

tive erlauben. Beide stehen durchaus auch über Europa hinaus als attraktive Quellen für die Rechtsvergleichung im Haftungsrecht zur Verfügung. Als Beispiel mag dienen, dass der erste Band des Digest schon kurz nach seinem Erscheinen vom High Court of Australia mehrfach als Quelle der Inspiration zitiert wurde.¹² Die Basic Texts erlauben es, künftig ohne weiteres auch auf das Gesetzesrecht zurückzugreifen, das der reichen europäischen Rechtsprechung zum Deliktsrecht zugrunde liegt.

Genf

THOMAS KADNER GRAZIANO

Unexpected Circumstances in European Contract Law. Ed. by *Ewoud Hondius* and *Hans Christoph Grigoleit*. – (Cambridge:) University Press (2011). XXI, 692 S. (The Common Core of European Private Law.)

Wie ist zu entscheiden, wenn nach Vertragsabschluss »unerwartete Umstände« eintreten, die der einen Partei die Erfüllung ihres Versprechens erheblich erschweren? Wie, wenn sich durch solche Umstände der Nutzen erheblich mindert, den die Partei aus der ihr versprochenen Leistung ziehen will? Muss sie die Leistung auch dann abnehmen und bezahlen? Wer dieses Problem rechtsvergleichend behandeln will, kann dafür einen Weg wählen, dessen Pionier *Rudolf B. Schlesinger* gewesen ist: Er kann einzelne als besonders problematisch empfundene Fälle zum Ausgangspunkt nehmen und für jeden dieser Fälle darstellen, wie er in verschiedenen Rechtsordnungen gelöst wird.¹ Seit 1993 folgt diesem Ansatz ein großes an der Universität Trento betriebenes Forschungsunternehmen, das den Namen »Common Core of European Private Law« trägt und unter der Herausgeberschaft von *U. Mattei* und *M. Bussani* steht. Aus ihm sind inzwischen 10 eindrucksvolle Bände hervorgegangen. Das hier zu besprechende Werk ist in dieser Reihe das elfte. Seine Herausgeber – und Mitverfasser wesentlicher Teile – sind *Ewoud Hondius* und *Hans Christoph Grigoleit* als Leiter einer gemischtnationalen Gruppe von etwa 20 Rechtswissenschaftlern aus verschiedenen europäischen Ländern.

Den Schwerpunkt des Buches bildet ein Abschnitt, der knapp drei Viertel seines Umfangs umfasst. In ihm wird gezeigt, wie 15 ausgewählte Fälle nach dem Recht von 17 europäischen Ländern entschieden werden würden. Zu den Ländern gehören Frankreich und Belgien, ferner Deutschland, Österreich und

¹² *Tabet v Gett* [2010] High Court of Australia 12 (21 April 2010), <www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2010/12.html> (zuletzt konsultiert am 8. 2. 2013).

¹ Ein anderer Weg besteht darin, dass für das untersuchte Problem »Länderberichte« ausgearbeitet werden, also ein Gesamtbild der Regeln untersucht wird, die sich in einer bestimmten Rechtsordnung – oder auch in einer Gruppe miteinander verwandter Rechtsordnungen – für die Lösung des Problems finden lassen. Vgl. z. B. den Abschnitt über »Haftungsbefreiung bei wesentlicher Veränderung der Umstände« bei *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts³ (1996) 516ff. Ebenso – wenn auch unter Betonung wichtiger »leading cases« – der Abschnitt über »Supervening Events« bei *H. Beale/B. Fauvarque-Cosson/J. Rutgers/D. Tallon/S. Vogenauer*, Contract Law², Cases, Materials and Text (2010) 1091ff.

die Niederlande, von den skandinavischen Ländern Schweden und Dänemark, sodann Slowenien, Tschechien und Lettland, ferner Italien, Spanien, Portugal und Griechenland, schließlich noch das englische, schottische und nordirische Recht. Nur einige wichtige Länder fehlen, darunter insbesondere Polen, Ungarn und die Schweiz. Auch ein solches »fallorientiertes« Buch kommt freilich nicht ohne einen »allgemeinen Teil« aus. Dazu zählt zunächst ein von *A. Thier* verfasster Abschnitt über die rechtshistorische Entwicklung. Er bietet einen Überblick über das klassische römische Recht und die Lehre von der *clausula rebus sic stantibus* und behandelt die Versuche, die seit dem 17. Jahrhundert unternommen worden sind, um den Widerspruch zwischen der *clausula*-Lehre und den Prinzipien der Vertragsfreiheit und Rechtssicherheit erträglich zu machen.² Vorgeschaltet ist ferner ein von *M. Cernini*, *B. Luppi* und *F. Parisi* verfasster Abschnitt über die ökonomische Analyse des Problems. Für sie ist zunächst ein Grundgedanke maßgeblich, der auch dem Juristen einleuchten wird oder einleuchten sollte, nämlich dass in jedem Falle der vertraglich vereinbarten Risikoverteilung der Vorrang gebührt. Fehlt es an einer solchen Vereinbarung, so ist der Vertrag unvollständig oder lückenhaft, dies oft nicht deshalb, weil die Parteien faul oder träge gewesen wären, sondern weil die Transaktionskosten, die ihnen durch die Verhandlungen über die Verteilung entfernt liegender Risiken entstehen, höher sind als der dadurch für sie erzielbare Nutzen. Zu schließen ist die Vertragslücke durch eine Regelung, auf die sich die Parteien geeinigt hätten, wenn man unterstellt, dass sie in redlicher Absicht miteinander über die Verteilung des Risikos verhandelt und sich auf die für beide Seiten vorteilhafteste und deshalb »effiziente« Lösung verständigt hätten. Wie diese Lösung aussieht, ist auch unter den Ökonomen im Einzelnen umstritten. Immerhin spricht viel dafür, dass diejenige Partei als »superior risk bearer« mit dem Risiko belastet worden wäre, die es mit geringeren Kosten als die andere abwenden, die Wahrscheinlichkeit seines Eintritts mindern oder sich gegen die Folgen des Eintritts durch Vorsorgemaßnahmen – auch durch die Beschaffung von Versicherungsschutz – sichern kann.³ Man mag es bedauern, dass nirgendwo in dem Buch die Frage gestellt wird, ob und in welchem Maße die juristischen Lösungswege oder die von der Rechtsprechung gefundenen Ergebnisse mit dem ökonomischen Lösungsansatz im Einklang stehen. Insbesondere hätte es aus meiner Sicht nicht fernegelegen zu zeigen, dass dasjenige, was aus ökonomischer Sicht vorgeschlagen wird, nicht stark abweicht von demjenigen, was aus der Sicht der Juristen mit Hilfe der »ergänzenden Vertragsauslegung« oder durch »implication of a contractual term« getan wird.

Vorgeschaltet sind schließlich auch noch Abschnitte, in denen – zunächst in allgemeiner Form (S. 3–14), dann aber auch noch für jede der untersuchten 17

² Vgl. dazu auch *R. Zimmermann*, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990) 576 ff.

³ Vgl. dazu ausführlich *H. B. Schäfer/C. Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*⁵ (2012) 449–481. Dort findet man auch eine Analyse der drei BGH-Entscheidungen 8. 2. 1978, JZ 1978, 235; 11. 3. 1982, BGHZ 83, 197 und 1. 2. 1984, NJW 1984, 1177. Aus ihr ergibt sich, dass sich die Lösungen des BGH mit dem ökonomischen Ansatz decken. Vgl. dazu auch *H. Kötz*, *Vertragsrecht*² (2012) Rz. 77 ff., 1009 ff.

Rechtsordnungen (53–172) – ein »Überblick« über die verschiedenen Rechtsinstitute gegeben wird, mit deren Hilfe sich dem Problem der »unerwarteten Umstände« zu Leibe rücken lässt. Dabei wird zwischen »conventional« und »extraordinary doctrines« unterschieden. Zur ersteren Gruppe zählen Regeln, die grundsätzlich auf *alle* Fälle einer Störung von Vertragsabschluss oder Vertragsabwicklung angewendet werden und daher *auch* dann eingreifen können, wenn behauptet wird, es sei die Fortgeltung des Vertrages wegen »unerwarteter Umstände« zweifelhaft. Dazu zählen z.B. die Regeln, nach denen der Vertrag wegen *Irrtums* angefochten werden kann, seine Erfüllung an einer *Unmöglichkeit* der Leistung oder an *force majeure* scheitert, eine Vertragslücke durch *ergänzende Vertragsauslegung* oder durch *implication of a term* geschlossen wird oder der Vertrag wegen *laesio enormis* ungültig ist. Als »exceptional« werden diejenigen Regeln bezeichnet, die sich auf den speziellen Fall des Eintritts »unerwarteter Umstände« beziehen und nur für diesen Fall dem Richter eine Anpassung des Vertrages erlauben. Dazu gehört die *doctrine of frustration* des *Common Law*. Sie führt zur Ungültigkeit des Vertrages, wenn wegen der genannten besonderen Umstände die Vertragserfüllung etwas »radikal anderes« darstellt als dasjenige, was von den Parteien bei Vertragsschluss ins Auge gefasst war. Vor allem gehören zu den »exceptional doctrines« die Regeln, nach denen dem Richter eine Vertragsanpassung erlaubt wird, wenn aufgrund des Eintritts von »unerwarteten Umständen« die *Geschäftsgrundlage* des Vertrages weggefallen oder gestört ist. Diese Regeln sind manchmal gesetzlich fixiert,⁴ werden aber oft in ähnlicher Form auch ohne gesetzliche Grundlage angewandt, wenn auch manchmal unter anderem Namen, so etwa als Lehre von der *clausula rebus sic stantibus* in Spanien oder Slowenien oder als Lehre von den »Voraussetzungen des Vertrages« in Dänemark und Schweden.

Die Herausgeber treffen noch dazu eine weitere Unterscheidung zwischen »open« und »closed jurisdictions«. Als »closed« bezeichnen sie diejenigen Rechtsordnungen, die eine Vertragsanpassung beim Vorliegen von »unerwarteten Umständen« ausschließen. Dass dazu das französische Recht gehört, mag einleuchten. Denn dort wird seit der berühmten Entscheidung des Kassationshofs vom 6. 3. 1876⁵ angenommen, »que, dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants«. Die französische Rechtsprechung kann daher in solchen Fällen nur mit den allgemeinen »conventional doctrines« helfen, also z.B. damit, dass die Regeln über die Irrtumsanfechtung angewandt, ein Fall von *force*

⁴ So z.B. in § 313 BGB, Art. 1467 Codice civile, Art. 488 griechisches ZGB, Art. 6:258 BW. Hierher gehören auch die Regeln in Art. 6:111 PECL, Art. 6.2 PICC und Art. 89 des Entwurfs eines Common European Sales Law (CESL).

⁵ D. 1876.1.93 (»Canal de Craponne«). Dagegen wird eine »révision pour imprévision« zugelassen, wenn der Vertrag Güter oder Leistungen betrifft, an deren Erbringung ein öffentliches Interesse besteht, so dass verwaltungsrechtliche (statt zivilrechtliche) Regeln anwendbar sind. So liegt es z. B., wenn ein Unternehmer Straßenbauarbeiten oder die Versorgung der Bevölkerung mit Gas, Wasser oder Elektrizität versprochen hat. Vgl. z. B. Conseil d'État 30. 3. 1916, D.P. 1916.3.25.

majeure angenommen oder in den Vertrag mit Hilfe der Auslegung eine Ausnahme Klausel hineingelesen wird; auch die juristische Allzweckwaffe der »cause« wird gelegentlich hervorgezogen. Ob hingegen auch das englische Recht zu den »closed jurisdictions« gezählt werden kann, ist immerhin zweifelhaft. Denn zwar ist der Vertrag ungültig, wenn die Voraussetzungen einer »frustration« erfüllt sind; daraus folgt, dass er nicht etwa mit einem Inhalt, den der Richter dekretiert hat, aufrechterhalten werden darf. Jedoch muss der Richter in einem solchen Falle stets prüfen, ob er nicht der Partei, die durch die Ungültigkeit benachteiligt wird, aufgrund des Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 einen Ausgleichsanspruch gegen ihren Kontrahenten gewähren muss, der sie für etwa schon geleistete Zahlungen oder Leistungen angemessen entschädigt. Das ist in der Sache nichts anderes als eine »Anpassung« des Vertrages.⁶ Auch die Herausgeber selbst räumen das ein (11); sie sind im Übrigen der Auffassung »that the distinction between ›open‹ and ›closed‹ jurisdictions is essentially a doctrinal distinction that is based on the nature of the legal concepts applied rather than on the results that are achieved in the cases in our questionnaire«. In der Tat ist das Buch so aufgebaut, dass sich der Leser zunächst einmal über 170 Seiten hinweg mit der bunten Fülle der ganz unterschiedlichen »legal concepts« befassen muss, auf die in den untersuchten Rechtsordnungen zur Lösung des Problems zurückgegriffen wird. Wer das hinter sich gebracht hat, wird geradezu danach lechzen, dass endlich Nägel mit Köpfen gemacht werden, indem gezeigt wird, wie verschiedene Fälle – mit welchen »legal concepts« auch immer – praktisch entschieden werden.

15 Fälle sind es, für die im Hauptteil des Buches geprüft wird, wie jeder von ihnen in den 17 untersuchten Rechtsordnungen entschieden werden würde. Wie sind diese Fälle ausgewählt? Ein Merkmal ist ihnen jedenfalls gemeinsam: Es liegt darin, dass es überall an einer vertraglichen Vereinbarung fehlt, durch die das Risiko des Eintritts von »unerwarteten Umständen« der einen oder anderen Partei zugeteilt wird. Manche Fälle wirken deshalb ein wenig praxisfremd, weil Abreden über die Risikoverteilung auch dann häufig vorkommen, wenn das Risiko, um das es geht, auf dem Eintritt von »unerwarteten Umständen« beruht. So wird das Risiko des Gläubigers, es könne die Währung des ihm geschuldeten Geldes durch Inflation an Wert verlieren, oft durch vertragliche Vereinbarung geregelt, also durch Preisänderungs-, Wertsicherungs- oder auch Neuverhandlungsklauseln. Weit verbreitet sind auch Klauseln, durch die sich derjenige, der die Lieferung von Sachen oder die Leistung von Diensten versprochen hat, gegen das Risiko schützt, dass ihm die Erfüllung des Versprochenen dadurch unmöglich gemacht oder erschwert wird, dass kriegereische Ereignisse, Streiks, Naturkatastrophen oder andere Fälle der »force majeure«

⁶ Vgl. BGH 16. 1. 1953, MDR 1953, 282. Hier hat der BGH einen Vertrag über die Lieferung technischer Ausrüstungsgegenstände wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage in der Weise »angepasst«, dass er dem Lieferanten, der bereits einen Teil der Gegenstände hergestellt hatte, einen Anspruch auf ein Viertel des Kaufpreises zugebilligt (und ihn vermutlich auf diese Weise für die ihm bereits entstandenen Kosten entschädigt) hat. Die gleiche Entscheidung hätte auch der englische Richter treffen können, wenn er den Vertrag als »frustriert« angesehen hätte.

eintreten oder dass durch Regierungsakte Einfuhr- oder Ausfuhrverbote erlassen oder Zölle oder Steuern erhöht oder gesenkt werden. Auch wer Waren verkauft hat, die er sich erst noch von einem Dritten beschaffen muss, wird häufig auf einer Klausel bestehen, die den Vertrag aufhebt und Schadenersatzansprüche ausschließt, wenn er selbst – aus welchen Gründen auch immer – von dem Dritten nicht beliefert wird.⁷ Natürlich kann man es den Verfassern des Buches nicht vorwerfen, dass es in den von ihnen ausgewählten Fällen an solchen Risikoklauseln fehlt.⁸ Wohl aber liegt in der Zulässigkeit und Ubiquität solcher Klauseln ein starkes Argument dafür, dass der Rekurs auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage, auf die »frustration doctrine« oder auf andere funktionsverwandte Rechtsfiguren demjenigen nicht gestattet werden sollte, der sich regelmäßig durch solche Klauseln zu schützen pflegt, sich aber tatsächlich nicht geschützt hat, dies vielleicht mit der Folge, dass ihm deshalb von seinem Vertragspartner eine höhere Gegenleistung zugebilligt worden ist.

Das wird schon an den beiden ersten Fällen deutlich. Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass die Gläubiger von Geldforderungen wegen des Kaufkraftverlusts der Währung nach einigen Jahren nicht mehr dasjenige erhalten, was sich die Parteien bei Vertragsschluss vorgestellt haben mögen. Die Lösungen der einzelnen Rechtsordnungen sind zwar nicht einheitlich. In der Regel wird aber doch angenommen, dass das »normale« Inflationsrisiko vom Geldgläubiger zu tragen ist, der sich, wenn er das nicht gewollt hätte, durch eine Preisanpassungsklausel oder eine ähnliche Abrede hätte schützen können. So werden in dem Bericht zu Frankreich die Parteien auch deshalb an dem ursprünglich geschlossenen Vertrag festgehalten, weil, wenn dies nicht gewollt gewesen wäre, »the parties should have inserted indexation clauses« (249). Für das englische Recht hat das House of Lords rundheraus erklärt, »that because the contractor could have tendered a price variation clause he could not now turn around and avoid the contract merely because performance had become more expensive or burdensome« (252). Fehlt es in dem Vertrag an einem Kündigungsrecht, ist er außerdem ohne zeitliche Beschränkung, also »auf ewig« oder doch auf sehr lange Zeit abgeschlossen und erreicht der Kaufkraftverlust deshalb ein »außerordentliches« Maß, so gewähren manche Rechtsordnungen dem Geldgläubiger ein Anpassungsrecht; andere Rechtsordnungen räumen ihm stattdessen (oder zusätzlich) ein Kündigungsrecht ein, das manchmal auf eine gesetzliche Grundlage gestützt werden kann, manchmal – so besonders im englischen, nordirischen und schottischen Recht – aus einer ergänzenden Auslegung des Vertrages oder aus der »implication« einer Kündigungsregel hergeleitet wird.⁹

⁷ Vgl. zu solchen »Selbstbelieferungsklauseln« Kötz (oben N. 3) Rz. 283, 305, 914 und die dort zitierte Rechtsprechung der deutschen Gerichte.

⁸ Eine Ausnahme bildet Fall 14. Dort geht es um einen Bauvertrag, in den die Parteien eine sehr ungewöhnliche Haftungsausschlussklausel eingefügt, nämlich vereinbart haben, dass »all the rights of both parties arising from unexpected circumstances« abbedungen seien. In manchen Rechtsordnungen wird diese Klausel als gültig, in den meisten hingegen als ungültig angesehen, weil sie gegen Treu und Glauben oder gegen die Gebote der Fairness verstoße oder zu unbestimmt formuliert sei.

⁹ Die neuere englische Rechtsprechung macht zwischen Vertragsauslegung und Vertragsergänzung durch Annahme eines »implied term« kaum noch einen Unterschied. Vgl. Lord

In Fall 3 beklagte sich ein Verkäufer von Methylalkohol darüber, dass nach Vertragsschluss ein Steuergesetz erlassen worden sei, das ihn im Falle der Lieferung der verkauften Ware zur Zahlung eines Betrages verpflichtet hätte, der – man mag es kaum glauben – höher war als der Kaufpreis. Hier gehen die Lösungen bunt durcheinander. Eine Mehrheit der Rechtsordnungen scheint dem Verkäufer ein Recht zur Aufhebung des Vertrages zu gewähren. Manchmal wird auch eine Anpassung des Vertrages erlaubt, so z.B. dergestalt, dass der Richter den Steuerbetrag zur Hälfte dem Käufer auferlegen und den Kaufpreis entsprechend erhöhen dürfe. Häufig heißt es allerdings, dass die Lösung des Falles wegen des Fehlens einschlägiger Rechtsprechung ungewiss sei oder dass der Sachverhalt präzisiert werden müsse, weil z.B. offen sei, ob die Steuer den Verkäufer wirklich wie ein Blitz aus heiterem Himmel getroffen habe oder nicht vielleicht doch für ihn oder für beide Parteien vorhersehbar war. In einigen Rechtsordnungen wird aber auch der entschiedene Standpunkt einer strengen Bindung an den ursprünglich geschlossenen Vertrag vertreten, so in erster Linie in den Rechtsordnungen des *Common Law*, aber wohl auch in den Niederlanden und nach dänischem Recht. Dort wird zur Begründung geltend gemacht, dass der Verkäufer »could have very easily reserved the right to increase the price due to the enactment of any tax legislation«, zumal wahrscheinlich sei »that [...] the vendor is familiar with the market for industrial spirit and should consider the possibility of any government intervention« (267). Zum französischen Recht heißt es, dass in diesem Fall zwar eine »révision pour imprévision« ausgeschlossen sei und auch ein Fall der *force majeure* nicht vorliege, der Richter aber – gestützt auf einige neuere Entscheidungen des Kassationshofs¹⁰ – die Möglichkeit habe, den Parteien eine Verpflichtung zur »renégociation« des Vertrages aufzuerlegen. Freilich besteht ein Anreiz zu Neuverhandlungen für die Parteien *ohnehin*, weil z.B. ihre geschäftlichen Beziehungen nur auf diese Weise für die Zukunft aufrechterhalten und nur so die Chancen für Wiederholungsgeschäfte gewahrt bleiben. Immerhin wird die richterliche Erzwingung solcher Neuverhandlungen auch in Art. 6:111 II PECL, Art. 6.2.3 PICC, Art. 89.1 CESL-Entwurf und in den verschiedenen Entwürfen zu einer Reform des französischen Vertragsrechts vorgesehen. Dabei muss aber bedacht werden, dass Neuverhandlungen stets »in the shadow of the law« stattfinden, die Parteien also stets darauf spekulieren werden, wie der Fall, wenn die Neuverhandlungen scheitern, voraussichtlich vom *Richter* entschieden werden würde. Deshalb muss für diesen Fall eine »offene Lösung« gefunden werden. In der Tat heißt es in allen genannten Texten, dass der Richter beim Scheitern der Neuverhandlungen den Vertrag nach bestimmten Regeln an die neue Lage anpassen oder ihn zu bestimmten Bedingungen für erledigt erklären dürfe.

Hoffmann in *Attorney General of Belize v Belize Telecom Ltd* [2009] 1 WLR 1988 (Privy Council): »It follows that in every case in which it is said that some provision ought to be implied in an instrument, the question for the court is whether such provision would spell out in express words what the instrument, read against the relevant background, would reasonably be understood to mean« (Nr. 21).

¹⁰ Cass. Com. 3. 11. 1992, Bull. civ. 1992.IV. no. 338 (S. 241); 24. 11. 1998, Bull. civ. 1998. IV. no. 277 (S. 232).

In Fall 4 war ein Geschäftslokal zu einem bestimmten Mietzins fest auf 15 Jahre vermietet worden. Gleichwohl verlangte der Vermieter nach einiger Zeit eine Anhebung des Mietzinses, weil die Gegend, in der sich das Mietobjekt befand, kurze Zeit nach Vertragsabschluss einen gewaltigen wirtschaftlichen Aufschwung genommen und sich daher die »Vergleichsmiete« für ähnlich belegene Mietobjekte verfünffacht habe. In den meisten Rechtsordnungen wird in diesem Falle eine Mietzinserhöhung durch Richterspruch abgelehnt. Anders entscheiden die Rechte der südeuropäischen Länder und – gestützt auf die Lehre von der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) – das deutsche Recht, wieder anders, obwohl diese Lehre auch dort gilt, in Österreich, weil nach der Rechtsprechung »a change of commercial circumstances and marketing opportunities is no good cause to terminate a long-term lease of business premises prematurely, since the parties were able to foresee such developments and accepted the risk« (282). Wie wahr! In einigen Ländern – z. B. in Frankreich und Belgien – kann zwar eine Erhöhung des Mietzinses verlangt werden, dies aber aufgrund besonderer zwingender gesetzlicher Bestimmungen, deren Existenz – so darf man annehmen – den Parteien bei Vertragsabschluss bekannt war und deshalb von ihnen bei der Festlegung der Höhe des Mietzinses einkalkuliert worden ist.

In den Fällen 5–10 macht eine Vertragspartei geltend, dass die ihr geschuldete Leistung infolge des Eintritts von »unerwarteten Umständen« sinnlos geworden sei, nämlich von ihr nicht mehr für den Zweck verwendet werden könne, der ihr bei Vertragsabschluss vorgeschwebt hat und oft auch der anderen Partei durchaus bekannt gewesen ist. Wie liegt es z. B., wenn der Nutzen, den der Auftraggeber an der ihm versprochenen Modernisierung seines Kellers hat, deshalb auf Null gefallen ist, weil das Gebäude, in dem sich der Keller befindet, durch einen Brand völlig vernichtet worden ist, dies aber so, dass die Bauarbeiten an dem Keller noch vorgenommen werden können? Wie, wenn jemand aus der ihm vermieteten Tankstelle keinen Nutzen mehr ziehen kann, weil ein Krieg ausgebrochen ist, die Regierung alle Mineralprodukte konfisziert hat und jeder Handel mit diesen Produkten zum Erliegen kommt? Wie, wenn der Mieter das vermietete Hotelzimmer nicht benutzen und bezahlen will, weil die Ausstellung, die er besuchen wollte, abgesagt worden ist oder er wegen eines Streiks des Flugpersonals nicht anreisen kann? Wie, wenn er das Zehnfache des normalen Preises für das Hotelzimmer bezahlen soll, weil es am fraglichen Tag den Ausblick auf einen Krönungsumzug bieten sollte, der Umzug aber ausfällt, weil der König an diesem Tag wegen einer Erkältung im Bett liegt? Die Fälle 11–15 behandeln ähnliche Situationen, darunter einen Aktienkaufvertrag, bei dem sich die Parteien wegen eines gemeinsamen Kalkulationsirrtums auf einen falschen Kaufpreis geeinigt haben.

Hier fehlt der Platz, um zu erörtern, nach welchen rechtlichen Regeln und mit welchen Ergebnissen alle diese Fälle in den untersuchten Rechtsordnungen entschieden werden. Der Gesamteindruck, zu dem die Herausgeber im Schlussabschnitt des Buches gelangen, geht dahin, dass sich die Rechtsordnungen einig nur in der Frage sind, ob in den untersuchten Fällen der Vertrag wegen der »unerwarteten Umstände« im Ergebnis bei Bestand bleibt oder unwirksam ist. Streitig sei dagegen, ob und wie der Vertrag im Falle seiner Unwirksam-

keit vom Richter an die neue Lage »angepasst« werden darf (644). Die Ursache für diese Divergenz »can be traced back to the legal systems themselves as none of them presents a clear, systematic, complete and convincing concept with regard to the legal consequences that apply once an unexpected event suspends the binding effect of the contract terms« (652). Unter diesen Umständen meinen die Herausgeber, dass ihr Buch vor allem dem Zweck diene, dem Leser die Vielfalt der in Betracht kommenden Lösungswege vor Augen zu führen und das Anschauungsmaterial bereitzustellen, dessen man sowohl zur Fortbildung der nationalen Rechte wie auch zur Ausarbeitung einer europäischen Lösung bedarf.

Diesen Zweck erfüllt das Buch auf eindrucksvolle Weise. In der Tat war der Rezensent stark beeindruckt von der Unterschiedlichkeit der rechtlichen Regeln, die in den untersuchten Systemen für maßgeblich gehalten werden und oft auch innerhalb des gleichen Systems miteinander konkurrieren. Der Fall mit dem Krönungsumzug diene als Beispiel. Gewiss besteht Einigkeit darüber, dass der Hotelgast, wenn der Umzug ausfällt, den verzehnfachten Zimmerpreis nicht zu bezahlen braucht. Aber die rechtlichen »Theorien«, aus denen dieses Ergebnis »hergeleitet« wird, gehen in ganz unterschiedliche Richtungen. Schon im deutschen Recht ist die Wahl des »richtigen« Weges eine Frage des juristischen Geschmacks. Man kann den Umzug als von dem Hotelier »mitverkauft« ansehen, dies mit der Folge, dass seine Leistung »unmöglich« wird und er den Anspruch auf den Zimmerpreis verliert (§§ 275 I, 326 I 1 BGB). Man kann aber auch den Umzug zur Geschäftsgrundlage des Vertrages befördern und annehmen, dass die Geschäftsgrundlage »schwerwiegend verändert« worden ist und der Fortbestand des Vertrages aus diesem Grunde dem Hotelgast »nicht zugemutet werden kann« (§ 313 BGB). Dies wird auch in manchen anderen Rechtsordnungen angenommen, ganz gleich, ob die Lehre von der Geschäftsgrundlage kraft Richterrechts gilt (Österreich) oder in Gesetzesform gebracht ist (Art. 6:258 BW, Art. 1467 Codice civile). In Schweden stützt man sich auf die Lehre von den »Voraussetzungen« des Vertrages oder auf Art. 36 Vertragsgesetz, in England auf die »doctrine of frustration«, in Frankreich und Belgien darauf, dass der Ausfall des Umzugs als *force majeure* angesehen wird. In Wahrheit ist aber für die Lösung des Falles nur eines maßgeblich, nämlich welche praktischen Argumente es sind, aus denen die eine oder die andere Partei das in Rede stehende Risiko tragen muss. Die Herausgeber sagen selbst, dass in diesem Fall ebenso wie dort, wo der Hotelgast aus anderen Gründen den Zimmerpreis nicht zahlen will, die Lösungen »mainly depend on how the contractual risk allocation is assessed by the courts in the different legal systems« (405). Auch aus der Erörterung der vielen anderen in dem Buch behandelten Fälle wird immer wieder deutlich, dass, wenn erst einmal das juristische Getöse über die verschiedenen in Betracht kommenden Lösungswege verklungen ist, es entscheidend auf die für die Risikoverteilung maßgeblichen Gründe ankommt.¹¹ Wer bis hierher gefolgt ist, wird auch anerkennen, dass der Richter auf den Weg zu einer Analyse der Risikoverteilung am besten dadurch gebracht wird, dass er den Vertrag ergänzend auslegen, also feststellen muss, wie die Risikoverteilung von den Parteien geregelt worden wäre, wenn ihnen diese Frage bei Vertragsab-

¹¹ Vgl. zu diesen Gründen die Erwägungen oben im Text zu N. 3.

schluss vor Augen gestanden hätte. Dass dies der richtige Weg ist, ergibt sich schon daraus, dass die Risikoverteilung sehr häufig zum Gegenstand einer *ausdrücklichen* vertraglichen Vereinbarung gemacht wird und dass daher, wenn es daran fehlt, eine Vertragslücke entsteht, die nicht anders als durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen ist.¹² Deshalb verdient die Lösung, die in Art. 89.2(a) CESL vorgeschlagen worden ist, nachdrückliche Zustimmung. Dort heißt es nämlich, dass der Richter, wenn die Erfüllung des Vertrages für eine Partei durch eine nach Vertragsschluss eintretende Veränderung der Umstände »excessively onerous« geworden ist und Verhandlungen über eine Vertragskorrektur fehlgeschlagen sind, den Vertrag anpassen darf, dies aber nur mit dem Ziel, ihn in Übereinstimmung mit demjenigen zu bringen »what the parties would reasonably have agreed at the time of contracting if they had taken the change of circumstances into account«. Zwar heißt es in Art. 89.2(b) auch noch, dass der Richter die Möglichkeit habe, den Vertrag für erledigt zu erklären, und zwar »at a date and on terms to be determined by the court«. Meines Erachtens wird es darauf aber deshalb nicht ankommen, weil dieses Ergebnis sich in aller Regel schon auf die in Art. 89.2(a) geforderte ergänzende Vertragsauslegung wird stützen lassen.

Hamburg

HEIN KÖTZ

Auf dem Weg zu einem Europäischen Privatrecht. (*André Janssen* <Hrsg.>.) Beiträge aus 20 Jahren von Reiner Schulze. – (Baden-Baden:) Nomos (2012). 404 S. (Europäisches Privatrecht. Bd. 41.)

Der Zweck dieses Buches hätte sich in schlichtere Worte fassen lassen. Der Herausgeber will mit ausgewählten Beiträgen *Reiner Schulzes* »die verschiedenen Entwicklungsstadien des Europäischen Privatrechts der letzten zwanzig Jahre nachzeichnen und so vielleicht zudem zum kritischen Nachdenken anregen. Zum anderen soll die getroffene Auswahl aber des Weiteren auch aufzeigen, wie und an welchen Stellen das Wirken *Reiner Schulzes* auf das werdende Europäische Privatrecht Einfluss genommen und es weiterentwickelt hat« (S. 5). *André Janssen* hat zur Verwirklichung dieser Ziele 15 Aufsätze seines Lehrers zusammengetragen. Der Band reproduziert sie unter vier Überschriften: Historische Grundlagen, Methoden und Struktur des Europäischen Privatrechts, Europäisches und nationales Privatrecht sowie Vertragsrecht der Europäischen Union (EU). Inhaltliche Überlappungen ließen sich so natürlich nicht vermeiden; die Fragestellungen der Aufsätze sind oft nicht weit voneinander entfernt. Vieles ist aus Vorträgen hervorgegangen, die *Reiner Schulze* auf einer der zahlreichen Konferenzen gehalten hat, die das Erscheinen der Principles of European Contract Law (PECL), des Draft Common Frame of Reference (DCFR) und des Kaufrechtsentwurfs der Kommission begleiteten, anderes betont den Wert der »Acquis Principles« innerhalb und außerhalb des DCFR. Vermeiden lassen hätten sich allerdings zahlreiche Querverweise, die auf Beiträge »in die-

¹² Vgl. dazu näher *Kötz* (oben N. 3) Rz. 176ff. und (zum deutschen Recht) ebd. Rz. 77ff.; 1009ff.

