurisprudenz und Judikatur näher ausgestaltet werden. Derzeitig ist die Vorschrift noch nicht abschließend konturiert, bestimmbar und abgrenzbar. Dies gilt vor allem in Anbetracht des ebenfalls vom SMG kodifizierten Tatbestandes der Störung der GG in § 313. Hier sind die Fälle der wirtschaftlichen Leistungserschwerung und Risikotragung aufgrund einer detaillierten Risikobereichsteilung und -zuweisung anzusiedeln. Der Jubilar hat hierzu richtungsweisende, rechtsdogmatische Vorarbeiten geleistet. § 275 Abs. 3 kann praktikabel nur bei Vorliegen extremer Ausnahmesituationen der „Betroffenheit“ des Schuldners zur Anwendung gelangen.

Bewusst ist vorstehend wiederholt von „Schicksalsschwere“ bzw. „Schicksalsschlag“ die Rede. Die Erheblichkeitsschwelle ist hoch anzusetzen. Die Zumutbarkeit pflichtgemäßen Verhaltens ist im Regelfall bei der Erfüllung gegenseitiger Verträge zu erwarten. „Pacta sunt servanda“ ist auch unter Geltung der Schuldrechtsreform ein tragender Rechtsgrundsatz im Rahmen der Vertragsfreiheit von § 311. Nur im extremen Ausnahmefall kann die Unzumutbarkeit pflichtgemäßen Verhaltens Platz greifen. Dazu bedarf es stets einer genauen Erfassung des relevanten Sachverhalts. Die vorstehend entfaltete Fallgruppenbildung mag zur Handhabbarkeit der Norm sowie zur Rechtssystematisierung und zur Rechtssicherheit beitragen.

Dabei ist zukünftig eine am Einzelfall orientierte Zumutbarkeitsbeurteilung unter Zugrundelegung einer umfassenden Interessenabwägung angezeigt, die im Ergebnis auf eine gerechte Entscheidung des Einzelfalls hinausläuft, mithin eine Billigkeitsentscheidung ermöglicht. Diese Einzelfallentscheidung muss für die Rechtsgemeinschaft Konsens begründend getroffen und kommuniziert werden.⁴⁰ Die weitere Diskussion zwischen Rechtsprechung und Wissenschaft trägt über die vorgeschlagene Fallgruppeneinordnung – hoffentlich – zur Ausgestaltung und Klärung der „personalen Unmöglichkeit“ bei.

⁴⁰ Dazu bereits *Joachim* (Fn. 10), S. 300 ff. und 545 ff.

Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach neuem Recht – Zweifelsfragen und Streitstände zu § 839 a BGB

CHRISTIAN KATZENMEIER

I. Einleitung

In einer immer stärker technisierten, spezialisierten und ausdifferenzierten Gesellschaft und Wirtschaftsordnung, deren komplexe und komplizierte nicht-juristische Fragestellungen die zur Entscheidung berufenen Gerichte ohne sachkundige Unterstützung vielfach nicht zu erfassen vermögen, gewinnt die Tätigkeit gerichtlicher Sachverständiger zunehmend an Bedeutung.¹ Deren Stellung hat sich infolge anhaltenden Machtzuwachses aufgrund spezieller Kenntnisse und Erfahrungen gewandelt. Vom ursprünglich eher untergeordneten „Berater des Gerichts“ oder „Gehilfen des Richters“ avancierte der Sachverständige über den nahezu gleichgestellten „wissenden Partner“, die „personifizierte Meta-Analyse“, zum „heimlichen Richter“, „wirklichen Herrn des Verfahrens“, „Entscheidungs-Diktierer“.² Da Gerichte ihre Entscheidungen in weit über 90 % auf die von einem Experten ermittelten Erkenntnisse stützen,³ bergen Falschgutachten ein erhebliches Schadenspotential. Die Frage der Einstandspflicht des gerichtlichen Sachverständigen für Fehlleistungen erwies sich indes als ein von der Schuldrechtsdogmatik letztlich nicht befriedigend zu lösendes Problem.⁴ Im Zuge des Zweiten Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes⁵ fügte der Gesetzgeber daher eine spezielle Haftungsnorm in das Bürgerliche Gesetzbuch ein, zum 1. 8. 2002 trat der neue § 839 a BGB in Kraft. Die Vorschrift ist im Staudinger'schen Kommentar zum BGB, in dem *Norbert Horn* nicht nur das Bürg-

¹ Vgl. *Bayerlein-Heck* Praxishandbuch Sachverständigenrecht, 3. Aufl. 2002, § 1, Rn. 1 ff.

² Vgl. nur *Jessnitzer/Ulrich* Der gerichtliche Sachverständige, 11. Aufl. 2001, Vorwort; spez. zur zentralen Rolle medizinischer Sachverständiger in Arzthaftungsprozessen vgl. *Katzenmeier* Arzthaftung, 2002, S. 395 ff.

³ AnwKomm-BGB/*C. Huber* 1. Aufl. 2005, § 839a, Rn. 1 mwN.

⁴ Monographisch *Eickmeier* Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen für Vermögensschäden, 1993.

⁵ Ges. v. 19. 7. 2002, BGBl. I 2674; vgl. dazu nur den Übersichtsaufsatz von *Wagner* Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, NJW 2002, 2049.

schaftsrecht meisterhaft bearbeitet, sondern u. a. auch das gesamte Deliktsrecht redigiert, in der dreizehnten Bearbeitung aus dem Jahr 2002 noch schmal kommentiert. Zwischenzeitlich aber hat die Rechtswissenschaft die Norm einer eingehenden Analyse unterzogen und eine Reihe von Zweifelsfragen aufgedeckt,⁶ zu denen sich nun Streitstände bilden, bevor die höchstrichterliche Rechtsprechung Gelegenheit erhält, Position zu beziehen.⁷

II. Entstehungsgeschichte und Normzweck

1. Entstehungsgeschichte

Bis zum Inkrafttreten des § 839 a BGB gewährte das Bürgerliche Gesetzbuch nur einen lückenhaften und unzureichenden Schutz vor gutachterlichen Fehlleistungen:⁸ Ein gerichtlich bestellter Sachverständiger ist – anders als der private Gutachter – gegenüber den Parteien des Rechtsstreits oder sonst von einem gerichtlichen Verfahren Betroffenen keiner Vertragshaftung unterworfen,⁹ denn an dem zwischen dem Träger der Gerichtsbarkeit und dem Sachverständigen bestehenden öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis sind die Parteien weder beteiligt, noch entfaltet dieses Schutzwirkungen zu

⁶ Genannt seien an dieser Stelle nur die Monographie von *Thole* Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB, Diss. Bonn 2004; die Kommentierungen zu § 839a BGB von *C. Huber* in: AnwKomm-BGB, 1. Aufl. 2005; *Spickhoff* in: *Soergel* BGB, 13. Aufl. 2006; *G. Wagner* in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2004; die Aufsätze von *Brückner/Neumann* Die Haftung des Sachverständigen nach neuem Delikts- und Werkvertragsrecht, MDR 2003, 906; *Häsemeyer* Die neue Haftungsregelung für gerichtliche Sachverständige (§ 839a BGB) auf dem zivilprozessrechtlichen Prüfstand, in: Festschrift für *Adolf Laufs*, 2006, S. 569; *Jaeger* Sachverständigenhaftung nach Vertrags- und Deliktsrecht, ZAP 2004, Fach 2, 441; *Jacobs* Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, ZRP 2001, 489; *Kilian* Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB, VersR 2003, 683; *ders.* Zweifelsfragen der deliktsrechtlichen Sachverständigenhaftung nach § 839a BGB, ZGS 2004, 220; *Schöpflin* Probleme der Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB, zfs 2004, 241; zu speziellen Fragen: *Hau* Gerichtssachverständige in Fällen mit Auslandsbezug, RIW 2003, 822; *Spickhoff* Die neue Sachverständigenhaftung und die Ermittlung ausländischen Rechts, in: Festschrift für *Andreas Heldrich*, 2005, S. 419; *Uhlenbruck* Die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters als gerichtlicher Sachverständiger, ZInsO 2002, 809; *Wagner/Thole* Die Haftung des Wertgutachters gegenüber dem Ersteigerer, VersR 2004, 275.

⁷ Die Vorschrift gilt gem. Art. 229 § 8 EGBGB für schädigende Ereignisse, die nach dem 31. 7. 2002 eingetreten sind. Bei § 839a BGB ist die spätere Abgabe des Gutachtens maßgebend, vgl. *Zimmermann* Neuregelung zur Haftung gerichtlich ernannter Sachverständiger für Falschgutachten, BuW 2003, 154.

⁸ Vgl. die Gesetzesbegründung zu § 839a BGB in BT-Drs. 14/7752, S. 27 f.; ausführlich *Thole* (Fn. 6) S. 12 ff.

⁹ OLG Düsseldorf, NJW 1986, 2891; *Thole* (Fn. 6), S. 12 ff. Zur vertraglichen Haftung des privaten Sachverständigen gem. §§ 634, 280, 281 BGB vgl. BGH, VersR 2003, 1049; *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906, 909 ff.

ihren Gunsten.¹⁰ Auch eine Haftung aus Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB) kommt mangels Ausübung hoheitlicher Aufgaben durch den Sachverständigen nicht in Betracht.¹¹ Ansprüche konnten sich daher nur aus allgemeinem Deliktsrecht ergeben. Diese Ansprüche waren indes unterschiedlich, je nachdem ob der Sachverständige beeidigt worden oder unbeeidigt geblieben ist: Der beeidigte Sachverständige haftete nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den §§ 154, 163 StGB für jeden Vermögensschaden bereits bei fahrlässiger Falschbegutachtung. Der unbeeidigte Sachverständige haftete – da die den §§ 410 ZPO, 79 StPO zugrunde liegende prozessuale Wahrheitspflicht nicht als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB anerkannt ist¹² – für Vermögensschäden erst bei vorsätzlicher Falschbegutachtung (§ 826 BGB).¹³ Im Übrigen traf ihn eine Haftung nur für die seltenen Fälle einer Verletzung absoluter Rechte (§ 823 Abs. 1 BGB),¹⁴ die von der Rechtsprechung auf vorsätzliche und grob fahrlässige Falschbegutachtung beschränkt wurde.¹⁵ Die unterschiedliche Behandlung war nicht sachgerecht. Ob ein Sachverständiger beeidigt worden oder unbeeidigt geblieben ist, ist eine verfahrensrechtlich und strafrechtlich beachtliche Unterscheidung, haftungsrechtlich indes kein geeignetes Differenzierungskriterium.¹⁶

2. Normzweck

Der Sondertatbestand des § 839 a BGB ermöglicht eine einheitliche Lösung. Für die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen kommt es weder auf dessen Beeidigung an, noch darauf, ob ein Eingriff in ein absolut geschütztes Recht oder Rechtsgut gegeben ist.¹⁷ Die Norm erfüllt eine dop-

¹⁰ BGH, NJW 2003, 2825.

¹¹ BGHZ 59, 310; OLG Düsseldorf, NJW 1986, 2891; *Thole* (Fn. 6) S. 16 ff.; *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 4.

¹² BGHZ 42, 313, 317; 62, 54, 57; AnwKomm-BGB/*Katzenmeier*, 1. Aufl. 2005, § 823, Rn. 549; näher *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 1; ausf. *ders.* Gesetzesverstoß und Haftung, 1998, S. 116 f.; *Thole* (Fn. 6) S. 32 ff.; a. A. *Damm* Die zivilrechtliche Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, JuS 1976, 359, 362.

¹³ OLG Hamm, NJW-RR 1998, 1686.

¹⁴ OLG Nürnberg, NJW-RR 1988, 791: Freiheitsentziehung aufgrund Einweisung in eine psychiatrische Anstalt, die auf einem falschen medizinischen Gutachten beruht.

¹⁵ BVerfGE 49, 304; OLG Schleswig, NJW 1995, 791.

¹⁶ BT-Dr. 14/7752, S. 28, mit Verweis auf BVerfGE 49, 304; aus dem Schrifttum vgl. nur *Canaris* Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, in: Festschrift für *Karl Larenz*, 1983, S. 27, 60.

¹⁷ *Erman/Hecker* BGB, 11. Aufl. 2004, § 839a, Rn. 1: „Erhöhung der wertungssystematischen Konsistenz der Regelungsmaterie.“ Die Vorschrift hat nahezu unbemerkt Einzug ins BGB gehalten. Sie trägt die Handschrift der Kommission für das Zivilprozessrecht von 1976, deren Vorschlag (vgl. BMJ (Hrsg.), Bericht der Kommission für das Zivilprozessrecht, 1977, S. 358 f., Begründung S. 142 f.) vom Gesetzgeber ohne ausführliche Diskussion weitgehend übernommen wurde, vgl. *Wagner* NJW 2002, 2049, 2061 f.

pelte Funktion: Einerseits weitet sie die deliktische Haftung aus, indem sie reine Vermögensschäden, die sonst nur durch spezielle Schutzgesetze und bei vorsätzlich-sittenwidrigem Handeln gegenüber Beeinträchtigungen abgeschirmt sind, in den Schutzbereich einbezieht, andererseits beschränkt sie die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen durchgehend auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.¹⁸ Um dieses Ziel zu erreichen, hat der Gesetzgeber § 839 a BGB als abschließenden Sondertatbestand konzipiert, der den Rückgriff auf die allgemeinen Deliktstatbestände ausschließt.¹⁹

3. Reaktionen

Die Einführung des § 839 a BGB als eigenständiger Haftungstatbestand für gerichtliche Sachverständige ist im Vorfeld kaum diskutiert worden.²⁰ Zwar übten einige Standesvertretungen Kritik, so der Bundesverband öffentlich bestellter und vereidigter sowie qualifizierter Sachverständiger (BVS), der Deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK) und der Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH). Sie befürchteten eine erhebliche Verschärfung des Haftungsrisikos, obwohl dafür kein Handlungsbedarf bestehe und vertraten den Standpunkt, dem gerichtlichen Sachverständigen dürfe als „Gehilfe des Gerichts“ keine schärfere und weitergehende Haftung als dem Richter aufgebürdet werden,²¹ fanden damit aber kein Gehör im Gesetzgebungsverfahren. Die Rechtswissenschaft bewertete die Neuregelung zur Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach Inkrafttreten nahezu einmütig positiv, nachdem der Vorschrift vorher keine besondere Aufmerksamkeit geschenkt worden war. § 839 a BGB wurde begrüßt als „die zur Schadensvermeidung und für die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt optimale Regelung“, als „eine rechtspolitisch sachgerechte Regelung in der goldenen Mitte“, welche die Sachverständigen einerseits zu sorgfältiger Arbeit anhalte, andererseits den Rechtsfrieden wahre, indem sie die Zahl der Regressverfahren gegen sie durch das Erfordernis grober Fahrlässigkeit begrenze.²² In jüngerer Zeit aber werden doch auch Regelungsschwächen

¹⁸ S. auch *Wagner* NJW 2002, 2049, 2062; *Kilian* VersR 2003, 684; *Schöpflin* zfs 2004, 241; MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 3; AnwKomm-BGB/*C.Huber* § 839a, Rn. 14; *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 5; Hk-BGB/*Staudinger*, 4. Aufl. 2005, § 839a, Rn. 1; *Thole* (Fn. 6) S. 39f.

¹⁹ BT-Drs. 14/7752, S. 28; *Bollweg* zfs Sonderheft 2002, 1, 4; krit. *Rosenberg/Schwab/Gottwald* Zivilprozessrecht, 16. Auflage 2004, § 120, Rn. 52: „mit der nach BGB generell möglichen Anspruchskonkurrenz kaum vereinbar.“

²⁰ Vgl. unter II. 2., Fn. 17.

²¹ Vgl. den Aufsatz des Geschäftsführers des BVS *Jacobs* ZRP 2001, 489, 491 f.

²² *Schöpflin* zfs 2004, 241 und 246; s. auch etwa *Däubler* Die Reform des Schadensersatzrechts, JuS 2002, 625, 629; *G.Müller* Das reformierte Schadensersatzrecht, VersR 2003, 1, 8; *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906, 909.

deutlich²³ und es treten Zweifelsfragen auf, die einer Klärung durch Wissenschaft und Rechtspraxis bedürfen.

III. Ausgewählte Streitfragen

1. Anwendungsbereich

§ 839 a BGB verlangt, dass ein Sachverständiger von einem Gericht in einem konkreten Verfahren ernannt worden ist. Der Haftungstatbestand gilt über zivil- und strafrechtliche Erkenntnisverfahren hinaus im Rahmen sämtlicher staatlicher Gerichtsverfahren.²⁴ Streitig ist seine Geltung im Rahmen schiedsgerichtlicher Verfahren. Der BGH hat die von ihm vormals im Wege richterlicher Rechtsfortbildung angenommenen Haftungsprivilegien des Gerichtssachverständigen²⁵ auf den im Schiedsverfahren auftretenden Gutachter erstreckt²⁶ und fand damit Zustimmung in der Literatur.²⁷ Entsprechend wird im Schrifttum nun dafür plädiert, § 839 a BGB analog anzuwenden.²⁸ Der Wortlaut der Norm lasse dies zu, die Gesetzesgeschichte soll dafür sprechen, außerdem rechtfertige die identische Funktion der Verfahren und der in ihnen tätigen Sachverständigen, dem Rechtsfrieden zu dienen, auch die haftungsrechtliche Gleichbehandlung.

Diese Argumentation übersieht, dass die Interessenlage durchaus unterschiedlich ist. Im Schiedsverfahren besteht zum einen schon keine dem § 407 ZPO entsprechende Pflicht des Sachverständigen zur Gutachtenerstattung. Vor allem aber wird der Sachverständige im Schiedsverfahren nicht von einem staatlichen Gericht bestellt, sondern auf Grund eines Vertrages mit den Parteien tätig. Bei Vertragsschluss kann er seine Vergütung ungeachtet des JVEG frei aushandeln, er kann die geforderte Gegenleistung am Umfang des übernommenen Haftungsrisikos ausrichten und die Parteien können Haftungsbeschränkungen vereinbaren. Damit treffen maßgebliche Erwägungen, die den Gesetzgeber zur Einführung des § 839 a BGB veranlasst haben, auf den schiedsgerichtlichen Sachverständigen nicht zu.²⁹ Weil sich die Er-

²³ Vgl. insbes. *Häsemeyer* in: FS *Laufs*, 2006, S. 569 ff.; *Jaeger* ZAP 2004, Fach 2, 441: nicht gelungene Gesetzesänderung.

²⁴ Nachweise bei MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 7; *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 9.

²⁵ Vgl. dazu unter III. 3.

²⁶ BGHZ 42, 313, 316 f.

²⁷ MünchKomm-ZPO/*Münch*, 2. Aufl. 2001, § 1049, Rn. 11, 15; *Stein-Jonas/Schlosser* ZPO, 21. Aufl. 2002, § 1042, Rn. 12; *Schwab/Walter* Schiedsgerichtsbarkeit, 6. Aufl. 2000, Kap. 15, Rn. 18; *Bayerlein-Wessel* Praxishandbuch Sachverständigenrecht (Fn. 1), § 35, Rn. 2.

²⁸ *Schöpflin* zfs 2004, 241, 242 f.; *Staudinger/Wurm* BGB, 13. Bearb. 2002, § 839a, Rn. 8.

²⁹ MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 11: Soweit keine Haftungsbeschränkung vertraglich vereinbart wird, „besteht keinerlei Anlass, im Wege der Analogie oder der ergän-

satzpflicht für Vermögensschäden der Parteien aus dem Vertrag ableiten lässt, der Grundlage für die Gutachtenerstattung ist, besteht weder Raum noch Bedürfnis für eine exklusive deliktische Haftungsregelung. Die Einstandspflicht des schiedsgerichtlichen Sachverständigen richtet sich daher weiterhin nach den vertraglichen Vereinbarungen und nach allgemeinem Deliktsrecht.³⁰

2. Erstattung eines unrichtigen Gutachtens

a. Der Haftungstatbestand setzt voraus, dass der Sachverständige ein „unrichtiges Gutachten“ erstattet hat. Ein Gutachten ist unrichtig, wenn es objektiv falsch ist. Das ist insbesondere der Fall, wenn falsche oder unvollständige Tatsachen zugrunde gelegt oder aus richtigen Tatsachen falsche Schlussfolgerungen gezogen werden. Die Unrichtigkeit kann sich auch daraus ergeben, dass das Gutachten allgemein vertretenen Ansichten nicht entspricht.³¹ Mit dieser Definition der „Unrichtigkeit“ fangen die Probleme der Praxis freilich erst an, die Subsumtion unter den Begriff kann sich schwierig gestalten.³² So lässt sich die Unrichtigkeit oftmals erst anhand eines zweiten Gutachtens erkennen, das seinerseits falsch sein kann, so dass ein weiteres („Ober“-)Gutachten erforderlich ist, ohne dass dies eine Richtigkeitsgarantie böte. Auf diese Weise drohen infinite Kettenprozesse, zudem setzt sich die Abhängigkeit der Parteien und des Gerichts von den Sachverständigen im Regressverfahren fort. Soll dieses nicht dem Streit rivalisierender Sachverständiger anheim gestellt werden, kann es bei der Frage, ob ein Gutachten richtig oder unrichtig ist, nur um eine Plausibilitätskontrolle gehen. Überspitzt gesagt: „Solange das Gutachten in seiner Argumentation logisch nachvollziehbar ist und keine formellen Fehler aufweist, kann es praktisch kaum falsch sein.“³³ Freilich müssen Lehren oder Untersuchungsmethoden, die in den maßgeblichen Fachkreisen allgemein und zweifelsfrei anerkannt sind, der Expertise zugrunde gelegt werden, denn das Sachverständigengutachten ist „keine Spielwiese für neue und noch nicht genügend gesicherte

zenden Vertragsauslegung nachzubessern und den Sachverständigen in den Genuss eines Privilegs kommen zu lassen, das den Wert seiner Leistungen für seine Vertragspartner herabsetzt und folgerichtig also das vertragliche Äquivalenzinteresse verändert.“

³⁰ Thole (Fn. 6) S. 84 ff.; s. auch MünchKomm-BGB/Wagner § 839a, Rn. 11; AnwKomm-BGB/C.Huber § 839a, Rn. 21; Soergel/Spickhoff § 839a, Rn. 18; Hk-BGB/Staudinger § 839a, Rn. 2; Cabn Einführung in das neue Schadensersatzrecht, 2003, Rn. 152.

³¹ Jaeger/Luckey Das neue Schadensersatzrecht, 2002, Rn. 419; Kilian VersR 2003, 683, 685.

³² So zu Recht Schöpfungl zfs 2004, 241, 243; Brückner/Neumann MDR 2003, 906, 907; eingehend zur Frage nach dem Maßstab der Richtigkeit Thole (Fn. 6) S. 93 ff.

³³ Brückner/Neumann MDR 2003, 906, 908; krit. Soergel/Spickhoff § 839a, Rn. 20, Fn. 73. Diese Sichtweise wird wegen des Erfordernisses grober Fahrlässigkeit auf Verschuldensebene (dazu unter III. 3.) nicht virulent.

Theorien“.³⁴ Herrschen mehrere widerstreitende Auffassungen vor, muss der Sachverständige einer folgen, die abweichende(n) Meinung(en) aber deutlich machen.³⁵ Verbleibende Zweifel müssen ebenso wie die eigene Vorgehensweise und bestehende Alternativen offen gelegt werden.³⁶

b. Gelegentlich sehen Gerichte von der Erhebung eines Sachverständigenbeweises ab und verwerten Gutachten, die in einem anderen Prozess eingeholt wurden. Das war früher nur im Wege des Urkundsbeweises zulässig,³⁷ seit dem 1. 9. 2004 gestattet der neue § 411 a ZPO auch die Verwertung als Sachverständigenbeweis, wodurch nun nicht mehr nur bewiesen werden kann, dass ein Sachverständiger eine bestimmte Bewertung vorgenommen hat, sondern die Bewertung selbst Ergebnis der Beweisaufnahme ist.³⁸ Materiellrechtlich stellt sich die Frage, ob der Sachverständige gem. § 839 a BGB auch für Schäden haftet, die sein unrichtiges Gutachten durch eine unrichtige Entscheidung im Folgeprozess hervorgerufen hat.

Im Schrifttum stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Die eine spricht sich dafür aus, die Haftung auf das Ursprungsverfahren zu begrenzen, da das Risiko des Sachverständigen sonst unkalkulierbar sei, zumal er keinen Einfluss darauf hat, in welchen Prozessen sein Gutachten herangezogen wird. Die Parteien eines späteren Prozesses hingegen hätten es in der Hand, die Haftung herbeizuführen, indem sie die abermalige Bestellung zum Gutachter beantragen.³⁹ Die entgegen gesetzte Auffassung spricht sich für eine Haftung auch gegenüber den Parteien des Folgeprozesses aus. Zwar erhöhe sich auf diese Weise das den Sachverständigen treffende Haftungsrisiko, doch wiege dies nicht schwer, solange die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt bleibe, der Sachverständige also um die Unrichtigkeit des Gutachtens wisse oder diese mit einfachsten Mitteln vermeiden könne.⁴⁰

Für letztgenannten Standpunkt spricht die Rechtsnatur des § 839 a BGB als Norm des Deliktsrechts. Andererseits ist zu bedenken, dass der Sachverständige nicht mehr in dem Maße an das die Entscheidung treffende Gericht angebunden ist, wenn sein Gutachten von diesem lediglich als Schriftstück gewürdigt wird, keine Nachfragen gestellt werden und keine Erläuterungen

³⁴ Kilian VersR 2003, 683, 685.

³⁵ Jessnitzner/Ulrich (Fn. 2) Rn. 242; Kilian VersR 2003, 683, 685.

³⁶ S. auch MünchKomm-BGB/Wagner § 839a, Rn. 17: Ist nur ein Wahrscheinlichkeitsurteil möglich, darf der Sachverständige keine Sicherheit vorgaukeln, sondern muss sich auf einen Wahrscheinlichkeitsschluss beschränken und den Wahrscheinlichkeitsgrad richtig angeben.

³⁷ Vgl. Stein-Jonas/Leipold ZPO, 21. Aufl. 1999, vor § 402, Rn. 54; MünchKomm-ZPO/Damrau, 2. Aufl. 2000, § 402, Rn. 8.

³⁸ BT-Drs. 15/1508, S. 19f.; Hk-ZPO/Eichele, 1. Aufl. 2006, § 411a, Rn. 2; Rath/Küppersbusch Erstes Justizmodernisierungsgesetz – § 411 a ZPO und seine Auswirkungen auf den Personenschadensprozess, VersR 2005, 890.

³⁹ Schöpflin zfs 2004, 241, 243; i.Erg. auch Cahn (Fn. 30) Rn. 151.

⁴⁰ MünchKomm-BGB/Wagner § 839a, Rn. 29; s. auch AnwKomm-BGB/C.Huber § 839a, Rn. 28.

erfolgen können. Dies spricht für eine eher restriktive Handhabung der Norm.⁴¹ Bei dem Hinweis auf das Verschuldenserfordernis als geeignetem Regulativ ist zu bedenken, dass dieses sich grundsätzlich nur auf die Verletzung der Verhaltenspflicht (die Falschbegutachtung), nicht hingegen auf den eingetretenen Schaden beziehen muss.⁴²

3. Erfordernis qualifizierten Verschuldens

Eine Haftung des gerichtlichen Sachverständigen besteht nach § 839 a BGB nur im Falle grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Handelns, nicht bei einfacher Fahrlässigkeit. Die Privilegierung wird damit begründet, dass anderenfalls dem Sachverständigen die innere Freiheit genommen würde, derer er bedürfe, um sein Gutachten unabhängig und ohne Druck eines möglichen Rückgriffs erstatten zu können. Dies gelte umso mehr, als der öffentlich bestellte Sachverständige regelmäßig zur Erstattung verpflichtet sei.⁴³

Mit dem Erfordernis qualifizierten Verschuldens setzt § 839 a BGB die bisherige Rechtsprechung zur Haftung des Gutachters aus § 823 Abs. 1 BGB fort.⁴⁴ Dabei verlief diese nicht gradlinig. In der spektakulären und heftig kritisierten Entscheidung im Fall *Weigand*, in dem ein Rechtsanwalt auf Grund eines grob fehlerhaften psychiatrischen Gutachtens über drei Monate zwangsweise in einer Heilanstalt untergebracht worden war, hatte der BGH die Einstandspflicht des Gerichtssachverständigen gar auf Fälle vorsätzlich falscher Begutachtung beschränkt.⁴⁵ Dem ist das BVerfG jedoch entgegengetreten, wodurch die – bis zu dieser Entscheidung vom BGH bejahte – Haftung für grob fahrlässig verursachte Schäden wieder hergestellt wurde.⁴⁶ Vier der acht Richter plädierten darüber hinaus gegen jedwede Beschränkung der Sachverständigenhaftung und damit für eine Einstandspflicht bereits bei leichter Falschbegutachtung, wie sie auch von großen Teilen der Literatur für richtig gehalten wird.⁴⁷ Der Gesetzgeber ist dem mit der Rege-

⁴¹ *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 11; ähnlich *Kilian* VersR 2003, 683, 685, der die Haftung von der nochmaligen Vernehmung als Sachverständiger im Folgeprozess abhängig machen will; *ders.* ZGS 2004, 220, 221, lässt es genügen, wenn das Verfahren eine dienende Funktion gegenüber dem anderen einnimmt, wie etwa ein selbständiges Beweisverfahren gegenüber dem Hauptverfahren.

⁴² Vgl. zur entspr. Frage bei §§ 823 Abs. 2, 839 BGB die Entscheidungen BGHZ 34, 375, 381; BGH, NJW 1965, 962, 963.

⁴³ BT-Dr. 14/7752, S. 28.

⁴⁴ BVerfGE 49, 304, 316 ff.; OLG Schleswig, NJW 1995, 791, 792.

⁴⁵ BGHZ 62, 54, 57 ff. = NJW 1974, 312; abl. *Hopt* JZ 1974, 551, 552; *Rasehorn* Zur Haftung für fehlerhafte Sachverständigengutachten, NJW 1974, 1172, 1173; *Damm* JuS 1976, 359, 361 ff.

⁴⁶ BVerfGE 49, 304, 316 ff. = NJW 1979, 305.

⁴⁷ Vgl. *Hopt* JZ 1974, 551, 552; *Brüggemeier* Deliktsrecht, 1986, Rn. 212; *Staudinger/J.Ha-ger*, 13. Bearb. 1999, § 823, Rn. B 56.

lung in § 839 a BGB nicht gefolgt. Aufgrund der „dissenting opinion“ wird vereinzelt von einer latenten Gefahr der Verfassungswidrigkeit der neuen Norm gesprochen.⁴⁸

Bei näherer Betrachtung erweist sich jedes der für die Haftungsprivilegierung angeführten Argumente als angreifbar.⁴⁹ Der Hinweis auf die innere Freiheit des Gutachters vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil auch etwa Rechtsanwälte oder Ärzte innere Freiheit und Unabhängigkeit für ihre Berufsausübung benötigen, trotzdem – bei jeweils strengem Pflichtenprogramm – für jede Fahrlässigkeit haften.⁵⁰ Das Argument, die Beschränkung sei sachgerecht, weil Sachverständige nach den Verfahrensordnungen verpflichtet seien, Gutachten zu erstatten (§ 407 ZPO; § 75 StPO), sich dem nicht entziehen könnten, überzeugt wenig, weil in der Praxis die Befreiungsmöglichkeit nach § 408 ZPO häufig zum Tragen kommt.⁵¹ Die These, bei einer Haftung auch für leichte Fahrlässigkeit falle es schwer, überhaupt gerichtliche Sachverständige für eine Begutachtung zu gewinnen, verwirft das Schrifttum als nicht verifiziert,⁵² im Übrigen schütze der Abschluss einer Haftpflichtversicherung vor persönlicher Inanspruchnahme.⁵³ Auch der Umstand, dass der gerichtliche Gutachter keine marktkonforme Vergütung, sondern lediglich eine Entschädigung nach dem JVEG erhält, rechtfertige noch keine Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit, sondern nur eine Anhebung der als unzureichend erachteten Entschädigungssätze.⁵⁴

Übrig bleibt das Argument des Schutzes der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung. Der Gesetzgeber will der Gefahr begegnen, „dass rechtskräftig abgeschlossene Prozesse im Gewand des Sachverständigenhaftungsprozesses neu aufgerollt werden“.⁵⁵ Das Erfordernis grober Fahrlässigkeit mindert den Anreiz für die unterlegene Partei, das Verfahrensergebnis durch

⁴⁸ AnwKomm-Schuldrecht/ *C.Huber* 2002, § 839a, Rn. 36.

⁴⁹ S. bereits *Hopt* JZ 1974, 551, 553 f.; zu § 839a vgl. *Thole* (Fn. 6) S. 63 ff.; *Jaeger/Luckey* (Fn. 31) Rn. 410 ff.; AnwKomm-BGB/ *C.Huber* § 839a, Rn. 6 ff., 11: alle ins Feld geführten Argumente stehen auf tönernen Beinen; auch *G.Müller* VersR 2003, 1, 8.

⁵⁰ Vgl. *Borgmann/Jungk/Grams* Anwaltshaftung, 4. Aufl. 2005; *Vollkommer/Heinemann* Anwaltshaftungsrecht, 2. Aufl. 2003; *Zugehör* Handbuch der Anwaltshaftung, 1999; *Giesen* Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995; *Katzenmeier* Arzthaftung (Fn. 2).

⁵¹ MünchKomm-BGB/ *Wagner* § 839a, Rn. 4; AnwKomm-BGB/ *C.Huber* § 839a, Rn. 8.

⁵² *Jaeger/Luckey* (Fn. 31) Rn. 412; *C.Huber* Das neue Schadensersatzrecht, 2003, § 5, Rn. 31; anders *G.Müller* VersR 2003, 1, 8: „denkbar pragmatischer Gesichtspunkt, dessen Bedeutung aber nicht gering zu veranschlagen ist“.

⁵³ *Hopt* JZ 1974, 551, 553. Zu den Grenzen des Versicherungsschutzes *Bayerlein-Litbarski* Praxishandbuch Sachverständigenrecht (Fn. 1), § 40, Rn. 52 ff.

⁵⁴ AnwKomm-BGB/ *C.Huber* § 839a, Rn. 9; abw. MünchKomm-BGB/ *Wagner* § 839a, Rn. 4: die Vorschrift substituiere eine Regelung, die dem hypothetischen Vertragsinhalt entspreche.

⁵⁵ BT-Dr. 14/7752, S. 28.

einen Regressprozess nachbessern zu wollen.⁵⁶ Freilich wird die Rechtskraft des Urteils durch einen solchen Regress formal nicht angetastet, da es nur zwischen den Parteien wirkt (§ 325 Abs. 1 ZPO) und sich nicht auf den Gutachter erstreckt.⁵⁷ Aber die Rechtskraft wird faktisch tangiert, kann ihre Befriedungsfunktion im (Haupt-) Prozess nicht mehr erfüllen, wenn es für den Unterlegenen allzu leicht ist, sich beim Gutachter zu erholen.⁵⁸ Insofern dient das qualifizierte Verschuldenserfordernis „dem Schutz der Entscheidung selbst, deren Bestandskraft nur durch als gewichtig ausgewiesene Zweifel in Frage gestellt werden darf, und auch dem Schutz der Beteiligten: Es gilt zu verhindern, dass sie mit Sekundärprozessen allein zwecks Artikulation erlittener Enttäuschungen überzogen werden.“⁵⁹ Freilich handelt es sich nicht um eine Eigenheit gerade der Sachverständigenhaftung, vielmehr können solche Regressprozesse insbesondere auch etwa gegen Rechtsanwältinnen geltend gemacht werden.⁶⁰

Festzuhalten bleibt, dass kein Argument die Haftungsprivilegierung zweifelsfrei begründet, die Regelung in § 839 a BGB im Ergebnis gleichwohl ein anerkanntes Ziel verfolgt.⁶¹ In Zukunft wird viel davon abhängen, wie der Haftungsmaßstab der groben Fahrlässigkeit im Einzelnen eingestellt wird. Die Abgrenzung von grober und einfacher Fahrlässigkeit lässt den Gerichten Spielraum.⁶² Bei der gebotenen Zurückhaltung der Qualifizierung eines Gutachtens als „falsch“ und Anerkennung eines weiten Beurteilungsspielraumes⁶³ wären die dann noch festgestellten Fehler regelmäßig als grob fahrlässig einzustufen.

4. Gerichtliche Entscheidung

Eine Ersatzpflicht nach § 839 a BGB kommt nur insoweit in Betracht, als einem Prozessbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung, die auf dem

⁵⁶ *Karczewski* Der Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, VersR 2001, 1070, 1075; *G. Müller* VersR 2003, 1, 8; *Schöpflin* zfs 2004, 241; *Thole* (Fn. 6) S. 58.

⁵⁷ Rechtskrafterstreckung erwogen von *Hopt* Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung, 1968, S. 296; *ders.* JZ 1974, 551, 553.

⁵⁸ Vgl. *Häsemeyer* in: *FS Laufs*, 2006, S. 569, 579; *Thole* (Fn. 6) S. 58 f., 63 f.

⁵⁹ *Häsemeyer* in: *FS Laufs*, 2006, S. 569, 574, der auf S. 578 ff. für eine Harmonisierung von Regressrecht und Restitutionsrecht plädiert.

⁶⁰ *Hopt* JZ 1974, 551, 553; *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906, 909 meinen, es sei „nicht zu erwarten, dass es zu einer großen Zahl an Sachverständigenhaftungsprozessen kommen wird, zumal die Prozessbevollmächtigten in besonderem Maße gefordert sind, Gutachten im Hinblick auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, um nicht selbst in die Haftung genommen zu werden.“

⁶¹ So auch *G. Müller* VersR 2003, 1, 8; *Thole* (Fn. 6) S. 256.

⁶² *Wagner* NJW 2002, 2049, 2062; näher zur Feineinstellung in der tatrichterlichen Praxis *Thole* (Fn. 6) S. 107 ff.

⁶³ Vgl. die Ausführungen unter III. 2.

Gutachten beruht, ein Schaden entsteht. Damit sind Schädigungen Dritter von der Vorschrift nicht erfasst, die bei Ausübung der Gutachtertätigkeit entstehen, z. B. durch Körperverletzungen bei der Untersuchung,⁶⁴ durch Sachbeschädigungen bei einer Ortsbegehung oder durch Verletzungen der Schweigepflicht i. S. d. § 203 StGB.⁶⁵ Für solche „Begleitschäden“ haftet der Sachverständige – ebenso wie für „Verzögerungsschäden“, also Verletzungen der Pflicht, das Gutachten in angemessener oder vom Gericht gesetzter Frist zu erstatten – nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 823 ff. BGB),⁶⁶ da sie sich nicht in der gerichtlichen Entscheidung niederschlagen.

An die Form der gerichtlichen Entscheidung (Urteil oder Beschluss) stellt § 839 a BGB keine besonderen Anforderungen. Erfasst werden nicht nur verfahrensabschließende Entscheidungen, sondern auch Zwischenurteile, vorläufige Entscheidungen, sowie Verfügungen im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes.⁶⁷ Ausgeschlossen von der Ersatzpflicht sind aber die Fälle anderweitiger Erledigung des Rechtsstreits als durch gerichtliche Entscheidung, so z. B. wenn die Parteien einen Vergleich abschließen. Das überzeugt wenig, denn das Gutachten kann die Einschätzung der Prozessaussichten wesentlich beeinflussen, die wiederum maßgebender Faktor für den Inhalt des Vergleichs sind.⁶⁸ Die Regierungsbegründung rechtfertigt die Einschränkung mit der Erwägung, der Nachweis, dass das Gutachten auf die Motivation der Parteien eingewirkt hat, sei bei Vergleichsschlüssen ohnehin nur schwer zu erbringen.⁶⁹ Diese Begründung befremdet.⁷⁰ Typische Probleme beim Nachweis der Kausalität rechtfertigten auch sonst keine gesetzliche Freistellung des Schädigers von der Haftung,⁷¹ sondern geben im Gegenteil Anlass zu Überlegungen, ob und gegebenenfalls welche Beweiserleichterungen dem Geschädigten zu gewähren sind, damit eine Haftung nicht wegen zu hoher Hürden des Beweisrechts leer läuft.⁷²

⁶⁴ BGHZ 59, 310.

⁶⁵ OLG Hamm, MedR 1995, 328.

⁶⁶ Palandt/Sprau, 65. Auflage 2006, § 839a, Rn. 5; MünchKomm-BGB/Wagner § 839a, Rn. 25 f.; AnwKomm-BGB/C.Huber § 839a, Rn. 48; Soergel/Spickhoff § 839a, Rn. 40 ff.; Kilian VersR 2003, 683, 686. Für eine Begrenzung auch dieser Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit Thole (Fn. 6) S. 191 ff.

⁶⁷ MünchKomm-BGB/Wagner § 839a, Rn. 19; AnwKomm-BGB/C.Huber § 839a, Rn. 18.

⁶⁸ Däubler JuS 2002, 625, 629; Kilian VersR 2003, 683, 686; Thole (Fn. 6) S. 183 ff.; Häsemeyer in: FS Laufs, 2006, S. 569, 572 f.

⁶⁹ BT-Dr. 14/7752, S. 28; so auch schon der Bericht der Kommission für das Zivilprozessrecht (Fn. 17), S. 143.

⁷⁰ So auch Cahn (Fn. 30) Rn. 157; zustimmend aber Kilian VersR 2003, 683, 686, Fn. 50.

⁷¹ Anders nur, wenn an die Stelle der Haftung eine versicherungsrechtliche Lösung tritt, dazu Katzenmeier Überlagerungen des Schadensrechts durch das Versicherungsrecht, VersR 2002, 1449, 1454 f. mwN.

⁷² Vgl. Katzenmeier Beweismaßreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung, ZJP 117 (2004), 187 ff.; spez. zur Produkthaftung ders. Entwicklungen des Produkthaftungsrechts, JuS 2003, 943, 947 f.; zur Arzthaftung ders. Arzthaftung, 2002, S. 416 ff., 421 ff.

Ist § 839 a BGB auf die Fälle vergleichsweiser Streitbeilegung nicht anwendbar und kommt angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts sowie der Gesetzesbegründung auch keine analoge Anwendung in Betracht, so stellt sich die Frage, ob nun wieder die allgemeinen Haftungsnormen anwendbar sind.⁷³ Dagegen spricht, dass dadurch die Beeidigung als haftungsrechtliches Differenzierungskriterium wieder belebt würde.⁷⁴ Andererseits verliert die vom Gesetzgeber mit dem Zivilprozessreformgesetz so nachdrücklich propagierte gütliche Streitbeilegung⁷⁵ an Attraktivität, verneint man eine Ersatzpflicht des Sachverständigen zur Gänze.⁷⁶ Darüber hinaus droht dann dem Anwalt des Geschädigten die Regressfalle, wenn er in Prozessen, in denen ein Gutachten erstattet wurde, zu einem Vergleich rät. Die Auswirkungen sollten nicht überbewertet werden, doch wird der Rechtsanwalt seinen Mandanten über den Wegfall eines potentiellen Haftungsschuldners stets aufklären müssen.⁷⁷

5. Kausalität

Notwendig für eine Haftung nach § 839 a BGB ist, dass die gerichtliche Entscheidung auf dem unrichtigen Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen beruht. Dieser Kausalitätsnachweis kann theoretisch erhebliche Schwierigkeiten bereiten, da der unabhängige Richter eine eigene Entscheidung trifft.⁷⁸ In der Praxis hilft dem Geschädigten jedoch, dass das Gericht gehalten ist, sich in seiner Entscheidung mit einem eingeholten Gutachten auseinanderzusetzen und auszuführen, inwieweit dieses der Entscheidung zugrunde liegt.⁷⁹ Kausalität ist zu bejahen, wenn das Gericht dem Gutachten zumindest teilweise folgt und die Möglichkeit nicht auszuschließen ist, dass die Entscheidung ohne das Gutachten oder bei anderem Inhalt und Ergebnis

⁷³ Dafür *Palandt/Sprau* § 839a, Rn. 6; *Jauernig/Teichmann* BGB, 11. Auflage 2004, § 839a, Rn. 1; *Cahn* (Fn. 30) Rn. 158; auch *Erman/Hecker* § 839a, Rn. 11, jedoch unter Annahme einer dem § 839a BGB entsprechenden Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit.

⁷⁴ *MünchKomm-BGB/Wagner* § 839a, Rn. 20.

⁷⁵ Vgl. dazu *Katzenmeier* Zivilprozess und außergerichtliche Streitbeilegung, ZZP 115 (2002), 51 ff.

⁷⁶ *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 34. § 779 BGB und § 313 BGB dürften den Parteien nur selten einen Ausweg bieten, so aber *MünchKomm-BGB/Wagner* § 839a, Rn. 20; sympathisierend *AnwKomm-BGB/C.Huber* § 839a, Rn. 40.

⁷⁷ *Hk-BGB/Staudinger* § 839a, Rn. 4; *AnwKomm-BGB/C.Huber* § 839a, Rn. 41; abw. *Schöpflin* zfs 2004, 241, 244: nur bei ernsthaften Zweifeln an der Richtigkeit eines Gutachtens.

⁷⁸ Hinweis von *MünchKomm-BGB/Wagner* § 839a, Rn. 22, dass die Vorschrift jeden Zweifel daran ausschließt, dass die Entscheidung des Gerichts den Zurechnungszusammenhang zwischen dem Schaden und dem unrichtigen Gutachten nicht unterbricht.

⁷⁹ *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 19) § 120, Rn. 65; *Zöller/Greger* ZPO, 25. Auflage 2005, § 402, Rn. 7a; *Jessnitzer/Ulrich* (Fn. 2) Rn. 190; *Kilian* VersR 2003, 683, 686: *prima-facie*-Beweis.

weniger ungünstig für den betreffenden Verfahrensbeteiligten ausgefallen wäre.⁸⁰ Es ist nicht erforderlich, dass das Gutachten Grundlage für die gesamte Entscheidung ist, sondern es genügt, dass Teile der Entscheidung darauf beruhen. Zu beachten ist außerdem, dass Mitursächlichkeit für eine Haftung genügt. Das unrichtige Gutachten muss also nicht alleinige Grundlage der Entscheidung oder einzelner Teile sein, vielmehr reicht aus, dass es neben anderen Beweismitteln zur Überzeugungsbildung des Gerichts beigetragen hat.⁸¹ Der Gefahr einer Überdehnung der Einstandspflicht ist durch Eingrenzungen des Haftungsumfangs zu begegnen: Der Sachverständige hat nicht den gesamten Schaden zu ersetzen, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, sondern haftet nur für die Schäden, die – vermittelt über die gerichtliche Entscheidung – gerade durch die Unrichtigkeit des Gutachtens verursacht worden sind.⁸²

6. Haftungsausschluss nach Abs. 2

a. § 839 a Abs. 2 BGB ordnet die entsprechende Geltung des § 839 Abs. 3 BGB an. Danach tritt eine Ersatzpflicht nicht ein, „wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden“. Zum Ausdruck kommt damit der Vorrang des Primärrechtsschutzes: Der Betroffene soll nicht – getreu dem Motto „dulde und liquidiere“ – eine fehlerhafte gerichtliche Entscheidung hinnehmen und sich dann beim Sachverständigen schadlos halten können.⁸³ Bei der Bestimmung handelt es sich um eine besondere Ausprägung des Mitverschuldensprinzips, das allgemein in § 254 BGB niedergelegt ist. Während § 254 BGB aber die Berücksichtigung und Abwägung der Umstände des Einzelfalls gestattet und die Möglichkeit der Anspruchsminderung und Schadensteilung vorsieht, führt § 839 Abs. 3 BGB bei jeder Form schuldhafter Schadensmitverursachung zum völligen Anspruchsverlust. Die Bestimmung ist fragwürdig, vor allem insoweit sie den Sachverständigen selbst bei vorsätzlicher Erstattung eines unzutreffenden Gutachtens vor einer Inanspruchnahme durch geschädigte Verfahrensbeteiligte schützt, die leicht fahrlässig die Einlegung eines Rechtsmittels versäumt haben.⁸⁴

⁸⁰ Palandt/Sprau § 839a, Rn. 5; Kilian VersR 2003, 683, 686f.; abw. zur Frage des Beweismaßes AnwKomm-BGB/C.Huber § 839a, Rn. 36.

⁸¹ MünchKomm-BGB/Wagner § 839a, Rn. 21; AnwKomm-BGB/C.Huber § 839a, Rn. 35; Soergel/Spickhoff § 839a, Rn. 37.

⁸² Cahn (Fn. 30) Rn. 159, 165f.

⁸³ Vgl. zur Amtshaftung BGHZ 98, 85, 91f.; MünchKomm-BGB/Papier § 839, Rn. 330; im vorliegenden Kontext MünchKomm-BGB/Wagner § 839a, Rn. 30.

⁸⁴ Vgl. zur Haftung bei Amtspflichtverletzung nur etwa MünchKomm-BGB/Papier § 839, Rn. 329; AnwKomm-BGB/vom Stein § 839, Rn. 240: „drastische Anspruchsbeschränkung“; zu § 839a BGB Cahn (Fn. 30) Rn. 169: vorzugswürdig wäre eine Anwendung der allgemeinen Regelung des § 254 BGB, ergänzt um eine Vorschrift nach dem Vorbild des

b. Der Begriff „Rechtsmittel“ wird im Rahmen des § 839 Abs. 3 BGB weit ausgelegt, er umfasst nach h. M. „alle Rechtsbehelfe, die sich gegen die eine Amtspflichtverletzung darstellende Handlung oder Unterlassung richten und sowohl deren Beseitigung oder Berichtigung als auch die Abwendung des Schadens zum Ziel haben und herbeizuführen geeignet sind“.⁸⁵ Bei einer Übertragung dieses Begriffsverständnisses auf § 839 a Abs. 2 BGB wären als Rechtsmittel alle Rechtsbehelfe anzusehen, die sich gegen die Erstattung eines unrichtigen Gutachtens oder gegen die darauf beruhende gerichtliche Entscheidung richten und eine Abwendung des Schadens ermöglichen. Neben der Berufung oder Revision käme danach insbesondere auch der Antrag auf Ablehnung des Sachverständigen nach § 406 ZPO in Betracht. Das führte zu dem seltsamen Ergebnis, dass ein Sachverständiger, der vorsätzlich ein unrichtiges Gutachten erstattet hat, einer Haftung entgehen kann, indem er geltend macht, dass er für den Anspruchsteller erkennbar befangen war und daher auf dessen Antrag hin von der Gutachtenerstattung ausgeschlossen worden wäre.⁸⁶ Gleichwohl will das Schrifttum das Ablehnungsgesuch unter den Begriff des Rechtsmittels subsumieren.⁸⁷ Dafür spreche, dass die rechtzeitige Geltendmachung der Befangenheit zum einen unnötigen Regressprozessen gegen Sachverständige vorbeuge, zum anderen der Verwirklichung des materiellen Rechts diene, wenn der Prozess auf Grundlage des folgenden Gutachtens eines Unbefangenen richtig entschieden werde.⁸⁸ Verkannt wird dabei, dass es sich bei dem Ablehnungsantrag gem. § 406 ZPO um einen Rechtsbehelf *ad personam* handelt und nicht um einen Rechtsbehelf gegen ein unrichtiges Gutachten, zumal der Antrag gemäß § 406 Abs. 2 ZPO unter Umständen bereits gestellt werden muss, bevor das Gutachten überhaupt vorliegt.⁸⁹ Gegenüber dem Gutachten sind die Parteien aber gehalten, von ihren in § 411 Abs. 4 ZPO verankerten Rechten Gebrauch zu machen und sich im laufenden Verfahren mit Einwendungen, Ergänzungsfragen und Anträgen gegen dieses zu wenden, um so von vorn herein zu verhindern, dass es im Falle seiner Unrichtigkeit vom Gericht dem Urteil zugrunde gelegt wird.⁹⁰

§ 255 BGB für Fälle, in denen dem Schaden des Verfahrensbeteiligten ein abschöpfungsfähiger Vorteil eines anderen Verfahrensbeteiligten korrespondiert.

⁸⁵ BGHZ 28, 104, 106; 137, 11, 23; MünchKomm-BGB/*Papier* § 839, Rn. 331; AnwKomm-BGB/*vom Stein* § 839, Rn. 241.

⁸⁶ Kritisch *Cahn* (Fn. 30) Rn. 171; MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 30; *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 46.

⁸⁷ *Däubler* JuS 2002, 625, 629; *Kilian* VersR 2003, 683, 687f.; *Schöpflin* zfs 2004, 241, 245.

⁸⁸ *Schöpflin* zfs 2004, 241, 245.

⁸⁹ So zutreffend *C. Huber* (Fn. 52) § 5, Rn. 65f.; AnwKomm-BGB/*C. Huber* § 839a, Rn. 43; MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 30; *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 46.

⁹⁰ *Jaeger/Luckey* (Fn. 31) Rn. 422f.; *Staudinger/Wurm* § 839a, Rn. 6; MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 30.

IV. Fazit

Der Blick auf die Regelung des § 839 a BGB zeigt, dass die neue Haftungsnorm zu keiner nennenswerten Haftungsverschärfung gegenüber dem vormaligen Rechtszustand führt. Der gerichtliche Sachverständige wird einerseits in die Verantwortung für sein Gutachten genommen, andererseits vor einer Inanspruchnahme bewahrt, die seine Freiheit beeinträchtigen und die Rechtskraft des ergangenen Urteil faktisch unterlaufen könnte. Manche Zweifelsfrage im Detail ist aufgeworfen, sie harrt der Klärung durch Rechtswissenschaft und Rechtspraxis. Grundsätzlich aber bestehen weder Gerechtigkeitsdefizite, noch ist Rechtsunsicherheit zu beklagen, vielmehr stellt die Regelung in § 839 a BGB einen akzeptablen „modus vivendi“ dar.⁹¹

⁹¹ So auch *G.Müller* VersR 2003, 1, 8; *Thole* (Fn. 6) S. 256; *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 6: „ausgewogener Kompromiss der Interessen“.

Revisionsrichterliche Überprüfung der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

WALTER F. LINDACHER

Legislatorischer Wandel lässt zuweilen selbst Uralt-Fragen in neuem Licht erscheinen. Beredtes Beispiel sind die Änderungen des Revisionsrechts durch das ZPO-Reformgesetz 2002 und die Ausstrahlwirkung derselben auf die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen der revisionsrichterlichen Kontrolle zugänglich ist.

Die erste und wichtigste Neuerung betrifft den Paradigmenwechsel, was den *Revisionszugang* anbelangt. Unter dem Regime der *Wertrevision* war das Problem der Revisionsfähigkeit einschlägiger Auslegung notwendigerweise auf der Rechtsmittel*begründetheits*stufe und damit – zumindest prima facie – bei §§ 549 I, 550 ZPO a. F. festzumachen. Wortlaut dieser Vorschriften und das Bestreben, erwünschte Problemlösungen als vom Gesetzeswortlaut gedeckt auszuflaggen, führten zu Annäherungsversuchen an das Merkmal „Rechtsnorm“. Während die Auslegung von Individualwillenserklärungen als dem Tatrichter vorbehaltene Frage behandelt wurde und wird, öffnete man der revisionsrichterlichen Kontrolle der AGB-Auslegung die Tür, indem man Allgemeine Geschäftsbedingungen unter bestimmten, den Verbreitungsradius betreffenden Voraussetzungen als Rechtsnormen i. S. von § 550 I ZPO a. F. qualifizierte, sie revisionsrechtlich jedenfalls *wie* Rechtsnormen behandelte.¹ Triebfeder für eine entsprechende Verortung war das Bedürfnis nach einheitlicher Handhabung „großer“ AGB-Klauselwerke,² zumindest begünstigt wurde dieselbe dadurch, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen verbreiteterweise allgemein, auch jenseits der revisionsrechtlichen Betrachtung, als Quasi-Rechtsnormen gedeutet wurden. Heute, unter dem Geltungsmonopol der *Grundsatzrevision*, stellt sich die Frage nach der revisionsrichterlichen Kontrolle der AGB-Auslegung bereits und vor allem auf der *Revisionszugangstufe* mit Blick auf die Zulassungsvoraussetzungen nach § 343 I ZPO. Jenseits des Revisionszugangs ist für die Revisibilitätsfrage, sieht man den Revisionsrichter auch an die Feststellung des tragenden Grunds der Rechtsmittelzulassung gebunden, nur noch dann Raum, wenn dem Inhalt einer AGB-Bestimmung Entscheidungsrelevanz in einer Rechts-

¹ Leitentscheidung: RGZ 81, 117/119, weiters: BGHZ 8, 55/56; BGH LM § 554 ZPO Nr. 73.

² Explizit RGZ 81, 117/119.

sache zukommt, für die die Rechtsmittelzulassung aus anderem Gesichtspunkt ausgesprochen wurde. Ihre Beantwortung kann freilich selbst dann schwerlich unter gänzlicher Negierung der Kriterien erfolgen, die für die Zulassung zwecks Überprüfung tatrichterlicher AGB-Auslegung zu entwickeln sind – unbeschadet des Umstands, daß sich die §§ 549 I, 550 ZPO a.F. wortlautgleich in §§ 545 I, 546 ZPO wiederfinden.

Die zweite Neuerung mit Fernwirkung für den hier angesprochenen Problembereich betrifft die *Öffnung des Rechtsmittels der Revision für alle Berufungsurteile*, mithin auch für Berufungsentscheidungen der *Landgerichte*. Wer der Gefahr unterschiedlicher Auslegung in revisionsfähigen Entscheidungen verschiedener Berufungsgerichte gleich welcher Ebene steuern will, kann nicht länger an dem Satz festhalten, freie revisionsrichterliche Auslegung setze eine AGB-Verwendung über den Bezirk eines OLG hinaus voraus.

I. Ausgangsbefund

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen: *Rechtsbegriff und rechtstatsächlicher Prototyp*

Kennzeichen des *Prototyps* sind neben der Vorformulierung durch den Verwender der Massencharakter und eine damit einhergehende Standardisierung. Der Verwender setzt auf Generalakzeptanz bei möglichst allen künftigen Geschäftsabschlüssen mit möglichst vielen Kunden. Rationalisierungseffekte durch Konditionenvereinheitlichung lassen sich nur erzielen, wenn und soweit von Einzelfallumständen bei Vertragsschluss abstrahiert wird.

Die *Legaldefinition* des § 305 I BGB (bislang: § 1 AGBG) entspricht solchem Phänotyp nur bedingt. Quantitativ wird – abweichend vom vorkodifikatorischen Richterrecht³ – nur die Bestimmung für eine *Vielzahl* von Verwendungen verlangt, ein Erfordernis, dem nach sich verfestigender Ansicht bereits eine zu erwartende Dreifachverwendung⁴ sei es auch nur gegenüber *einem* Vertragspartner⁵ genügt. Und, auch der Umstand, daß sich der Vertragsschluss atypischerweise unter zu erwartender Berücksichtigung individueller Begleitumstände vollzieht, steht der Qualifikation des Vorformulierten als Allgemeine Geschäftsbedingungen selbstredend nicht entgegen.

³ Für das Erfordernis intendierter Verwendung in einer *unbestimmten* Vielzahl von Fällen noch BGHZ 33, 216/218.

⁴ BGH NJW 2002, 138/139; 2002, 2470/2471; Erman/Roloff BGB, 11. Aufl. 2005, § 305 Rn. 11; Palandt/Heinrichs BGB, 65. Aufl. 2006, § 305 Rn. 9; Bamberger/Roth/J. Becker BGB, 2004, § 305 Rn. 24.

⁵ BGH NJW 2004, 1454; Palandt/Heinrichs (Fn. 4), § 305 Rn. 9; Jauernig/Stadler BGB, 11. Aufl. 2005, § 305 Rn. 24.

2. Vertragstheorie versus Normentheorie

Wer Allgemeine Geschäftsbedingungen akzeptiert, akzeptiert eine *einseitig* gesetzte Regelung. Gleich Rechtsnormen zielen Allgemeine Geschäftsbedingungen zumindest typischerweise auf Regelung einer offenen Zahl vergleichbarer Austauschfälle. In der Ausformulierung ähneln sie nicht selten gesetzlichen Bestimmungen. Nicht von ungefähr sprach und spricht man daher von der Unterwerfung unter eine „fertig bereit liegende Rechtsordnung“⁶, vom „selbstgeschaffenen Recht der Wirtschaft“⁷. Solche Bildersprache⁸ mag angehen, soweit sie dazu dient, genuin AGB-rechtliche Regelungsprobleme zu *thematisieren*. Antworten auf die aufgeworfenen Fragen lassen sich aus dem rechtssoziologischen Befund freilich nur sehr bedingt und allenfalls höchst mittelbar ableiten. Davon, dass vorformulierte Standardisierung von Geschäftskonditionen in der Rechtsgeschäftskategorie keine „Heimstatt“ finden kann, Allgemeinen Geschäftsbedingungen die *Rechtsqualität* von Normen eigen ist, ihnen allenfalls eine Zwischenstellung zwischen Rechtsatz und Rechtsgeschäft zukommt,⁹ kann indes keine Rede sein. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind – auch und nicht zuletzt nach gesetzgeberischem Grundverständnis – *Vertragsbedingungen*, freilich durchaus besonderer Art. Die Rechtsprechung hat ihre zeitweise abweichende Position¹⁰ korrigiert, bekennt sich in jüngerer Zeit¹¹ einhellig zu der im Schrifttum seit langem¹² dominanten vertragsrechtlichen Verortung.

3. Objektive Auslegung

Nach traditioneller, herrschender Ansicht sind Allgemeine Geschäftsbedingungen *objektiv*, d. h. unter Verzicht der Berücksichtigung individuell-konkreter Vertragsschlussumstände auszulegen.¹³ Mit Überwindung der (Irr-)Lehre

⁶ RGZ 81, 117/118; RG DR 1941, 1211.

⁷ *Großmann-Doerth* Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, 1933, S. 4f.

⁸ Treffende einschlägige Charakterisierung bereits durch *L. Raiser* Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, S. 61.

⁹ Im ersten Sinn dezidiert *Pflug* Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1986, passim, im zweiten Sinn jüngst noch *Esser/Eike Schmidt* Schuldrecht I/1, 8. Aufl. 1995, § 11 I/3.

¹⁰ In deutlicher Nähe zur Normentheorie im Anschluss an RG DR 1941, 1211 etwa noch BGHZ 6, 373/376; 8, 55/56.

¹¹ BGH NJW-RR 2000, 1341; 2003, 1247; NJW 2005, 2919/2921.

¹² Ausführlich zuletzt *Fastrich* Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 33ff mit reichen Nachw.

¹³ Aus der Rspr.: BGHZ 77, 116/118; BGH NJW 1990, 1525/1526; NJW-RR 2001, 2165/2166; aus dem Schrifttum: *Ulmer/Brandner/Hensen* AGBG, 9. Aufl. 2001, § 5 Rn. 13; *MünchKommBGB/Basedow* 4. Aufl. 2003, § 305c Rn. 22; *Stoffels* AGB-Recht, 2003, Rn. 360.

vom Normcharakter hat sich nur die Begründung geändert. Während das Gebot einer Auslegung losgelöst von der Gestaltung des Einzelfalls ursprünglich aus der Gesetzesähnlichkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen vindiziert wurde,¹⁴ wird es heute überwiegend aus der generellen Regelungsfunktion derselben abgeleitet.¹⁵

Die Lehre vom eigenständigen AGB-rechtlichen Grundsatz objektiver Auslegung schießt freilich richtigerweise¹⁶ über das Ziel hinaus.¹⁷ Dem *berechtigten* Anliegen nach prinzipiell einheitlicher Auslegung lässt sich bereits nach allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftsauslegung genügen: Aus der dem Vertragsschluss unter Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen eigenen Regelmäßigkeit folgt bereits als faktische Besonderheit, dass einzelfallbezogene Begleitumstände, die als Auslegungsmittel in Betracht zu ziehen wären, eher selten sind. Wenn die Lehre vom normativen Erklärungswert empfangsbedürftiger Willenserklärungen letztlich nichts anderes als Ausdruck einer Interessenabwägung dahin ist, dass einerseits vom Erklärenden verlangt wird, bei der Verlautbarung seines Geschäftswillens auf die Verständnismöglichkeiten des Empfängers Rücksicht zu nehmen, andererseits aber auch vom Empfänger erwartet wird, sich mit zumutbarer Sorgfalt um die richtige Erfassung des vom Erklärenden Gewollten zu bemühen,¹⁸ gewinnt auch das Interesse des Verwenders an Standardisierung seiner Geschäftsbedingungen durchaus im Rahmen herkömmlicher Auslegungsregeln Bedeutung: Aus der Ohne-weiteres-Erkennbarkeit des Verwenderinteresses an gleichförmiger Behandlung aller anfallenden Geschäfte folgt, dass der Vertragspartner die (Mit-) Berücksichtigung seiner Interessen nur dann und insoweit erwarten kann, als sie den Durchschnittsinteressen des jeweiligen Kundenkreises entsprechen.¹⁹ Schließlich gilt auch in puncto Regelwissen und Deutungsdiligenz bereits nach allgemeinen Grundsätzen zumindest zulasten des Erklärungsadressaten ein nach Verkehrskreisen differenzierender objektiv-typisierter Maßstab. Einzelfallumständen des Vertragsschlusses, die für eine atypische Sinndeutung zugunsten der Verwendergegenseite sprechen, *jede* Auslegungsrelevanz abzuspüren, geht indes nicht an: Wenn und soweit der Verwender den Eindruck erweckt, er berücksichtige atypischerweise die

¹⁴ RGZ 170, 233/241; 171, 43/48.

¹⁵ BGHZ 79, 117/118f; *Brehm* Allg. Teil des BGB, 5. Aufl. 2002, Rn. 561; *Köhler* BGB, Allg. Teil, 29. Aufl. 2005, § 16 Rn. 22; *Erman/Roloff* (Fn. 4), § 305c Rn. 20.

¹⁶ Zum folgenden bereits *Wolf/Horn/Lindacher* AGBG, 4. Aufl. 1999, § 5 Rn. 6.

¹⁷ Kritisch zum Dogma objektiver Auslegung u. a. auch *Fikentscher* Schuldrecht, 9. Aufl. 1997, § 26 Rn. 143; *MünchKommBGB/Mayer-Maly* 3. Aufl. 1993, § 133 Rn. 29; *Staudinger/Schlosser* AGBG (1998), § 5 Rn. 20ff; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 4), § 305c Rn. 15f; *Bamberger/Roth/Hub. Schmidt* (Fn. 4), § 305c Rn. 29; *Brandner* AcP 162, 237/253ff; *Schmidt-Salzer* JZ 1995, 223/227ff.

¹⁸ So zutreffend *Köhler* BGB, Allg. Teil, 29. Aufl. 2005, § 9 Rn. 8.

¹⁹ *Lüderitz* Auslegung von Rechtsgeschäften, 1966, S. 298.

besondere Lage des Kunden, müssen füglicherweise auch dessen Sonderinteressen auslegungsrelevant sein.²⁰

II. Die Revisionszulassungsebene: richtige und einheitliche AGB-Auslegung als Frage rechtsgrundsätzlicher Bedeutung i.S. von § 543 I ZPO

1. Grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache: Begriff und Begriffsentfaltung

Grundsätzliche Bedeutung i.S. von § 543 I Nr. 1 ZPO kommt einer Rechtssache nach einer in der höchstrichterlichen Rechtsprechung etablierten, im Schrifttum weithin übernommenen Formel zu, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsfähige und klärungsbedürftige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Zahl von Fällen stellen kann.²¹ Andere sprechen, was den letzten Punkt betrifft, allgemeiner (und wohl glücklicher) davon, dass die zu entscheidende Rechtsfrage über den Einzelfall hinausreicht, sich auch in anderen Fällen immer wieder stellen kann.²²

Diese wie jene am Revisionszweck orientierte Formelspielart bedarf mit Blick auf das Regelungsproblem „revisionsrichterliche Überprüfung der AGB-Auslegung“ weiterer Konkretisierung und einer regelungsproblem genuinen Ergänzung. Wenn sich die einschlägige Kontrolle aus dem Bedürfnis nach einheitlicher Handhabung Allgemeiner Geschäftsbedingungen einer gewissen Verbreitungsdichte rechtfertigt,²³ Rechtsmittelzugangsregelungen aber immer Zugangseröffnung und Zugangsbeschränkung darstellen,²⁴ gilt es im angesprochenen Kontext ein Kriterium zu berücksichtigen, das bei der revisionsrichterlichen Kontrolle der Auslegung und Anwendung objektiven Rechts ob des grundsätzlich überlokalen Geltungsanspruchs der jeweiligen Rechtsnorm so gut wie keine Relevanz erlangt: das der Notwendigkeit gebotener Klärung gerade durch das Revisionsgericht. Soweit die Einheitlichkeit der Auslegung bereits auf der Instanzebene zu leisten ist, ist für die Revisionszulassung kein Raum.

²⁰ Lüderitz (Fn. 19), S. 237.

²¹ Aus der neueren Rspr. BGHZ 151, 221/233; BGH NJW 2003, 1943/1944; NJW-RR 2004, 537/538; aus dem Schrifttum Rosenberg/Schwab/Gottwald ZivilprozessR, 16. Aufl. 2004, § 140 Rn. 5; Zeiss/Schreiber ZivilprozessR, 10. Aufl. 2003, Rn. 691b; M. Schwab Grundzüge des ZivilprozessR, 2005, § 13 V/1b (aa); Musielak/Ball ZPO, 4. Aufl. 2005, § 543 Rn. 5.

²² Grunsky ZivilprozessR, 11. Aufl. 2003, Rn. 221; Wieczorek/Schütze/Prütting ZPO, 3. Aufl. 2005, § 543 Rn. 12; Rimmelpacher FS Schumann, 2001, S. 327/342.

²³ Zuletzt BGH NJW 2005, 2919/2921 mwN.

²⁴ Einläßlich: Rimmelpacher FS Schumann, S. 327/329.

Im übrigen bleibt im Auge zu behalten, dass die gemeinhin nebeneinander genannten Zulassungsvoraussetzungen Entscheidungserheblichkeit, Klärungsfähigkeit und Klärungsbedürftigkeit durchaus geltungsgrunddivergent sind: Entscheidungserheblichkeit und Klärungsfähigkeit sind *logische* Zulassungsvoraussetzungen, weil es keinen Sinn macht, dem Revisionsgericht eine Rechtsfrage zur Klärung vorzulegen, auf die es im konkreten Fall gar nicht ankommt, die aufgrund jenseits der „Rechtsgrundsätzlichkeit“ liegender Vorgaben der revisionsrichterlichen Kontrolle nicht zugänglich ist. *Unmittelbar* dem Revisionszweck bzw. der Sicherung der Leistungskraft des Revisionsgerichts verpflichtet sind nur die Kriterien der Einzelfallübergreiflichkeit und der Klärungsbedürftigkeit der Rechtsfrage sowie die Subsidiaritätsregel.

2. AGB-Auslegung als Rechtsfrage

Abschied von der Normentheorie heißt: Versuche, den Rechtsfrage-Charakter der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen aus einer wie immer gearteten Normähnlichkeit derselben abzuleiten, sind zum Scheitern verurteilt. Für sie besteht richtigerweise auch kein Bedarf. So wie es für den durch die Parömie *da mihi facta, dabo tibi ius* thematisierten Bereich außer Diskussion steht, dass nur die Feststellung des „Auslegungsmaterials“ zur Tatfrage zählt und damit von Darlegungs- und Beweislastregeln beherrscht wird, die sich anschließende Sinnermittlung allemal von Amts wegen gebotene Rechtsanwendung darstellt,²⁵ sollte auch im hier angesprochenen Kontext außer Frage stehen: Die Feststellung des Erklärungsstatbestands (bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen im allgemeinen kein Problem), die Ermittlung eines allfälligen konvergenten Sinnverständnisses der Beteiligten,²⁶ die Bestimmung des maßgeblichen Adressatenkreises und die Feststellung ausnahmsweise auslegungsrelevanter Begleitumstände zählen zum Tatsachenbereich. Die Auslegung selbst, als Ermittlung der rechtsmaßgeblichen Bedeutung derselben, ist *rechtliche* Würdigung und damit der revisionsrichterlichen Kontrolle zugänglich, *wenn* und *soweit* die sonstigen Voraussetzungen des Revisionszugangs vorliegen.

3. Allgemeine Bedeutung

Zuweisung von Rechtssachen grundsätzlicher Bedeutung heißt mit Blick auf die Funktion der Rechtsmittels Revision und die Leistungsfähigkeit des Revisionsgerichts: Beschränkung des Revisionszugangs auf Fälle, die Fragen von *einzelfallübergreifender Bedeutung* aufwerfen.

²⁵ AllgM, statt vieler: MünchKommBGB/Mayer-Maly/Busche (Fn. 13), § 133 Rn. 60f; Staudinger/Herb.Roth BGB 2003 § 157 Rn. 50.

²⁶ Zur Allemal-Maßgeblichkeit desselben *Stoffels* AGB-Recht, 2003, Rn. 361.

Eine solche Bedeutung kommt der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen fraglos zu, wenn letztere zur Verwendung in einer *unbestimmten* Zahl von Fällen bestimmt sind, der Verwendergegenseitekreis mithin offen ist. Auch bei einem geschlossenen, aber großen Personenkreis wird man einzelfallübergreifende Bedeutung – abweichend von der Rechtsprechungsformel – kaum verneinen können.

Im übrigen mangelt es hingegen in aller Regel an der gebotenen grundsätzlichen Bedeutung: Selbst Mehrfachverwendung jenseits des Dreifachen ist und bleibt insoweit Verwendung in *Einzelfällen*. Außerhalb des Allgemeininteresses liegt desweiteren im allgemeinen die Auslegung der Bestimmung eines Klauselwerks, das nur zur Mehrfachverwendung gegenüber *einem* Vertragspartner bestimmt ist: Auswirkungen der Rechtsfrageklärung auf die Parteibeziehung allein begründen anerkanntermaßen²⁷ keine grundsätzliche Bedeutung. Revisionsrechtliche Bedeutung kommt dem Auslegungsergebnis hier wie dort nur zu, wenn die entsprechende Klausel zu den „typischen Vertragsbestimmungen“ zählt, im geschäftlichen Verkehr mithin auch sonst breitflächig verwendet wird. Denn, dies zu letzterem: Was für einschlägige Individualvereinbarungsbestandteile gilt,²⁸ muss auch für Bestandteile von AGB-Klauselwerken gelten.

Ausnahmslos der revisionsrichterlichen Kontrolle unzugänglich bleibt hingegen selbstredend das Auslegungsergebnis, wenn und soweit der Tatrichter dasselbe – ausnahmsweise – auf konkrete Einzelfallumstände gestützt hat, eine Konstellation, der definitionsgemäß die Einzelfallübergreiflichkeit mangelt.

4. Klärungsfähigkeit der Rechtsfrage

Da die Revisionszulassung nicht das Fehlen sonstiger Revisionszulässigkeitsvoraussetzungen ausgleicht,²⁹ hat die Zulassung insbesondere zu unterbleiben, wenn es an der abstrakten Statthaftigkeit des Rechtsmittels fehlt.³⁰

Wer mit der ganz hM die Auslegung unter ausländischem Recht stehen der Allgemeiner Geschäftsbedingungen (ob der Maßgeblichkeit der Auslegungsregeln des Vertragsstatuts sowie der potentiellen Prägekraft des „Mutterrechts“) der revisionsrichterlichen Kontrolle entzogen sieht,³¹ hat desweiteren Anlass, auch insoweit bereits den Revisionszugang einzuschränken:

²⁷ Statt vieler: *Prütting* Die Zulassung der Revision, 1977, S. 186 f.

²⁸ MünchKommZPO (Aktualisierungsband)/ *Wenzel*, 2002, § 543 Rn. 8; *Musielak/Ball* (Fn. 21), § 543 Rn. 6.

²⁹ AllgM; statt mancher: *Musielak/Ball* (Fn. 21), § 543 Rn. 17; *Thomas/Putzo/Reichold* ZPO, 27. Aufl. 2005, § 543 Rn. 11.

³⁰ BGH MDR 2003, 41/42; *Wieczorek/Schütze/Prütting* (Fn. 22), § 543 Rn. 76; *Zeiss/Schreiber* (Fn. 21), Rn. 694.

³¹ BGH ZIP 1986, 653; *Staudinger/Schlosser* (Fn. 17) § 5 Rn. 30; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 21), § 141 Rn. 15; *Zöller/Gummer* ZPO, 25. Aufl. 2005, § 546 Rn. 5. Kritisch: *Ulmer/Brandner/Hensen* (Fn. 13), § 5 Rn. 12; *Teske* EuZW 1991, 149 ff.

Die Sperrwirkung gründet in der Irrevisibilität ausländischen Rechts, nicht in der fehlenden Rechtsgrundsätzlichkeit.

5. Revisionsrichterlicher Klärungsbedarf

Eine Rechtsfrage wirft unter Divergenzvermeidungsgesichtspunkten (§ 543 I Nr. 1 ZPO) *Klärungsbedarf* auf, wenn ihre Beantwortung objektiv zweifelhaft ist oder zu ihr unterschiedliche Auffassungen vertreten werden und die Frage judiziell nicht hinreichend geklärt erscheint.³² Relevante Entscheidungsdivergenz (§ 543 I Nr. 2 ZPO) indiziert allemal Klärungsbedarf.

Regelungsproblem genuine Konkretisierung dieser Grundaussagen hat der Vorgabe Rechnung zu tragen, daß für eine Befassung des Revisionsgerichts im Interesse einheitlicher AGB-Handhabung dann und nur dann Raum, wenn gebotene, Ergebniseinheitlichkeit stiftende Klärung nicht durch die Instanzgerichte geleistet werden kann. Der Ort entsprechender Vorgabeberücksichtigung ist dabei fallkonstellationsabhängig. In Betracht kommt sowohl eine Berücksichtigung im Rahmen der Frage hinreichender judizieller Klärung, als auch eine Berücksichtigung im Rahmen der Frage relevanter Entscheidungsdivergenz, endlich eine eigenständige Berücksichtigung in Ergänzung der allgemeinen Grundaussage. Immer spielt der *Verbreitungsradius* der streitgegenständlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine (mit-)entscheidende Rolle.

Hinsichtlich des Bedeutungssinns Allgemeiner Geschäftsbedingungen, deren Verwendung über den Bezirk eines OLG hinausreicht, kommt dem BGH in seiner Eigenschaft als Zentralgericht die natürliche Auslegungsprerogative zu. Bei Klärungsbedarf (Auslegungsergebnis objektiv zweifelhaft, Im-Streit-Stehen der Sinndeutung) ist zwecks Divergenzvermeidung *revisionsrichterliche* Klärung indiziert, soweit nicht bereits gehäufte konvergente obergerichtliche Spruchpraxis oder eine einschlägige höchstrichterliche Stellungnahme vorliegt. Im zuletzt genannten Fall kommt für das der höchst- bzw. obergerichtlichen Linie folgende Berufungsgericht eine Zulassung nur in Betracht, wenn neue Argumente ins Feld geführt werden, die den BGH zur Korrektur der bisherigen Linie veranlassen könnten. Abweichung von der bisherigen Sinndeutung verpflichtet ohnehin zur Revisionszulassung.

³² Musielak Grundkurs ZPO, 7. Aufl. 2004, Rn. 530b; MünchKommZPO (Aktualisierungsband)/Wenzel, 2002, § 543 Rn. 7; Musielak/Ball ZPO (Fn. 21), § 543 Rn. 5a. Zumindest missverständlich BGH NJW-RR 2004, 537/538, wenn allein auf ein im Streit-Stehen der Klauselauslegung über den konkreten Rechtsstreit hinaus in Rechtsprechung und Rechtslehre oder den beteiligten Verkehrskreisen abgehoben wird, die Nichtzulassung freilich ergänzend auch darauf gestützt wird, dass die instanzgerichtliche Auslegung der streitgegenständlichen AVB-Bestimmung offensichtlich zutreffend.

Steht die Auslegung einer Bestimmung aus einem Klauselwerk in Rede, dessen Verwendungsradius *nicht* über den Bezirk eines OLG hinausreicht, dürfte die Auslegungsprärogative hingegen grundsätzlich beim OLG anzusiedeln, dem Revisionsrichter nur eine subsidiäre Kompetenz zuzusprechen sein.

Für die Zulassung der Revision gegen Berufungsurteile des OLG dürfte das im einzelnen heißen: Divergenzvermeidungsgesichtspunkte erheischen keine Klärungszuweisung an den BGH. Das auf Berufung gegen ein amtsgerichtliches Erkenntnis künftig potentiell mit der nämlichen Auslegungsfrage befasste LG wird sich in aller Regel an der Entscheidung „seines“ OLG orientieren, unbeschadet des Umstands, dass seine Entscheidung nicht vom OLG, sondern nur vom BGH kontrolliert und kassiert werden kann. Selbst das Vorliegen einer abweichenden Entscheidung eines LG (als Berufungsgericht) nötigt das OLG wohl kaum zur Revisionszulassung, wenn die landgerichtliche Entscheidung nicht im Widerspruch zu einer einschlägigen Vorentscheidung des OLG steht. Auch insoweit spricht die tatsächliche Vermutung für künftige Konvergenz durch landgerichtliche Anpassung an die OLG-Linie (Irrelevanz zutage getretener Divergenz). Nur ein Abweichen des LG von der vom OLG vorgängig getroffenen Auslegungsaussage lässt die Revisionszulassung unerlässlich erscheinen.

Der Berufungsrichter auf *LG-Ebene* hat hingegen immer Revision zum BGH zuzulassen: im Fall der Abweichung von einer Vorentscheidung des OLG wegen relevanter Divergenz, bei fehlender Vorentscheidung zwecks Steuerung abstrakter Divergenzgefahr.

III. Die Rechtsmittelbegründetheitsebene

1. *Bindung des Revisionsrichters an die Qualifikation der Auslegungsfrage als rechtsgrundsätzlich*

Nach § 543 II ZPO ist das Revisionsgericht an die instanzgerichtliche Zulassung gebunden: Das Revisionsgericht kann die Revision unzweifelhaft nicht aus der Erwägung als unzulässig verwerfen, das Berufungsgericht habe die Zulassungsvoraussetzungen zu Unrecht bejaht.³³

Richtigerweise strahlt die Bindungskraft der Zulassungsentscheidung aber auch auf die *Sachprüfungsebene* aus: Der Revisionsrichter kann die Beantwortung der durch die einschlägige Revisionsrüge aufgeworfenen Rechtsfrage nicht als dem Tatrichter vorbehalten einstufen, wenn dieser ihre grundsätzliche Bedeutung i.S. von § 543 I ZPO bejaht hat. Jede andere Interpretation –

³³ Zöller/Gummer (Fn. 31), § 543 Rn. 27; Musielak/Ball (Fn. 21), § 543 Rn. 18; Zeiss/Schreiber, (Fn. 21), Rn. 694.

Rechtsmittel zulässig, ob der Irrevisibilität der angesprochenen Rechtsfrage aber unbegründet – gäbe dem Rechtsmittelkläger unter dem Gesichtspunkt der Rechtsmittelklarheit Steine statt Brot: Das Risiko der Einschätzung der Rechtsfrage als revisibel, weil von grundsätzlicher Bedeutung, darf nicht mehr zulasten der beschwerten Partei gehen. Keinen Vertrauensschutz verdient diese wohl nur dann, wenn die Irrevisibilität der Rechtsfrage in einem § 543 I ZPO vorgelagerten geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtssatz gründet.

Auf die im Beitrag angesprochene Thematik bezogen: Der Revisionsrichter kann und muss die Auslegung einer AGB-Bestimmung, wegen deren Klärung die Revision zugelassen ist, auch dann auf Ergebnisrichtigkeit kontrollieren, wenn das Instanzgericht die Einzelfallübergreiflichkeit, die Klärungsbedürftigkeit im allgemeinen und/oder den Klärungsbedarf gerade durch das Revisionsgericht im besonderen zu Unrecht bejaht hat.³⁴ Der revisionsrichterlichen Auslegungsergebniskontrolle entzogene *ausländische* Allgemeine Geschäftsbedingungen bleiben hingegen irrevisibel, auch wenn das Instanzgericht – mit Blick auf das Erfordernis der Klärfähigkeit rechtsfehlerhaft – die Revision just zu deren Sinndeutungsklärung zugelassen hat.

2. *Revisible AGB-Auslegung bei anderweitiger Revisionszulassung*

Kommt der AGB-Auslegung Entscheidungserheblichkeit in einer Rechtsache zu, die durch Revisionszulassung aus einem *anderen* rechtlichen Gesichtspunkt an das Revisionsgericht gelangt ist, stellt sich die Revisibilitätsfrage hergebrachterweise: Der Revisionsrichter entscheidet über die Revisibilität bindungsfrei auf der Ebene der Rechtsmittelbegründetheit.

Methodologisch geht es insoweit um die Bildung und Anwendung *richterrechtlicher* Regeln: Pflicht und Befugnis des Revisionsrichters zur (Voll-) Kontrolle der tatrichterlichen AGB-Auslegung in solcher Verfahrenskonstellation sind vom Gesetz nicht normiert.

In der *Sache* beanspruchen die auf der Revisionszulassungsebene entwickelten Kriterien zumindest insoweit Maßgeblichkeit als es um die *Pflicht* des Revisionsrichters zu voller Überprüfung der tatrichterlichen AGB-Auslegung geht: Soweit die Zulassung (auch) auf die rechtsgrundsätzliche Bedeutung der einschlägigen Auslegungsfrage hätte gestützt werden können, kann und *muss* der Revisionsrichter auch das Auslegungsergebnis überprüfen.

Eine andere Frage ist es, ob es dem Revisionsrichter verwehrt ist, eine entscheidungserhebliche AGB-Bestimmung auch jenseits dieser Schwelle frei auszulegen. Wenn Bindung dem Revisionsrichter *in casu* keine signifikante Entlastung bringt, spricht wenig für eine Gleichwohl-Bindung. Dem

³⁴ AA in letzterem freilich wohl noch BGH NJW 2002, 3232/3233.

nun einmal mit der Sache befassten Revisionsrichter anzusinnen, das nach seiner Einschätzung unzutreffende Auslegungsergebnis zu übernehmen, liefe auf eine Missachtung richterlichen Selbstwertgefühls hinaus. Der BGH neigt denn auch ganz offensichtlich dazu, sich die *Befugnis* zu freier Auslegung in breitem Umfang zu nehmen: Nach BGH NJW 2005, 2919 *kann* das Revisionsgericht Allgemeine Geschäftsbedingungen selbst auslegen, wenn eine unterschiedliche Auslegung durch verschiedene Berufungsgerichte – verschiedene Landgerichte, verschiedene Oberlandesgerichte oder ein LG und ein OLG – denkbar ist.

Der Entwurf eines Sachenrechtsgesetzes der VR China

FRANK MÜNZEL

I. Sachenrecht und Klassenkampf

1918 schaffte *Lenin* das Privateigentum am Land ab. Die Rote Armee liquidierte die Großgrundbesitzer. 1928/29 beseitigte *Stalin* auch tüchtige andere Bauern („Kulaken“). 6 Millionen verhungerten.

Von der Sowjetunion lernen heißt Siegen lernen. 1945 entfernten die kommunistischen Funktionäre in Ostdeutschland die „Junker“: Eigentümer und Pächter von über 100 ha mußten weg. Ihr Land kam in unwirtschaftlichen Fetzen von bis zu 10 ha an „Neubauern“ – Flüchtlinge, Landarbeiter. Innerhalb weniger Jahre gaben die meisten auf; 1990, als die LPGs aufgelöst wurden, war noch ein Fünftel von ihnen übrig. Das LPG-Erbe übernahmen zum guten Teil LPG-Funktionäre. Von den EU-geförderten Gütern solcher „roten Barone“ mit manchmal mehreren tausend Hektar hätten die „Junker“ vor 1945 nur träumen können.¹ Ein langer, aber erfolgreicher Klassenkampf! (Dessen rechtliche Resultate hat der Jubilar in seinem großartigen „Zivil- und Wirtschaftsrecht im neuen Bundesgebiet“ detailliert geschildert, zuletzt leider schon 1993.)

Auch Chinas KP lernte. „Dem Pflügenden sein Feld“, versprach sie den Bauern. Die brachten sie an die Macht. „Grundherren“ wurden enteignet. Die hatten in China so 10, 20 ha,² mußten aber im Dorf bleiben, man brauchte Klassenfeinde; das blieben sie auch, als 1956 alles kollektiviert wurde, auch als um 1960 in den Volkskommunen mindestens 30 Millionen aller Klassen verhungerten. Das hieß der „große Sprung vorwärts“. Wer überlebte, hatte in Dorf und Stadt, als Glied der „Massen“ wie der Partei weiter Klassenkampf zu treiben, bis 1976. Da starb *Mao*, wurden seine Vertrauten verhaftet, die Wissenschaftler aus den Arbeitslagern geholt, sogar die Juristen. Die schufen in Windeseile StGB, StPO und ZPO und entwarfen ein Zivilgesetzbuch (ZGB). Bis dahin gab es das alles nicht.

¹ Dazu ausführlich *Uwe Bastian* Sozialökonomische Transformationen im ländlichen Raum der neuen Bundesländer, Diss. FU Berlin 2003.

² So nach der Literatur. Eine dem Verfasser bekannte 14-köpfige Grundherrenfamilie in Shandong hatte 1,3 ha.

Denn wie in der UdSSR hatte man 1949 das geltende Recht in Gänze aufgehoben, auch das chinesische BGB. Das hatte 1910/11 noch in kaiserlichem Auftrag der japanische Richter *Matsuoka Yoshimasa* entworfen. *Chen Duxiu*, Stern der jungen Intellektuellen, erklärte 1915 dazu den „grundlegenden Unterschied zwischen westlichem und östlichem Denken“: Asiaten strebten nach Ruhe, Kampf wolle der Westen. Chinas starre Hierarchie verführe den Einzelnen, sich in der Großfamilie auf die anderen, als Beamter auf die Staatsordnung zu verlassen; so sei er nicht nur vor dem Gesetze ungleich, verliere alle Selbstachtung, Unabhängigkeit, Denkfreiheit, werde zur Faulheit erzogen. Im Westen seien die Menschen vor dem Gesetz gleiche Subjekte von Rechten, die sie in Freiheit verwirklichten; deren Schutz sei dort Ziel von Staat und Recht! – 1920 gründete *Chen* die KP, wurde ihr Führer, kritisierte *Stalin* und flog 1929 aus der Partei.

Unterdessen wurde der BGB-Entwurf, wie es sich nach deutschem Muster gehörte, endlos diskutiert, immer wieder überarbeitet und um 1930 endlich in Kraft gesetzt. Sein Sachenrecht ist im Kern deutsch, hat aber japanische Eigenarten: Gebäude können andere Eigentümer haben als das Land unter ihnen. Abstraktions- und Trennungsprinzip hat man auch, macht davon aber kaum Wesens, meist enthält derselbe Vertrag Kauf und Übereignung, auch wenn die Lehre sie trennt.

1949 kam das ganze reaktionäre Zeug auf den Müllhaufen der Geschichte; Losung war nicht ein stabiles Recht, sondern Klassenkampf. Noch 1954 allerdings garantierte man den Bauern ihr Eigentum am Land; das wurde bald kollektiviert; aber noch 1975 durfte der Staat „Land in den Städten“ enteignen. Somit existierte dort noch Privatland.

II. Rückkehr des Rechtsstaats: Das Rätsel des Art. 10

Nach *Maos* Tod kam also richtiges Recht. Nur aus dem ZGB wurde nichts. *Peng Zhen*, im ZK zuständig für Juristisches, verwarf die Entwürfe. Man solle hier nicht gleich alles auf einmal regeln, sondern zunächst „Einzelhandel treiben“. Als allgemeine Grundlage kam Ende 1982 nur eine neue, seitdem immer wieder novellierte Verfassung: Planwirtschaft mit Marktelementen. Nein, Markt mit Planelementen. Nein, sozialistische Marktwirtschaft. Rechtsstaat! Kaum noch Klassenkampf. Gar keine Klassen mehr. Alle Bürger gleich vor dem Gesetz. Freiheit für Einzelgewerbetreibende, nein, Privatunternehmen, nein, Förderung der Privatwirtschaft ... Aber nach Art. 10 gehört alles städtische Land dem Staat, alles dörfliche den Dorfkollektiven. Land durfte weder verkauft noch verpachtet werden. (Das verbot kurz zuvor schon die Verordnung vom 14. 5. 1982 über Landenteignungen). Wozu das? Die Dorfkollektive waren 1982 in voller Auflösung, 1983 wurden die Volkskommunen endgültig beseitigt. Ihre wirtschaftliche

Rolle sollten „kollektive Wirtschaftsorganisationen“ spielen. Die gibt es mancherorts bis heute nicht oder nicht mehr. Die einzelnen Bauern „übernahmen“ den „Betrieb“ ihres Lands auf eigene Rechnung. Warum nicht das Landeigentum? In den Städten schützte man das Hauseigentum. Aber Art. 10 nahm das Land unter den Häusern weg. Sollten die in der Luft schweben? Art. 10 erlaubt seit 1988, Landnutzungsrechte zu übertragen, sonst ist er bis heute unverändert. Warum?

Xiao Weiyun, der die Verfassung mit ausgearbeitet hat, erklärt³: Man habe 1982 sogar erwogen, alles Land zu verstaatlichen, davon aber abgesehen, weil das „psychologisch“ den Bauern nicht zu vermitteln gewesen sei. Art. 10 habe man aber gebraucht, weil Landeigentümer den Staat bei wichtigen staatlichen Bauvorhaben zu sehr geschröpft hätten. „Heute entwickeln sich insbesondere die Städte immer rascher, und die Bodenpreise steigen; darum ist es noch offensichtlicher notwendig und rechtzeitig, daß das städtische Land einheitlich dem Staat zufällt.“

Doch schon Enteignungsrecht von 1958 sah für städtisches Land ausdrücklich gar keine Entschädigung mehr vor, nur für städtische Häuser; die zitierte Verordnung von 1982 erwähnte neben Häusern überhaupt nur noch dörfliches Land, und dazu schreibt *Xiao*, Dorfland zu verstaatlichen „hätte dem Staat tatsächlich weiter keinen Vorteil gebracht, da das Land doch noch von den Bauern bearbeitet, das heißt genutzt werden muß. So würde keine praktische Frage gelöst, es würde nur dazu führen, daß die Bauern sich nicht mehr sicher fühlten. Das Problem hoher Preisforderungen muß mit dem Erlaß von Landbeschlagnahmenvorschriften gelöst werden.“ Daran hat Art. 10 auch nichts geändert. Kurz, *Xiao*s Angaben stimmten nicht. Was war der Grund dann? Zu der Verordnung von 1982 erging eine offizielle Erklärung: Lokale Beamte hätten vielerorts dringende staatliche Bauvorhaben mit hohen Entschädigungsforderungen behindert, angeblich um die Bauern zu schützen. Um Vorhaben durchzubringen, sei es daher zu „verdeckten Käufen, verdeckter Verpachtung von Land“ gekommen, und deren überhöhte Erträge seien in die Taschen solcher Beamten geflossen. Das waren die in der Verordnung, dann in Art. 10 verbotenen illegalen Übertragungen: Nicht, wie es bei *Xiao* scheint, Privatleute sahten beim Staat ab, sondern dessen eigene Diener.

III. Die Sachenrechtsentwürfe

Im Sachenrecht begann *Peng Zhens* Einzelhandel also mit Enteignungsrecht und Art. 10 der Verfassung. Dem folgten u. a. das Landverwaltungsgesetz (1986, revidiert 1988, 1998, zu Eigentum und Nutzungsrecht am

³ *Xiao Weiyun* Woguo xianxing xianfa de dansheng [Die Geburt der geltenden Verfassung unseres Landes], Peking 1986, S. 43.

Land, deren Registrierung und Enteignung), das Stadtimmobiliengesetz (1994), das Sicherheitengesetz (zu Hypothek, Pfandrecht und Zurückbehaltungsrecht), das Übernahmegesetz (2002, zu den von den Bauern übernommenen Feldnutzungsrechten), viele Einzelschriften in anderen Gesetzen und unzählige Verordnungen, insgesamt ein Wirrwarr voller Lücken und Widersprüche.

Deshalb setzte der Rechtsarbeitsausschuß des Parlaments 1993 ein Sachenrechtsgesetz auf den Gesetzgebungsplan. Nach und nach entstanden dafür an die sieben offizielle Entwürfe, als erster der am Rechtsinstitut der Chinesischen Akademie für Sozialwissenschaften unter Leitung von *Liang Huixing* ausgearbeitete und im Oktober 1999 veröffentlichte „Akademieentwurf“ (E1, 434 §§)⁴; zuletzt stellte der Ausschuß am 10. 7. 2005 den „3. Entwurf zur Prüfung und Beratung“ (E7, 268 §§) ins Netz und bat um Kritik.⁵ Einige Kernpunkte der Diskussion:

1. Immobilienregistrierung

Gegenwärtig gibt es mehrere Immobilienregister⁶, dazu eine Vielzahl von Vorschriften. Von Bedeutung sind vor allem die Register der Landverwaltungsbehörde und der Gebäudebehörde. (Die Provinzen können diese beiden Register zusammenlegen. Das ist u. a. in Shanghai geschehen.) Viele Immobilienrechte sollen in mehreren Registern, Immobilienrechte der Bauern meist gar nicht registriert werden. Folge des Wirrwarrs sind gefährliche Lücken:

- *Sicherungsrechte nach dem Vertragsgesetz* werden nicht registriert: der Eigentumsvorbehalt; das Recht des Bauunternehmers, für gemahnte fällige Forderungen den Bau zu beschlagnahmen und sich daraus zu befriedigen, also eine unregistrierte gesetzliche Hypothek, die Hauskäufer böse überraschen kann.
- *Welchem „Kollektiv“ Dorfland* gehört, ist oft unklar. Nach § 10 Landverwaltungsgesetz sollen „die dörfliche kollektive Wirtschaftsorganisation oder der Dorfausschuß oder die einzelnen kollektiven Wirtschaftsorganisationen oder Gruppenkollektive im Dorf“ oder auch die kollektive Wirtschaftsorganisation der Gemeinde oder des Fleckens das kollektive Land

⁴ *Liang Huixing* Zhongguo wuquanfa caoan jianyi gao [Zur Beratung vorgelegter Entwurf des Chinesischen Sachenrechtsgesetzes], Peking 2000, S. 832.

⁵ Rechtsarbeitsausschuß des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses: Wuquanfa (caoan) cankao, Peking 2005. Entwurf deutsch übersetzt: lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/2005.zip, unter 050710.txt.

⁶ Im Detail dargestellt in den Materialien zu E7, aaO. S. 94 ff; vgl. auch *Sun Xianzhong* Woguo wuquanfa guanyu budongchan dengji zhidu de jiben kaolü [Grundsätzliche Überlegungen zur Registerordnung unseres Landes für Immobilien], Zhongguo fangdichanfa yanjiu (Studies on the Real Property of China), 1/1, Peking 2002, S. 127–143.

„bewirtschaften und verwalten“; sie wären dann wohl auch als Eigentümer zu registrieren; so scheint es jedenfalls nach der Landregisterordnung (1995; sie erwähnt aber gerade die Gruppen nicht). Oft wird jedoch kein Eigentümer registriert. Die Bauern selbst haben meist falsche Vorstellungen davon, wem ihr Land gehört. Bei einer Umfrage in mehreren Provinzen gaben von 430 Befragten 60 % den Staat, 27 % das „Dorfkollektiv“, 7 % die Gruppe und 5 % den Einzelnen als Eigentümer an; tatsächlich war es meist die Gruppe. Selbst den betroffenen Stellen war oft nicht klar, wer Eigentümer war.⁷ Das liegt vor allem daran, daß sich in den letzten Jahrzehnten die Gliederung der Ebenen unter dem Kreis je nach Gegend zehn- bis zwanzigmal geändert hat.⁸ Dabei werden meist Stempel neu zugeteilt, mit denen die zuständige Stelle als Kollektiv auftritt, manchmal wird das auch versäumt, registriert wird es oft nicht.

- Das „Übernahmerecht“ an Dorfland, Lebensgrundlage für vier Fünftel der Chinesen, wird selten, das Hoflandrecht am Land unter den Höfen nie registriert. Diese Rechte sollen auf schriftlichen Vertragsurkunden beruhen. Oft wird das Land aber einfach zugeteilt, und oft ist auch den Behörden das einschlägige Recht unbekannt.⁹
- Alle *städtischen Gebäude* sollten registriert sein. Alter Hausbesitz ist es oft nicht. Über nicht registrierte Häuser kann nicht verfügt werden. Kaufverträge über solche Häuser können daher nicht erfüllt werden; Übergabe allein und nachfolgender auch jahrzehntelanger Besitz reichen womöglich nicht aus: die Materialien zu E7 verweisen darauf, daß seit der Staatsgründung mehrfach Registrierung vorgeschrieben wurde;¹⁰ allerdings handelte es sich um verwaltungsrechtliche Meldevorschriften, die zur Gültigkeit

⁷ Chen Xiaojun u. a. Nongcun tudi falü zhidu yanjiu [Untersuchungen zur dörflichen Landrechtsordnung], Peking 2004, S. 5 ff. und die Angaben zu Baiyun, S. 112 ff.

⁸ Duan Yingbi Gaige xianxing tudi zhengyong zhidu, qieshi baohu nongmin de tudi quanyi [Reform der geltenden Landenteignungsordnung, wirklicher Schutz der Rechtsinteressen der Bauern], in Nongmin quanyi baohu [Schutz der Rechtsinteressen der Bauern], hrsg. v. Zhongguo (Hainan) gaige fazhan yanjiuso, Peking 2004, S. 363. Duan Yingbi ist stellvertretender Leiter des Wirtschaftsausschusses der Volksfront und des Staatsratsbüros für die Entwicklung von Chinas Westen.

⁹ Ein Handbuch für die Rechtserziehung, hrsg. 2004 von einem Kreisparteikomitee in Shaanxi, behauptet, die Landübernahme beruhe auf Richtlinien von Staat und Partei, und danach werde z. B. Waldland für den Anbau von Huajiao-Büschen, deren Früchte einträgliche Spezialität der Gegend sind, für 15 Jahre vergeben. Tatsächlich galt 2004 für das Übernahmerecht keine „Richtlinie“, sondern bereits seit zwei Jahren das Übernahmegesetz, und das sieht für Waldland eine Übernahmefrist von 30–70, u. U. noch mehr Jahren vor.

¹⁰ AaO. S. 266 f.; verwiesen wird dort auf die VO der Zentralregierung v. 26. 11. 1950, wiederholt in einer von der Zentralverwaltung am 12. 1. 1953 bestätigten Lokalverordnung; eine Anweisung des ZK der KP vom 12. 1. 1956, wiederholt von der Zentralregierung in einer Mitteilung vom 13. 1. 1964 (zur „Sozialisierung vermieteten privaten Hausbesitzes“); und auf die Verwaltungsregeln der Zentralregierung v. 17. 12. 1983 für städtische private Häuser.

von Verkäufen nichts besagten, außerdem teils jahrzehntelang mißachtet wurden.¹¹

An alledem ändern die Entwürfe nichts. Um wenigstens die an die DDR gemahnende Registervielfalt zu bereinigen, übertrug E1 die Immobilienregistrierung dem Kreisgericht. E7 kapituliert vor dem Widerstand konkurrierender Behörden, die ihr einträgliches Registergeschäft behalten wollen, und beläßt es beim gegenwärtigen Stand, schreibt aber wertunabhängige Gebühren vor und verbietet, jährlich neue Registrierung und Bewertung zu verlangen.

Um trotz Korruption und Unfähigkeit bei den Registern Schwindeleien zu verhindern, verlangen viele Diskussionsbeiträge, notarielle Immobilienverträge vorzuschreiben, den Notaren auch die Anträge auf Registrierung zu überlassen und wie nach § 873 II BGB eine wirksame zweite Übertragung von Immobilien schon dann auszuschließen, wenn die erste Übertragung notariell beurkundet worden ist, teils sogar, den Inhalt des notariellen Vertrags einem abweichenden Registereintrag vorgehen zu lassen.

2. Verwandtschaft mit anderen Rechten

Hinter den Entwürfen steht viel Rechtsvergleichung; erwähnt sei nur der unerreicht klare, knappe Überblick über die „Zivilgesetzbücher der Länder kontinentalen Rechts“ – Frankreichs, Deutschlands, der Schweiz, Japans und der Republik China – des 2003 verstorbenen Nestors der chinesischen Ziviljurisprudenz, *Xie Huaishi*.¹² Terminologie und Aufbau der Entwürfe decken sich nun fast völlig mit denen des Sachenrechts in Taiwan, Japan und Südkorea. Das erleichtert Vergleiche in der nächsten Nachbarschaft und hat die Arbeit an den Entwürfen sehr befördert.

Zurückgekehrt sind damit auch Trennungs- und Abstraktionsprinzip (ausdrücklich E1 § 7; in E7 vgl. §§ 15, 111 I Nr. 4); *Sun Xianzhong* will sie sogar noch deutlicher herausarbeiten. Andere halten das für unverständliche Spielereien aus Deutschland. *Jiang Ping* meint, man solle das Recht lockerer fassen und nach anglo-amerikanischem Muster mehr durch die Praxis entwickeln lassen, wie bei der Anjie-Hypothek in den großen privaten Neubauvierteln.

Teil- und gemeinsames Eigentum an Wohnungen und gemeinsamen Teilen dieser Viertel wird in E1 zwar weitgehend nach dem Vorbild von Vorschriften zum Wohnungseigentum in u. a. Deutschland, Taiwan und Japan

¹¹ Das Oberste Volksgericht hat am 18. 12. 1982 einen solchen Kaufvertrag nicht deshalb für ungültig erklärt, weil er nicht registriert war, sondern weil die Gebäudebehörde ihn nicht genehmigt hatte. Das hatte sie nicht getan, weil der Käufer des städtischen Wohnhauses Bauer war.

¹² Nachdruck in *Xie Huaishi faxue wenxuan* [Auswahl juristischer Schriften *Xie Huaishi*], Peking 2002, S. 380–465.

geregelt, und die späteren Entwürfe und neue Verordnungen haben das übernommen. Aber die dazugehörenden „Vorauskaufverträge“ über Wohnungen im Bau und ihre Finanzierung mit „Anjie“ (kantonesisch „onzip“; das soll vom englischen „mortgage“ kommen) haben von der Praxis zunächst ohne Rechtsgrundlage übernommene Hongkonger Muster: „Häuser, die Waren sind“, d.h. für den Verkauf durch den bauenden „Entwickler“ gebaute Gebäude, können im voraus verkauft werden. Um die Käufer zu schützen, sind diese Vorausverkäufe nur bedingt zulässig: der Entwickler muß das Landnutzungsrecht erworben und bezahlt haben, der Bau muß geplant, genehmigt und begonnen, ein Teil des Kapitals bereits investiert sein, usf. Ob diese Bedingungen erfüllt sind, muß die Gebäudebehörde prüfen und mit einer Vorverkaufslizenz bestätigen. In einer Vormerkung in den Registern sowohl der Gebäudebehörde als auch der Landverwaltung ist jeder einzelne Vorausverkauf zu registrieren. Nachdem der Käufer die erste Rate des Kaufpreises bezahlt hat, bestellt er eine Anjie-Hypothek für ein Bankdarlehen in Höhe des Restpreises. Die Bank zahlt das Darlehen direkt dem Entwickler aus, und der bürgt für die Rückzahlung durch den Darlehensnehmer = Käufer; die Urkunde über sein Recht aus dem Vorausverkauf erhält zunächst die Bank. Die Vormerkung erlischt drei Monate, nachdem der Käufer das Vollrecht eintragen lassen kann. Geregelt ist das jetzt in „Methoden“ vom 15. 8. 2001 zu den Vorausverkäufen und zu Hypotheken bei „städtischen Häusern, die Waren sind“. Die Entwürfe belassen es dabei. Gegenstand dieser Hypothek ist die vorausverkaufte Wohnung, aber kein Sachenrecht daran, sondern die schuldrechtliche Anwartschaft darauf. Zahlt der Darlehensnehmer nicht, muß die Bank in den Gegenstand dieser Anwartschaft vollstrecken, also in das Landnutzungsrecht und das Eigentum am Bau, die zunächst dem Entwickler zustehen, auch dann, wenn sie ihm immer noch gehören, weil der Darlehensnehmer seine Anwartschaft nicht verwirklicht hat. Eine Hypothek an einer solchen schuldrechtlichen Anwartschaft, die der Käufer oft (so in Guangdong, anders in Shanghai) nicht einmal übertragen kann, und die auch nicht Gegenstand der Vollstreckung ist, paßt schlecht zum Trennungsprinzip. Sicherungsübertragung der Anwartschaft auf die Bank oder eine vom Entwickler bestellte Hypothek am Bau hätten besser ausgesehen. Dieser Schönheitsfehler ändert aber nichts an der Rückkehr des chinesischen Sachenrechts in die ostasiatische Zivilrechtsfamilie. – Anders verhält es sich mit den „Eigentumsordnungen“.

3. Die „Eigentumsordnungen“

Seit 1949 unterschied man nach sowjetischem Vorbild die Volkseigentums-, die kollektive und die Privateigentumsordnung. Im „geschichtlichen Wandel“ des Klassenkampfes sollten sich erst die private, dann die kollektive Eigentumsordnung allmählich in der Volkseigentumsordnung auflösen.

Von Sachenrechten war daher nicht mehr die Rede, nur noch vom Eigentum, das so zuletzt ganz verschwinden sollte. Schon terminologisch widerspricht das dem System des neuen Rechts; Sachenrechte sind kein Unwort mehr¹³, sondern Gegenstand der Entwürfe. Erst recht paßt es nicht zur „sozialistischen Marktwirtschaft“ nach Art. 15, wohl aber zum Staats- und Kollektiveigentum am Land nach Art. 10 der Verfassung. Deshalb ist es eine sehr empfindliche Frage, ob das geplante Gesetz nach Eigentumsordnungen, also für unterschiedliche Gruppen von Eigentümern, unterschiedliche Vorschriften treffen soll. Die Entwürfe schwanken. Viele haben getrennte Vorschriften für staatliches, kollektives und privates Eigentum. Weil es Mischformen gibt, führt das zu Wiederholungen und Unklarheiten. E1 wie E7 lassen daher ihre Vorschriften für alle gelten und erwähnen nur, daß bestimmte Sachen nur bestimmten Eigentümern gehören können, teils auch, wer darüber beim Staat und bei Kollektiven verfügen kann. Doch an den Grundgedanken des Art. 10 halten sich alle Entwürfe: Die „öffentliche Eigentumsordnung“ teilt der Wirtschaft Grundlagen zu, auf denen sich alles Wirtschaftshandeln entfalten muß, daher gehören diese Grundlagen, insbesondere Land, allein der Obrigkeit: dem Staat und den „Dorfkollektiven“.¹⁴

IV. Grundproblem: Das Landmonopol

Der Ausschluß privaten Landeigentums ist bei weitem der schlimmste, aber von Juristen merkwürdigerweise kaum diskutierte Mangel des geltenden Sachenrechts wie der Entwürfe.

1. Die Rechte der Städter

Früher wohnten Städter teils in eigenen alten Häusern, öfter aber zur Miete in Wohnblocks ihrer „Einheiten“ (staatlicher Unternehmen, Institutionen und Behörden). Jetzt werden diese Wohnungen den Mietern verkauft. Dazu kommen die erwähnten Neubauviertel, errichtet von Entwicklern, d.h. Firmen mit besonderer staatlicher Lizenz, für die sie die nötigen Fachleute, Erfahrungen und Geldmittel besitzen müssen¹⁵. Sie verkaufen

¹³ Vgl. *Qu Tao* Wuquan gainian cong fouding dao kending de lishi [Die Geschichte des Sachenrechtsbegriff, von seiner Negation zu seiner Bestätigung], Fazhi ribao 20. 7. 2005, S. 6.

¹⁴ *Long Weiqiu* (Univ. für Politik und Recht, Peking), Wuquanfa zhengce zhi bian: Ruhe queli shichang jingjiti de falü jichu / Policy Related Debate on Law of Property: How to Determine Basis of Legal Right for Market Economy System, Zhonguo falü / China Law (Hongkong), 2005.8, S. 9

¹⁵ Geregelt insbesondere in den „Verwaltungsregeln für die Stadtimmobilieneentwicklung“, 20. 7. 1998, und den „Verwaltungsvorschriften zum Status der Immobilienentwicklungsunternehmen“, 29. 3. 2000.

ihre Viertel, aufgeteilt in Wohnungen, an Privatleute. So ist die Zahl privater Hauseigentümer in den Städten sehr gewachsen. Hauseigentum ist unbefristet. Land unter städtischen Häusern gehört freilich dem Staat, und das Nutzungsrecht daran wird nach dem Landverwaltungsrecht nur befristet überlassen, für Wohnhäuser auf 70 Jahre.¹⁶ Die Neueigentümer können aber nur im öffentlichen Interesse und gegen vollen Wertausgleich enteignet werden. Laufen dermaleinst ihre Landnutzungsrechte ab, und steht kein öffentliches Interesse entgegen, können sie neue Überlassungsverträge verlangen; wird nicht neu überlassen, fallen die Gebäude zwar nach zentralem Recht unentgeltlich an den Staat¹⁷, die Überlassungsverträge mit dem Staat können aber nach lokalen Vorschriften¹⁸ eine Entschädigung vorsehen.

Dazu muß das Land jedoch überlassen sein. Alteigentümer haben ihr Landeigentum mit Art.10 der Verfassung von 1982 verloren. Hatten sie das Land seitdem weiter ununterbrochen in Besitz, „kann ihr Nutzungsrecht daran festgestellt werden“¹⁹. Das ist kein überlassenes Nutzungsrecht. Der Staat als städtischer Grundeigentümer kann es nach § 58 Landverwaltungsgesetz aus zwei Gründen entziehen, im „öffentlichen Interesse“, oder weil er „zum Umbau alter Stadtgebiete“, für neue Wohn- und Geschäftsbauten, bestehende Nutzungsrechte „korrigieren“ muß. Er muß den Alteigentümern dann nur einen „angemessenen Ausgleich“ zahlen, der lange nur nach den geschätzten Baukosten ihrer Häuschen berechnet wurde. Auch dazu müssen die Alteigentümer erst einmal mit alten Urkunden beweisen, daß sie die Eigentümer sind. Haben sie ihr Haus nach 1950 erworben, und wurde der Eigentümerwechsel, wie oft, nicht registriert, erkennt man womöglich ihr Eigentum nicht an. In jedem Fall braucht kein öffentliches Interesse behauptet zu werden, um sie zu vertreiben. „Umbau“ ihres Stadtgebiets genügt.

Das hat vielen Familien ihr Heim genommen und viele Kulturdenkmäler beseitigt. Überall wurden alte Städte erst durch sozialistische Massenbauten und nun in noch üblerem Ausmaß durch moderne Paläste zerstört. So jetzt das jahrhundertealte, von Kanälen durchzogene Seidenhändlerstädtchen Nanxun (Provinz Zhejiang), ein kleines „chinesisches Venedig“, das die Zentralregierung als Weltkulturerbe registrieren lassen wollte. Um diese „kulturelle Ressource“ gebührend zu nutzen, haben gewissenlose örtliche Beamte und Shanghaier Investoren trotz Verboten der Zentral- und der Provinzregierung dort in der ersten Phase ihrer Planung Ende Juli bis September 2004

¹⁶ Vorläufige Regeln der VR China zur Überlassung und Weiterübertragung von Nutzungsrechten an Staatsland in den Städten, 19. 5. 1990, § 12.

¹⁷ Stadtimmobiliengesetz (1994) § 21, Vorläufige Regeln zur Überlassung usw. v. 19. 5. 1990, § 40.

¹⁸ Z.B. § 29 der Shanghaier Vorschriften für die Überlassung vom 21. 5. 2001.

¹⁹ Antwort des Staatlichen Landverwaltungsamtes v. 23. 4. 1990; Einige Vorschriften zur Feststellung des Eigentums und der Nutzungsrechte an Land, mitgeteilt vom Staatsrat am 11. 3. 1995, § 24.

bereits über 140 Familien aus ihren Häusern vertrieben und diese abgerissen, um Platz für Bars, Parkplätze u.ä. zu schaffen.²⁰

Die Entwürfe ändern hier wenig. Nach E1 wie E7 kann die Verlängerung eines abgelaufenen Nutzungsrechts an als Bauland überlassenem Staatsland nur im öffentlichen Interesse verweigert werden. Das gilt aber anscheinend nicht für unbefristete Rechte, also nicht für die Altbesitzer. Und was ist das „öffentliche Interesse“, in dem der Staat Verlängerung des Baulandrechts verweigern, Dorfland enteignen kann? Nur E1 definierte das mit Beispielen („für den Bau von Straßen, für die öffentliche Gesundheit, für den Katastrophenschutz.“), also als das, was weltweit darunter verstanden wird, und fügte hinzu: „Für gewerbliche Zwecke darf nicht enteignet werden.“ Auch in der öffentlichen Diskussion zu E7²¹ haben viele eine solche Definition verlangt, jedoch ohne Erfolg. Verständlich; denn gerade für gewerbliche Zwecke wird „im öffentlichen Interesse“ enteignet, vertreibt man in ungeheurem Ausmaß Bauern von ihrem Land.

2. Die Lage der Bauern

„1987–2001 wurden 33,95 Mio. Mu [=2,26 Mio. ha] Ackerland überbaut, davon waren mehr als 70 % enteignet worden. Das waren aber nur die legalen Bauten. Satellitenaufnahmen zeigen, daß die tatsächlich in Anspruch genommene Fläche um 20–30 %, örtlich bis 80 % höher liegt. 2000 und 2001 sind 2, 47 Mio. Mu [=164 667 ha] enteignet worden, davon 1,71 Mio. Mu [=114 000 ha] Ackerland; das hat 2.36 Mio. Bauern ihr Land genommen ... Gegenwärtig (2003) haben landesweit geschätzt 40 Mio. Bauern so ihr Land verloren ... Nach dem Landverwaltungsgesetz sind für die Enteignung (1) Ausgleich für das Land, (2) Hilfe für die Unterbringung der Bauern und (3) Ausgleich für Saaten und anderes Zubehör auf dem Land zu zahlen. (1) und (2) betragen das 6–10 bzw. 4–6fache einer Jahresrente im Durchschnitt der letzten drei Jahre, also zusammen zwischen dem 10- und 16fachen, in besonderen Fällen bis zum 30fachen. Nach dem Durchschnittsjahresertrag in Ostchina von 800 Yuan/Mu kommt man so auf Beträge von 8000–12 800 Yuan für das Mu [=666 qm], das Jahresgehalt eines gewöhnlichen Staatsbeamten. Von diesen Beträgen geht (1) an die kollektive Wirtschaftsorganisation, (2) an die Einheit, welche die Bauern unterbringt, nur (3), also der Ausgleich für Zubehör und Saaten auf dem Halm, geht an die Bauern. Die Unterbringung der enteigneten Bauern funktioniert nicht. Früher wurden

²⁰ Vgl. *Shen Ying, Shi Xisheng, Wang Wei* in *Nanfang zhoumo*, 28. 10. 2004, S.A5.

²¹ Vgl. *Fazhi ribao* 12. 8. 2005, S. 5, 3. Spalte; *Qiao Xinsheng*, *Wuquanfa ying qianghua dui zhengfu chaqian zhengshou xingwei de zhiyue* [Das Sachenrechtsgesetz muß gegenüber dem Abreißen und Enteignen die Regierungskontrollen verstärken], *Fazhi ribao* 4. 7. 2005, S. 3, fordert, der Staat müsse wie sonst bei Verwaltungsakten auch bei Enteignungen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

diese Bauern vom Staat beschäftigt. Das war ihnen willkommen. Seit sich die Marktwirtschaft entwickelt, wählt man jetzt allgemein „Unterbringung in Geld“, das heißt, (2) wird als einmalige Leistung den Bauern ausgezahlt; sollen sie sehn, wie sie zurechtkommen. So ist man in den letzten Jahren bei über 90 % der Enteignungen verfahren, die man dem Staatsrat zur Genehmigung gemeldet hat. So wurden viele zu landlosen arbeitslosen Wandernern.“²²

Diese Zahlen zeigen nur einen Teil des Problems. Gegenwärtig ziehen weit über 100 Millionen Bauern als Wanderarbeiter durch China. Viele von ihnen haben ihr Land freiwillig aufgegeben. Solches Land, aber auch enteignetes Land liegt nicht selten ungenutzt brach. Warum?

Der Apparat der ländlichen Staats- und Kollektivorgane ist über Jahrzehnte ständig gewachsen. Umorganisationen, um ihn zu verkleinern, haben meist nur neue Stellen geschaffen. Gegenwärtig müssen 13 Bauern einen „Kader“ ernähren. Dazu genügen die legalen Einkünfte der Behörden nicht. Also wurden die Bauern unter allen möglichen Namen mit immer höheren Abgaben belegt, bis schließlich viele Kader alle Zeit damit verbrachten, Abgaben oder Bußen einzutreiben.²³ (Beliebt sind Bußen für Verstöße gegen die Geburtenplanung. Kommt dabei nicht genug zusammen, bekommen die Kader kein Gehalt. Reihenuntersuchungen sollen kontrollieren, ob jemand planwidrig schwanger ist. Man solle diese Untersuchungen doch, witzelte 2003 ein Kader in Hunan, heimlich zu künstlichen Befruchtungen nutzen, um mehr Bußen verhängen zu können.²⁴) Von 1985 bis 2000 haben Zentralregierung, zentrale Behörden und das ZK der KP in sechzehn Verordnungen und Beschlüssen in immer schärferem Ton verlangt, die illegalen Lasten der Bauern zu beseitigen.²⁵ Zentral- und Provinzregierungen haben dazu wieder eigene Behörden geschaffen. Lange hat das alles nichts genutzt. Viele Wanderarbeiter geben ihr Land auf, um den Dorfkadern jede Handhabe gegen sie zu nehmen. Ihre daheimgebliebenen Frauen und Mütter verzweifeln; chinesische Landfrauen haben unter Frauen weltweit die höchste Selbstmordrate. Seit Ende der 1990er Jahre beginnen die Maßnahmen endlich zu greifen. Damit haben die Organe der Dörfer, Gemeinden und Kreise kein Geld mehr. Sie machen Schulden über Schulden, erst bei den Banken,

²² Duan Yingbi aaO. (Fn. 8).

²³ Zhang Lizhi, He Kaiyin Lun nongcun shuifei gaige zhong de xiangzhen jigou he cunji zuzhi de peitao gaige [Zu der die Reform der dörflichen Steuern und Abgaben ergänzenden Reform der Organe der Gemeinden und Flecken und der Organisationen auf der Dorfstufe], Nongmin quanyi baohu aaO. S. 273. Vgl. auch den Fall bei Han Deqiang www.dj-in-democracy.net/content/index.asp?id=370.

²⁴ Dong Haijun Jiaose chaju yu jiaose diaoshi: Xiangzhen zhengfu dui nongmin quanyi de baohu [Rollenunterschiede und Rollenausgleich: Schutz der Rechtsinteressen der Bauern durch die Regierungen von Kreisen und Flecken], Nongmin quanyi baohu aaO. S. 282.

²⁵ Vgl. die Liste bei Xu Xinjian in Nongmin quanyi baohu aaO. S. 324f.

wenn die nichts mehr geben, bei privaten Kredithaien zu Zinsen von 18–36 %.²⁶ Beliebter, oft einziger Ausweg ist, Dorfland zu enteignen und die Nutzungsrechte daran zu verkaufen. Vielfach wird Land auf Vorrat enteignet; nach einer unvollständigen Liste hat man in 24 Provinzen über 3500 „Entwicklungsgebiete“ mit einer Gesamtfläche von 36 000 qkm gebildet, mehr als die gegenwärtig bebaute Gesamtfläche aller Städte und Flecken, sie großenteils aber bisher nicht in Anspruch genommen.²⁷

Gesetzlich wird die Umwandlung von Dorfland in Bauland strikt beschränkt, und die Zentralregierung hat gegen den Dorflandraub immer schärfere Weisungen erlassen, zuletzt im Staatsratsbeschuß 2004/28 vom 28. 10. 2004 zur „Vertiefung der Reform und strikten Landverwaltung“, in dem es von „scharfen Verboten“ und „striktter Durchführung“ nur so wimmelt. Das ist lobenswert, nutzt aber wenig. Denn damit kann man allenfalls durchsetzen, daß bestehende Regeln eingehalten, z. B. die vorgeschriebenen Entschädigungen gezahlt werden. Aber diese Entschädigungen entsprechen, wie die angeführten Zahlen zeigen, nicht entfernt dem Marktwert des enteigneten Landes. Vor allem aber können nach geltendem Recht die Opfer, die einzelnen Bauern, sich gegen Enteignungen nicht wehren. Denn enteignet wird nicht ihr Land. Das Land gehört dem „Kollektiv“, und wie geschildert, wissen nicht nur die Bauern selber oft nicht, wer das ist, über die Hälfte glaubt, das Land gehöre dem Staat. Das ist verständlich. Zwar sollten Dorfausschüsse und auf höheren Ebenen Parlamente und Volksregierungen sowie die parallelen Parteiorgane nur administrative und Parteaufgaben wahrnehmen, kollektive „Wirtschaftsorganisationen“ hingegen sich nur wirtschaftlich betätigen. In der Praxis aber tun beide beides²⁸, ihr „Charakter“ ist unklar²⁹ (auf Dorfebene rechtlich schon deshalb, weil beide keine klare Rechtsstellung haben, sie sind weder Staatsorgane noch juristische Personen), und jedenfalls werden sie von Leuten gelenkt, die heute zwar oft formal frei, jedoch unter Kontrolle der Obrigkeit gewählt werden und agieren. („Nicht viele Dorfausschüsse sind ordnungsgemäß im gesetzlichen Verfahren gewählt. Yao, Abgeordneter des Volkskongresses der Stadt Qianjiang, Hunan, stellte in einer Untersuchung fest, daß dort mehr als die Hälfte der demokratisch gewählten Dorfausschußvorsitzenden keine zwei Jahre im Amt waren, bevor sie von der Gemeinderegierung aus irgendwelchen Gründen ausgetauscht wurden. Nicht lange, nachdem sein Bericht die Zustände in der dörflichen Selbstverwaltung der Stadt bekanntgemacht und allgemein Beachtung gefunden hatte, wurden in Qianjiang erneut Dorfaus-

²⁶ Li Min, *Hu Tongli* Tuoshan huajie cunji zhaiwu, qieshi baohu nongmin quanyi [Schulden auf Dorfebene effektiv bereinigen, Rechtsinteressen der Bauern wirksam schützen], *Nongmin quanyi baohu* aaO. S. 341 ff., 343.

²⁷ Duan Yingbi aaO. (Fn. 8) S. 364.

²⁸ Vgl. Chen Xiaojun aaO. (Fn. 7)

²⁹ Zhang Lizhi, He Kaiyin aaO. (Fn. 23) S. 277.

schaftswahlen durchgeführt, und die liefen ebenso irregulär wie vorher.“³⁰) Letztlich entscheidet meist der Parteisekretär, allerdings „demokratisch“, das heißt in Abstimmung mit den anderen höheren Funktionären seines Dorfs, seiner Gemeinde, seines Kreises. Ein solcher Klüngel ist dann von oben – von Organen auf Provinz- oder gar zentraler Ebene – wie von unten, von den Bauern, kaum mehr zu kontrollieren. Man spricht von der Übernahme der Macht auf Dorf-, Gemeinde-, womöglich Kreisebene durch Mafias, die ihre Macht gegen die Bauern mit Hilfe der lokalen Polizei, zusätzlich angeheuerter Schläger und Stimmenkauf bei Dorfwahlen³¹ durchsetzen.

Am Ort eines Neubauviertels südlich von Peking stand bis 2003 ein Dorf. Was aus den Bauern dieses Dorfes geworden sei. „Die sind weg.“ Weg? „Der Parteisekretär hat dem X. das Dorf verkauft, Land, Häuser, Dorfbetriebe, da sind sie weg.“ X. ist der Chef der „Entwicklungsfirma“, welche das neue Viertel baut und seine Wohnungen verkauft. – Was denn die Bauern bekommen hätten? „Lebensunterhalt.“ Wieviel? „150 Yuan [15 € zum Bankkurs, Kaufkraft für Waren des Grundbedarfs dort 30 €] im Jahr.“ Dazu der örtliche Vertreter der Entwicklungsfirma: „Natürlich haben wir nicht das Dorf gekauft, schon gar nicht vom Parteisekretär, nur das Landnutzungsrecht auf 70 Jahre, vom Staat. Der Parteisekretär hat nur die Vereinbarung über Ersatzleistungen und Unterbringung unterschrieben.“ – Der Staat kann kollektives Land aber nur dann ohne allzuviel Ärger enteignen, wenn es gelingt, solche Vereinbarungen abzuschließen und damit sicher zu sein, daß die Bauern ruhiggestellt werden. Dann aber sind alle zufrieden: Die örtliche Verwaltung, vor allem ihre Verwalter, verdienen am Verkauf der Nutzungsrechte, die Entwicklungsfirma und die Lokalbehörden haben keinen Ärger. Nur die Bauern sind nicht immer glücklich.

Kurz, wem Land der Obrigkeit zugeteilt, „überlassen“ wurde, also städtische Hauserwerber, insbesondere die städtische Oberschicht, wird mindestens so gut gesichert wie ein Hausbesitzer im Westen, er darf in den Neubauvierteln sogar seine eigene Polizei halten. Wer dagegen eigene Häuschen auf ursprünglich eigenem Land hat, Bauern ebenso wie städtische Altbesitzer, ist der Willkür von Behörden und behördennahen „Entwicklern“ ausgeliefert, sein Land ist Quelle des Reichtums für Ämter und ihnen nahestehende Firmen. Ihr Land werde, so ein Artikel vom August 2004³², nach

³⁰ Xu Zhiyong Nongcun tudi yingdang siyouthua [Das Dorfland muß privatisiert werden], www.e-economic.com/info/3082-1.htm.

³¹ Zahllose Berichte; vgl. z. B. den von *Chen Guidi* und *Chun Tao* in *Zhongguo nongmin diaocha baogao* [Bericht über Untersuchungen bei chinesischen Bauern] geschilderten Fall aus Wangying in Anhui, deutsch lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/2005.zip, unter 050110.txt, in Anm. 1. Zum Stimmenkauf z. B. *Tong Zhibui* Laoyaotoucun xuanju de xin hao [Das Signal der Wahl in Laoyaotoucun], in *Sannong Zhongguo*, 2004/1, S. 125.

³² www.jxhome.com/news/news_display.jsp?NewsID=1768; www.zao.com.cn/article/list.asp?id=10370.

planwirtschaftlichen Regeln billig beschafft, nach marktwirtschaftlichen aber teuer verkauft. Das müsse zu Mißbrauch führen. In den letzten drei Jahren hätten die Behörden nach amtlichen Statistiken aus der Abgabe von Landrechten über 910 Milliarden Yuan eingenommen. Bei vielen Lokalverwaltungen sei das nun die Haupteinnahmequelle, führe oft auch zu Korruption: Land werde nicht, wie vorgeschrieben, mit öffentlichen Ausschreibungen, Versteigerungen, Auslobungen abgegeben, sondern billiger durch vertrauliche Vereinbarungen, manchmal angeblich im öffentlichen Interesse nicht entgeltlich überlassen, sondern unentgeltlich zugeteilt. So habe ein neuer Bürgermeister in Shenyang, *Mu Sui*, „Entwicklern“ Ackerland für angebliche „hochtechnologische Landwirtschaft“ zugeteilt, insgesamt 1997–2000 70 % des vergebenen Landes; daher habe Shenyang 2000 nur 70 Mio. für Landrechte bekommen, eine kleinere Nachbarstadt für weniger abgegebenes Land aber 300 Millionen. Die Verluste durch „nicht normgemäße Abgaben“ von Land schätze das Landministerium auf landesweit mindestens 10 Mrd. Yuan jährlich. Nach einer Untersuchung des Landministeriums erhielten von den „Kosten der Landentwicklung“ die „Entwickler“ 40–50 %, die Lokalregierungen 20–30 %, die Dorfausschüsse und „dörflichen Wirtschaftsorganisationen“ knapp 30 %, die Bauern 5–10 %. Die Verwaltung der Stadt Shangyu habe 2000 aus Landüberlassungen netto 219 Mio. Yuan eingenommen. Davon hätten die Bauern 5.91 Mio. als Ausgleichleistungen erhalten – 2,7 %. Ein Artikel im „Spiegel“ 50/2004, S. 74, preist die Planung deutscher Architekten für ein Neubauviertel in Shangyu. Enteignete Bauern erwähnt der Artikel nicht. „Gedüngt werden die Felder der Ausländer“!³³

Art. 10 der Verfassung von 1982 sollte verhindern, daß sich Beamte bereicherten. Anscheinend wird aber heute nicht weniger abgesahnt als 1982. Doch die 10 Mrd. „Verluste“ wären nur 3–4 % der Einnahmen. Bei den immensen hier legal möglichen Erträgen dürften nicht illegale Vorgänge das Hauptproblem sein, sondern die legale Entrechtung der Bauern. Denn auch was legal an Entschädigung zu leisten ist, ergibt wie oben vorgerechnet nur einen im Vergleich zum Wert von Bauland im Stadtbereich lächerlichen Betrag. Für den müssen die Bauern dann alles hergeben, Häuser, Land, Arbeitsstellen, kurz, ihre Lebensgrundlage.

Bauern können freilich versuchen, Dorfbürgerrechte zu nutzen. Nach dem Dorfausschußgesetz (1998) hat die Dorfbewölkerung wichtige Vereinbarungen zu diskutieren und gutzuheißen, die der Dorfausschuß (oder für ihn der Parteisekretär) abschließen will. § 78 Landwirtschaftsgesetz (2002) erlaubt dem Bauern, gegen Verletzungen seiner „legalen Rechtsinteressen“

³³ Xia Yongxiang, Cheng Taolin Dangqian woguo nongcun tudi zhengyong zhong qin fan nongmin quanyi de yuanyin ji duice [Die Ursachen für die Übergriffe in Rechte der Bauern bei den Landbeschlagnahmen in unseren Dörfern heute und Strategien dagegen] in: Zhongguo chengshihua, hrsg. v. Lou Peimin, Peking 2004, S. 230.

Widerspruch einzulegen und Gerichte zu bemühen. Nach E7 kann er, wenn ein Beschluß des Dorfausschusses oder seiner Manager seine „legalen Rechtsinteressen“ verletzt, vom Volksgericht verlangen, daß es den Beschluß aufhebt. Nur, wozu das alles? Er bekommt doch seine legale Entschädigung!

Aus Protest haben sich Bauern öffentlich verbrannt, auch in Peking. Doch anders als nach dem Recht der Kaiserzeit³⁴ ist Selbstmord kein gesetzlich anerkanntes Rechtsmittel. Also schließt sich die Mehrheit den heimatlos Wandernden an, bietet als Handwerker in den Städten ihre Dienste an, wird Bauarbeiter, mancher vielleicht Vorarbeiter – endlich gar selber „Entwickler“?

Kann aber den Bauern nicht geholfen werden, so doch den „Kollektiven“!

3. Die „Kollektive“

Bislang wird das Kollektiveigentum vielfach beschränkt. Es darf nicht verkauft, belastet oder verpachtet, allenfalls in eine Kapitalgesellschaft eingebracht werden. Wollte ein Unternehmen aufs Dorf, mußte es sich bisher sein Land erst vom Staat enteignen lassen, dann vom Staat Nutzungsrechte erwerben. Im Süden sah man das aber nicht so eng. Schon ab 1978 nutzten bei Hongkong die ersten Joint Ventures Dorfgebäude, um Material aus Hongkong zu verarbeiten. Zum 1. 10. 2005 gestattet eine Verordnung der Provinzregierung, in ganz Guangdong dörfliches Bauland, bisher für Bauten der Dorfausschüsse und ihrer „Einheiten“ reserviert, auch jedermann sonst zur gewerblichen Nutzung zu überlassen, nur nicht Entwicklungsfirmen für Wohnbauten.³⁵ Gut für die Dorfherrscher. Der Bauer aber darf nicht einmal eine Hütte an Städter als Datscha verpachten, gar verkaufen. In der Diskussion zu E7 wird vorgeschlagen, dem Bauern dies zu erlauben, wenn er das Dorf auf Dauer verlasse. Dann habe er mal was von der Mitgliedschaft im Kollektiv, die doch seine Sozialversicherung sei. Diese Sozialversicherung soll darin bestehen, daß aus dem Wirtschaftsertrag der Kollektive die nicht mehr arbeitsfähigen Alten und Kranken unterhalten werden sollen. Ein Bauer, der in die Stadt zieht, soll deshalb, falls er dort sozialversichert wird, nach E7 seine Übernahmrechte an Dorfland verlieren. Denn Dorfland gehöre eben zur Sozialversicherung dem Kollektiv und nicht dem einzelnen Bauern. Dumm nur, daß die Kollektive so viel, wenn schon nicht für alle ihre Mitglieder, so doch für ihre Leiter tun müssen, daß sie heute, wie er-

³⁴ Strafbare war, wer einen anderen „in den Tod trieb“, es sei denn, er hätte ohne Eigeninteresse in Erfüllung einer Amtspflicht gehandelt und das Opfer nicht mißhandelt (Da - Qing lüling, Kap. 26, Abschnitt Weibi zhi si). Lokale Machthaber sind oft wegen Selbstmords eines ihrer Opfer vor Gericht gekommen. Anreiz zum Selbstmord und dann dazu, dessen Gründe zu untersuchen, war auch der Glaube, der Tote könne vor dem Richter der Unterwelt Klage führen und von ihm Gerechtigkeit erlangen.

³⁵ Vgl. Nanfang zhounao vom 29. 9. 2005, S. c17 f.

wähnt, meist hoffnungslos verschuldet sind und nun schon ans eigene Bauland gehen. Damit gefährden sie auch den Gesamtstaat! Denn offizieller Grund für dessen Enteignungsrecht ist heute noch wie schon bei *Xiao Weiyun*, daß sonst das Land für nützliche staatlichen Großprojekte – Autobahnen, Dämme, E-Werke – zu viel koste. Allerdings betragen die Landkosten solcher Vorhaben heute nur um 3 % der Gesamtkosten, und in den erwähnten Entwicklungszonen steht dafür ohnehin Land genug bereit.³⁶

Wer die sozialen Aufgaben der Kollektive ernst nimmt, kommt leicht auf dumme Gedanken. Angesichts rasant steigender Immobilienpreise wollten Peking-er Wohnungssuchende ihr eigenes Kollektiv gründen, das Landnutzungsrechte selbst beantragen und Baufirmen nur anstellen sollte. Das durften sie nicht. Sie mußten eine Kapitalgesellschaft gründen und mit einem Entwickler kooperieren.³⁷ Sie hatten nicht begriffen, daß Kollektive nur ein anderer Name der Obrigkeit sind und dem Schutz obrigkeitlicher Monopole dienen. Das hatte auch *Chen Su* nicht verstanden, als er in E1 Landnutzungsrechte der Bauern sich automatisch verlängern ließ. Das wären ja eigentumsgleiche Rechte gewesen, Bauern hätten dann direkt gegen Eingriffe der Obrigkeit in diese Rechte klagen können!

4. Reprivatisierung?

In späteren Entwürfen ist von dauerhaften Rechten der Bauern nicht mehr die Rede. Schon gar nicht wagt man den Vorschlag, den Bauern ihr Eigentum am Land zurückzugeben. Das forderte zwar *Yang Yaokai*³⁸ schon 1998, aber der ist Wirtschaftswissenschaftler und lebt in Australien.

Inzwischen werden aus den Dörfern jedoch immer üblere Skandale bekannt, die Proteste immer heftiger. Das beunruhigt die Führung und ermutigt nun auch inländische Ökonomen und Soziologen, nicht nur zu berichten, was sie in den Dörfern sehen, sondern auch Folgerungen zu ziehen. Sie verlangen offen Privatisierung des Dorflands: Man behaupte, Privatisierung führe dazu, daß Reiche wie einst Dorftyrannen das Land aufkauften, daß Grundherren auftauchten, während eine Flut landloser Bauern die Städte überschwemme und die Gesellschaft erschüttere. Eine Flut landflüchtiger Bauern beute man aber jetzt schon als billige Arbeitskraft aus. Der Bauer fliehe aus dem Dorf, weil er dort rechtlos sei. Könnten tüchtige Bauern genug Land für Betriebe mit economies of scale zusammenkaufen, müsse man für solche „Grundherren“ dankbar sein!³⁹ Dorftyrannen, „Beamtenkapital“

³⁶ Vgl. *Duan Yinbi* aaO. (Fn. 8).

³⁷ Vgl. *Wang Chenbo* Hezu jianfang: Bei „zhaoan“ de Wutuobang? [Genossenschaftlicher Wohnungsbau: „Befriedetes“ Utopia?], *Zhongguo xinwen zhouban* 18. 4. 2005, S. 42.

³⁸ Vgl. das Interview www.sinoliberal.net/scholar/yxk%20of%20reform.htm.

³⁹ *Chuxian dizhu bingbu kepa. Nongmin tudi siyouthua shi zai bi xing.* [Keine Angst, wenn Grundherren auftauchen. Die Privatisierung des Dorflands ist unvermeidlich!],

alter Art gebe es bereits, gerade deshalb, weil nicht privatisiert werde: Unter den 500 weltweit Reichsten der Forbes-Liste hätten nur an die 30 etwas mit Immobiliengeschäften zu tun. Unter den 100 reichsten Festlandschinesen seien dagegen über die Hälfte Immobilien-„Entwickler“. Gerade das Kollektiveigentum am Dorfland züchte Korruption und erschüttere die Gesellschaft, weil diese „Eigentumsordnung“ ermögliche, die Bauern, also 4/5 der Chinesen, rücksichtslos auszubeuten. Das finanziere den Aufschwung der Städte! Die Entschädigungen seien lächerlich! Zu privatisieren sei umgehend, zu diskutieren nur, wie.⁴⁰

Einige verlangen dazu nur ewige Erbpacht, nur das sei gegenwärtig realistisch⁴¹. Die Bauern seien früher nicht nackt gewesen, protestiert *Zhao Xiao*, sie müßten jetzt nicht nur eine Schicht ihres Eigentums zurückerhalten, sondern alles.⁴² *Kong Shanguang* meint, man könne Kollektive im verstädtern den Osten wie jetzt schon in seinem Heimatort Foshan in AGs umwandeln, die für die Bauern das Land verwalteten und vergäben.⁴³ Angesichts der erbärmlichen Ergebnisse der Kollektivwirtschaft lehnen *Xu Zhiyong* und andere das ab. Ob der einzelne sein Land in eine Gesellschaft einbringen wolle, müsse er selbst nach Marktlage entscheiden. Die Schulden der Dorfkollektive stünden dem nicht entgegen, die sollten die verantwortlichen Kadern bezahlen!⁴⁴

Kryptisch bemerkte der Ministerpräsident am 14. 3. 2005 vor dem Volkskongreß: „Das Recht der Bauern, mit dem Land autonom zu produzieren und zu wirtschaften, bleibt langfristig, das heißt, auf Dauer bewahrt.“ Das hat die kritischen Wissenschaftler ermutigt. Nur Juristen diskutieren dar-

www.ynet.com/view.jsp?oid=6517097&bid=3846120, und viele andere der nachfolgend zitierten Artikel.

⁴⁰ Vgl. *Wu Jiabi* Guanyu tudi siyouhua gaige de jianyan [Vorschläge zur Landprivatisierungsreform], www.zhinong.cn/data/detail.php?id=4937 (nur für „übernommenes“ Ackerland, nicht für Hofland); *Meng Siliang*, Youguan nongmin tudi siyouhua de taolun [Zur Privatisierung des Dorflands], www.china-week.com/html/01869.htm, (gerade für Hofland); *Xu Yuanming* in *Lou Peimin* Zhongguo chengshihua aaO., S. 225 f.; S. 379 ff. veranlaßt *Cui Jianguo* den Leser zu dieser Folgerung, spricht sie selber aber nicht aus.

⁴¹ U.a. *Lai zi diceng* Zhongguo de diaocha baogao: Xiaokang, Zhongguo tong [Untersuchungsbericht von Chinas unterer Ebene: „Bescheidener Wohlstand – Chinas Schmerz“], *Peking* 2004, S. 437 f.; *Zhou Tianyong* von der Zentralen Parteihochschule, www.china.org.cn/chinese/OP-c/706417.htm schlägt 999jährige Pacht vor. Auch *Chen Sus* Vorschlag für das Übernahmerecht in E1 gehört hierher.

⁴² *Zhao Xiao* Gaobie duoqiong maifu, genben biange tudi chanquan zhidu [Nehmt Abschied davon, Reichtum zu kaufen, indem ihr Arme beraubt! Reform der Landrechtsordnung von Grund auf!], 10. 11. 2005, <http://column.bokee.com/99881.html>.

⁴³ *Kong Shanguang* Nongcun tudi gufenhua yu siyouhua [Umwandlung des Dorflands in Anteile und Privatisierung] (www.china-week.com/html/02536.htm).

⁴⁴ *Zhao Xiao* aaO. (Fn. 42); ähnlich *Ximalapa*, Nongcun tudi siyouhua, yidao raobuguo de wan? [Privatisierung des Dorflands, eine nicht zu nehmende Kurve?], www.china-week.com/html/01300.htm.

über bisher kaum öffentlich. Ausnahmen sind u. a. Prof. *Li Shuguang* von der Chinesischen Universität für Politik und Recht und zwei Peking-er Anwälte, *Du Zhaoyong* und *Zhang Xingshui*. Sie reden nun auch von städtischem Land. *Li* forderte 2004, den Staatsanteil an Unternehmen den Erfordernissen einer modernen Wirtschaftsordnung gemäß zu senken und mit dem Erlös die leeren Kassen der Sozialversicherung aufzufüllen. Ganz nebenbei schlug er dann vor, auch etwas städtisches Land zu diesem Zweck zu privatisieren. Die Anwälte meinten: Hervorgekrochen aus Höhlen habe die Menschheit erst mit dem eigenem Heim, sei es auch nur eine Strohütte gewesen, auf dem eigenen, für Herrscher und Nachbar unverletzlichen Land Kultur gewonnen, und Kulturdenkmäler seien meist nur deshalb erhalten geblieben, weil private Eigentümer sie bewahrt hätten. Wer sich nicht auf dem Land frei bewegen und freies Eigentum für seine freie Hütte erwerben könne, sei kein Bürger, sondern Sklave.⁴⁵

Wilde, von Juristen sonst nicht zu hörende Reden. Im geltenden Recht und den Entwürfen bleibt es beim „öffentlichen“, nur staatlichen oder kollektiven Landeigentum. So werden Bauern zu landlosen Wanderern zur Verfügung der neuen Marktwirtschaft, bleibt die Sicherheit der „property rights“, der Verfügungsrechte über Land, den verfassungsberechtigten „Kadern“ und ihnen verbundenen „Entwicklern“ vorbehalten. Die können die Ergebnisse ihres rent seeking im Ausland sichern; China hat eine beachtliche Kapitalfluchtrate.⁴⁶

So verbindet der Sachenrechtsentwurf den Kapitalismus mit dem Feudalismus der roten Barone.

⁴⁵ *Li Shuguang*: www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=19724; *Du Zhaoyong*, *Zhang Xingshui*: www.dffy.com/faxuejieti/ms/200504/20050415185108.htm.

⁴⁶ Dazu *Xing Yujing* in *Kaifang daobao* 2000 Nr. 12 (Dez.), S. 24–26.

Nationalsozialismus und Pflichtteilsrecht

GERHARD OTTE

I.

Das Pflichtteilsrecht war in den letzten anderthalb Jahrzehnten Gegenstand intensiver rechtspolitischer Diskussion.¹ Nunmehr hat das Bundesverfassungsgericht im Beschluss vom 19. April 2005² den „Kern“ dieses Rechts, nämlich eine „grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige ... Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass“ als „Bestandteil des ... Gehalts der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG“ bezeichnet.³ Es ist damit der von *Gustav Boehmer* zu Art. 154 der Weimarer Reichsverfassung begründeten⁴, im zivilrechtlichen Schrifttum herrschenden⁵ und auch in der Kommentierung des Grundgesetzes vertretenen⁶ Lehre gefolgt, welche die Erbrechtsgarantie als Garantie eines Rechtsinstituts versteht, das nicht nur die Testierfreiheit als „ein⁷ bestimmendes Element“⁸, sondern auch eine gewisse Familienbindung⁹ des Erblasservermögens umfasst.

¹ Nachweise bis 2001 bei *Otte AcP* 202 (2002), S. 317 Fn. 1; ferner *Martiny* Gutachten zum 64. DJT (2002), A 63 ff.; *Bengel/Verh. d. 64. DJT*, Bd. II, 1, L 51 ff, sowie die Diskussion in Bd. II, 2, L 160 ff.; *Rauscher FFE* 2004, Sonderheft, S. 147 ff.

² Az. 1 BvR 1644/00 u. 188/03, veröffentlicht in *NJW* 2005, 1561 ff.; *JZ* 2005, 1001 ff.; *ZEV* 2005, 301 ff.

³ LS 1 des Beschlusses und Abschnitt C.I.2.a) der Begründung.

⁴ In: *Nipperdey* (Hrsg) *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung* (1930), Bd. III, S. 250 ff.

⁵ *Staudinger/Otte BGB*, Bearb. 2000, Einl. 60, 68 zu §§ 1922; *MünchKomm/Leipold BGB*⁴ (2004), Einl. 17 ff. zu §§ 1922 ff. (jeweils mwN.).

⁶ *Maunz/Dürig/Herzog/Papier GG* (2002), Art. 14 Rn. 302; v. *Münch/Kunig/Bryde GG*⁴ (2000), Art. 14 Rn. 48.

⁷ Hervorhebung vom Verf.

⁸ So die Terminologie des Bundesverfassungsgerichts (Abschnitt C.I.1.b des Beschlusses); die Weglassung des unbestimmten Artikels in früheren Entscheidungen zu Art. 14 GG (u. a. in *BVerfGE* 91, 358 und 99, 350) hat gelegentlich das Missverständnis verursacht, das Gericht wolle nur *ein* Element (die Testierfreiheit) als „bestimmend“ anerkennen (so etwa *Dreier/Wieland GG*² (2004), Art. 14 Rn. 57; daran möchte wohl jetzt noch – trotz der unmissverständlichen Formulierung des Beschlusses vom 19. 4. 2005 – *Kleensang ZEV* 2005, 279 bei Fn. 29, festhalten).

⁹ Der Ausdruck geht auf *Otto von Gierke* zurück, der von „familienrechtlicher Bindung des Vermögens“ bzw. von „familienrechtlicher Gebundenheit des Eigentums“ sprach (*Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, 1889, S. 512 u. 536);

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts dürfte einen Schlussstrich unter die Debatte um Abschaffung oder Beibehaltung des Pflichtteilsrechts ziehen und dadurch dem Gesetzgeber die Inangriffnahme längst fälliger Detailkorrekturen¹⁰ erleichtern. Wenn hier aber nicht auf solche Reformanliegen eingegangen, sondern ein Aspekt der Grundsatzdebatte näher betrachtet werden soll, geschieht das, weil das Pflichtteilsrecht (und damit auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts) mehrfach in einen Zusammenhang eingeordnet worden ist, in den es nicht gehört, und ich es deshalb für nötig halte, das verzeichnete Bild zu korrigieren, ehe es von historisch weniger Interessierten und daher weniger Informierten als zutreffend hingenommen wird.

Pflichtteilkritische Stellungnahmen der jüngsten Zeit bedienen sich auffallend häufig einer „historischen“ Argumentation, nämlich des Rückgriffs auf die Bewertung des Pflichtteilsrechts in rechtspolitischen Diskussionen der Vergangenheit, und zwar speziell auf dem 14. Deutschen Juristentag im Jahre 1878, also in der Entstehungsphase des BGB, sowie in der – seinerzeit großspurig so genannten – nationalsozialistischen „Rechtserneuerung“. Das ist an sich vollkommen in Ordnung, zumal sich die Lehre von der Erbrechtsgarantie als Institutsgarantie auf ein historisches Fundament stützt, nämlich auf die Tatsache, dass es in Deutschland nie Testierfreiheit ohne Begrenzung durch ein wie auch immer ausgestaltetes Pflichtteilsrecht gegeben hat. Das Postulat möglichst genauer Erforschung und Wiedergabe der Fakten muss aber auch hier gelten.

II.

Zum Juristentag 1878 können wenige kurze Feststellungen genügen, da die Entstehungsgeschichte des BGB-Pflichtteilsrechts durch die Untersuchung von *Hans-Georg Mertens*¹¹ hinreichend geklärt ist. Thema des Juristentages war unter anderem die Frage, „ob und in wie weit die Testierfreiheit mit Rücksicht auf eine Pflichtteilsberechtigung eingeschränkt werden soll?“ Beide Gutachter, der Anwalt *Meyersburg* aus Celle und der Romanist *Bruns*, empfahlen – nicht etwa, wie behauptet worden ist¹², das Pflichtteils-

dass – jedenfalls heute – nur eine Bindung zugunsten bestimmter Familienangehöriger gemeint sein kann, weil es „die Familie“ als Rechtssubjekt nicht gibt, versteht sich von selbst.

¹⁰ Reformvorschläge vor allem bei *Rauscher* Reformfragen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts (1993), Bd. II, 1, S. 76ff.; ferner die oben in Fn. 1 Genannten.

¹¹ *H.-G. Mertens* Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht (1970), 81 ff.

¹² *St. Herzog* Die Pflichtteilsentziehung (2003), S. 209; vorsichtiger, aber undeutlich *Staudinger/Haas* BGB, Bearb. 1998, Einl. 8 zu §§ 2303 ff., und *Dauner-Lieb* FFE 2000, Sonderheft, S. 18: „teilweise zu beseitigen“.

recht abzuschaffen, sondern es auf einen Unterhaltsanspruch bei Bedürftigkeit¹³ bzw. auf den Fall der Erbeinsetzung Familienfremder zu beschränken, also innerhalb der Familie volle Testierfreiheit zu gewähren¹⁴. Ihre vor allem anerbenrechtlich¹⁵ motivierten Vorschläge fanden jedoch nicht die Zustimmung des Juristentags¹⁶, und wohl daher sahen die Motive zum Ersten Entwurf des BGB keine Veranlassung, auf sie einzugehen.¹⁷ Nicht anders hielt es die 2. Kommission. Im Reichstag war der dann doch gestellte Antrag eines konservativen Abgeordneten, land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitz vom Pflichtteilsrecht auszunehmen, von Anfang an chancenlos.¹⁸ Die Verfasser des BGB wollten also einhellig das Pflichtteilsrecht beibehalten.¹⁹ Die Feststellung, „dass das Pflichtteilsrecht schon im 19. Jahrhundert umstritten war“²⁰, bedarf daher der relativierenden Erinnerung daran, dass es recht unterschiedliche Grade von Umstrittenheit gibt. Auch für Pflichtteilkritiker dürfte der Umstand, dass es immer Juristen gegeben hat, die Mindermeinungen vertraten, eigentlich kein größeres Gewicht haben als etwa die Feststellung, dass in England das *Fehlen* eines Pflichtteilsrechts „nicht unumstritten“ war, wie die wiederholten Gesetzesinitiativen zur Überwindung dieses Zustandes zeigen.²¹

III.

Auf die Entwicklung in der NS-Zeit ist dagegen genauer einzugehen, nicht nur wegen der Bewertung, die das Pflichtteilsrecht erfahren könnte, wenn man es mit nationalsozialistischem Rechtsdenken in Verbindung

¹³ *Meyersburg* Verh. d. 14. DJT, Bd. 1, S. 65 f.

¹⁴ *Bruns* Verh. d. 14. DJT, Bd. 1, S. 95 f.

¹⁵ Darauf wird unten (im Text bei Fn. 37) im Zusammenhang mit nationalsozialistischen Bestrebungen zurückzukommen sein.

¹⁶ Verh. d. 14. DJT, Bd. 2 (1879), S. 60–86, 267 f.; mehrheitsfähig waren entsprechende Vorstöße auch auf den Juristentagen 1972 und 2002 nicht (Verh. d. 49. DJT, Bd. II, 1, K 152, 160 ff.; Verh. d. 64. DJT, Bd. II, 2, L 228 f.).

¹⁷ Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1888), Bd. V, S. 38.

¹⁸ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages, Session 1895–1897, S. 3015 f.

¹⁹ Nicht etwa nur „mit großer Mehrheit“ – so *Staudinger/Haas* (Fn. 12) und *Dauner-Lieb* (Fn. 12).

²⁰ *Herzog* (Fn. 12); ähnlich *Staudinger/Haas* (Fn. 12): „Die Übernahme des Pflichtteilsrechts in das BGB ... war nicht unumstritten.“; ebenso *Dauner-Lieb* (Fn. 12).

²¹ Zur „Lord Actor Bill“ (1928) und zur „Rathbone Bill“ (1931) *G. Hoeck* Die Testierfreiheit und ihre Beschränkung im Britischen Reich (1933), S. 13 ff.; zur weiteren Entwicklung bis zum Inheritance Act (1975) *M. Meston* Familienerbrecht und Testierfreiheit in Schottland und England, in: *Henrich/Schwab* (Hrsg.) Familienrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich (2001), S. 73 (81 ff.).

bringt, sondern auch, weil gegen *Gustav Boehmer*, den Begründer der Lehre von der Institutsgarantie des Erbrechts, wegen seiner entschiedenen Bejahung des Pflichtteilsrechts der Vorwurf „ideologischer Belastung“ erhoben worden ist, sicher nicht ohne die Absicht, das Pflichtteilsrecht selbst zu diskreditieren.

Dieter Henrich hat in einem 1999 vor der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg gehaltenen Vortrag gemeint, die Argumente der Befürworter des Pflichtteilsrechts seien „überwiegend emotionaler Natur“.²² Seine Bemerkung stützte er unter anderem auf ein Zitat aus *Boehmers* Abhandlung „Zur Reform des Pflichtteilsrechts“ aus dem Jahr 1938²³ (die wörtlich in der 1970 erschienenen Sammlung ausgewählter Schriften *Boehmers* „Zur Entwicklung und Reform des deutschen Familien- und Erbrechts“ wiederabgedruckt ist²⁴). Der Satz lautet:

„Die Schreckbeispiele der Erbeinsetzung der Geliebten, der turpis persona, des Staatsfeindes oder Rassefremden sind nicht die einzigen Fälle, in denen die Fernhaltung der nächsten Sippegenossen vom Erbgut unseren Familiensinn kränkt.“

Barbara Dauner-Lieb hat in ihrem Vortrag auf dem 51. Deutschen Anwaltstag im Jahr 2000 über „Das Pflichtteilsrecht – Ketzerische Fragen an ein altehrwürdiges Institut“ dieses Zitat, eingeleitet mit den Worten, *Boehmer* sei „von jeher ein Feind der Testierfreiheit“ gewesen, wiederholt und kommt zu der Folgerung, er sei „ideologisch zu belastet, als daß man ihn immer noch zum Kronzeugen für die Notwendigkeit der Erhaltung des geltenden Pflichtteilsrechts machen sollte.“²⁵ An anderer Stelle führt sie noch aus, in der Zeit des Nationalsozialismus sei „eine Reform des Pflichtteilsrechts diskutiert (worden) ... mit der Tendenz, das Pflichtteilsrecht der nahen Angehörigen gegen die Testierfreiheit des Erblassers zu stärken“²⁶, und bezieht sich „für die ideologischen Wurzeln mancher Argumente“ pauschal auf die Abhandlungen *Boehmers* und *Heinrich Langes* zum Pflichtteilsrecht im AcP 144 (1938).

In der 2003 veröffentlichten Arbeit von *Stefanie Herzog* über „Die Pflichtteilsentziehung – ein vernachlässigtes Institut“ tauchen dann sowohl *Henrichs* Urteil von der „überwiegend emotionalen Natur“ der Argumente der

²² *D. Henrich* Testierfreiheit vs. Pflichtteilsrecht (2000), S. 19; ob das für das Gutachten von *Martiny* (Fn. 1), die Ausführungen von *R. Schröder* in DNotZ 2001, 465 ff., von *Rauscher* (Fn. 1 und 10) oder *meine* in ZEV 1994, 193 ff. und AcP 202, 317 ff. wirklich zutrifft, mögen andere beurteilen.

²³ AcP 144, 249 f.

²⁴ Dort S. 315.

²⁵ (Fn. 12) S. 23.

²⁶ (Fn. 12) S. 18, ein Zitat aus *Staudinger/Haas* (Fn. 12) Rn. 9, das dort allerdings nicht von Äußerungen eines Ideologieverdachts begleitet wird.