

André Janssen | Hans Schulte-Nölke (Hrsg.)

Researches in European Private Law and Beyond

Contributions in Honour of
Reiner Schulze's Seventieth Birthday



Nomos

André Janssen | Hans Schulte-Nölke (eds.)

**Researches in
European Private Law
and Beyond**

**Contributions in Honour of
Reiner Schulze's Seventieth Birthday**



Nomos

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

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>

ISBN 978-3-8487-5714-5 (Print)
978-3-8452-9846-7 (ePDF)

British Library Cataloguing-in-Publication Data

A catalogue record for this book is available from the British Library.

ISBN 978-3-8487-5714-5 (Print)
978-3-8452-9846-7 (ePDF)

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

Janssen, André / Schulte-Nölke, Hans
Researches in European Private Law and Beyond
Contributions in Honour of Reiner Schulze's Seventieth Birthday
André Janssen / Hans Schulte-Nölke (eds.)
414 pp.

ISBN 978-3-8487-5714-5 (Print)
978-3-8452-9846-7 (ePDF)



Onlineversion

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

This work is subject to copyright. All rights reserved. No part of this publication may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or any information storage or retrieval system, without prior permission in writing from the publishers. Under § 54 of the German Copyright Law where copies are made for other than private use a fee is payable to "Verwertungsgesellschaft Wort", Munich.

No responsibility for loss caused to any individual or organization acting on or refraining from action as a result of the material in this publication can be accepted by Nomos or the editors.

Preface

Reiner Schulze turned 70 on 6 October 2018. Through his experience and knowledge, he has played a unique role in shaping European Private Law in recent years.

What was so unique was not only the many very important works that he wrote in his quiet little room, but also the vast numbers of personal ties he made with colleagues from all over the world. Hardly a day passed without him setting out to exchange views with colleagues, usually on the other side of Germany's borders, or having foreign colleagues with him at Münster, very often at his home at Hiltrup. These personal encounters were always devoted to hard work, usually resulting in one or more of the numerous influential joint publications that Reiner Schulze inspired with his sparkling energy and enthusiasm for his research.

It would be a fruitless undertaking to even address all of Reiner Schulze's fields of activity in this preface. But one thing has to be emphasised: for him there are no mere activities, but always only vocations, to which he devotes himself with concentrated energy in the work, and rhetorical charm in the form. None other than Salvatore Patti has honoured his many contributions and merits in an in-depth and touching laudation that opens this volume.

On the occasion of his birthday, the many friends and companions to which Reiner Schulze travelled, or who came to him, gathered together at in the castle of Osnabrück to deliver a special feast that focused on the topic of European Private Law from different, but always personal perspectives. The contributions formed a broad and complex panorama of the state and perspectives of research in European Private Law, and beyond. They often also added their personal reasons and ambitions for working in that field.

During this gathering, a desire was expressed to capture something of the special spirit of working with Reiner Schulze, and to make it accessible to a broader public. We are extremely grateful to the authors for their great readiness to contribute their thoughts.

We are especially grateful to the publisher, Nomos, who gave its careful and generous editorial care to this work. In particular, we would like to thank Mr. Alfred Hoffmann for having accompanied the creation of the work from the beginning, with great kindness and compassion. We also

Preface

give thanks to Carina Lübberding and Dennis Grevinga for their careful co-ordination of the contributions.

We, the editors of this volume, offer very special thanks to our academic teacher, Reiner Schulze, for all the encouragement and inspiration that we have had the privilege to experience for so many years. *Ad multos annos!*

Nijmegen and Osnabrück, October 2019

André Janssen and Hans Schulte-Nölke

Content

<i>Part 1: Reiner Schulze: a Truly European Scholar</i>	11
Reiner Schulze, Zeuge und Schöpfer einer modernen europäischen Rechtskultur <i>Salvatore Patti</i>	13
<i>Part 2: Researches in European Private Law ...</i>	25
Towards New Horizons: Commenting and Codifying European Business Law <i>Matthias Lehmann</i>	27
The Amended Proposal COM (2017) 637: a ‘New’ European Sales Law? <i>Edoardo Ferrante</i>	43
Towards a European Private Law of the Digital Economy? - Trends <i>Dirk Staudenmayer</i>	65
Safety Expectations as the Basis of Product Liability <i>Geraint Howells</i>	91
Machine Learning and European Product Liability <i>Francesco Paolo Patti</i>	107
Unfair Contracts in European Contract Law <i>Stefano Delle Monache</i>	125
The Dialogue Between Courts Concerning Directive 93/13 with Special Regard to the Default Interest Terms <i>Esther Arroyo Amayuelas</i>	141

Content

The Contracting Parties' Choice of European Soft Law: Its Validity and Limits <i>Pietro Sirena</i>	163
Court of Justice 'light' – The Procedural Choices of the Court and Their Impact on the Quality of Private Law Decisions – <i>Jürgen Basedow</i>	179
Legal Translation Within the EU and the Shift of National Legal Paradigms <i>Barbara Pasa</i>	193
<i>Part 3: ... and Beyond: Researches in International Uniform Law, International Private Law, Comparative Law, Legal History, and other Areas of Law</i>	219
The Quest for Uniform Laws <i>Larry A. DiMatteo</i>	221
CISG und Europäisches Privatrecht <i>Ulrich Magnus</i>	241
Towards an Optimal Conflict Rule for Assignment <i>H.L.E. Verhagen</i>	263
Recognition of Civil Status (Certificates), with Special Attention to Secondary Recognition of Documents Already Recognized in Another Member State <i>Gerard-René de Groot and David de Groot</i>	283
Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die deutsche Zivilrechtslandschaft im 21. Jahrhundert <i>André Janssen</i>	299
„Unser Privatrecht wird <i>sozialer</i> sein, oder es wird <i>nicht</i> sein“ <i>Corjo Jansen</i>	325

Les codifications nationales comme appel au dialogue. Illustrations centrées sur le rôle de la rétroactivité dans le projet de réforme du droit belge des obligations	335
<i>Rafaël Jafferli</i>	
Civil Liability in the Criminal Code: a Spanish Peculiarity	353
<i>Manuel Angel Bermejo Castrillo</i>	
Towards a European Culture of Legal Clinics: Transplanting the American Clinical Model	383
<i>Cristina Amato and Elise Poillot</i>	
Author Index	413

Part 1:
Reiner Schulze: a Truly European Scholar

Reiner Schulze, Zeuge und Schöpfer einer modernen europäischen Rechtskultur

Salvatore Patti

I. Ein Jurist, der sich der Entwicklung des europäischen Privatrechts, sowie dem kulturellen Austausch mit Kollegen anderer Länder widmet

Reiner Schulze stellt seit langer Zeit die ideale Figur des modernen europäischen Juristen dar, mindestens unter zwei Gesichtspunkten. In erster Linie aufgrund seiner unermüdlichen wissenschaftlichen Aktivität, welche vorwiegend die Ausarbeitung des europäischen Privatrechts nach der historischen und vergleichenden Methode zum Gegenstand hat. So stellt André Janssen in seiner Einleitung zu dem von ihm herausgegebenen Band, der einen Teil der Schriften sammelt, welche Reiner dem europäischen Privatrecht gewidmet hat, fest:

„Reiner Schulze wäre ohne das Europäische Privatrecht wissenschaftlich gesehen sicherlich nicht der, der er heute ist. Aber umgekehrt lässt sich ebenso sagen, dass das Europäische Privatrecht und die Forschung hierzu ohne ihn nicht ihr heutiges Gesicht tragen würden“.¹

In zweiter Linie – und dies erschien mir ein außerordentlich wichtiger Aspekt – aufgrund seiner Art, das akademische Leben und insbesondere die Beziehungen zu den Kollegen aus anderen Ländern aufzufassen. Sie ist geprägt von Herzlichkeit, Freundschaft und der Neugier für andere Kulturen und Erfahrungen. Nicht von ungefähr ist sein Institut an der Universität Münster zu einem wichtigen Treffpunkt für Juristen verschiedener Generationen aus vielen europäischen Ländern geworden.

1 *Schulze*, Auf dem Weg zu einem Europäischen Privatrecht. Beiträge aus 20 Jahren, Baden-Baden, 2012 (zitiert als: *Schulze*, S. ...), S. 13.

II. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung - die wissenschaftliche Methode des Reiner Schulze für die Harmonisierung des europäischen Privatrechts

Was die wissenschaftliche Arbeit von Reiner angeht, möchte ich von folgender Überlegung ausgehen. Alle Generationen von Juristen spüren die Notwendigkeit, sich mit Methoden des Zivilrechts auseinanderzusetzen und eine Wahl von Themen zu treffen. In Italien widmeten sich die besten Juristen nach dem Inkrafttreten des Codice civile (1942) und später der Verfassung (1948) zum Beispiel einer „neuen Auslegung“ des Zivilgesetzbuches im Hinblick auf die Prinzipien der Verfassung, wobei sie so die Grundlagen für Reformen geschaffen haben – darunter die Reform des Familienrechts –, welche die Überwindung der „*autorità private*“ zugunsten des Gleichheitsprinzips anerkannten.

In jüngerer Zeit wurde das Phänomen der „*Dekodifikation*“ hervorgehoben, dass besonders der wachsenden Wichtigkeit von Spezialgesetzen geschuldet war, die häufig einer anderen Logik und Ideologie verpflichtet waren als das Zivilgesetzbuch. Schließlich wurde in besonderem Maß auch die Krise der Methodenlehre hervorgehoben.

Die Gewissheiten des 19. Jahrhunderts wurden von einer tiefen Unsicherheit eingeholt, die in Deutschland und in Italien dazu führte, dass sogar ein *uso alternativo del diritto* vertreten wurde, also ein politisch orientierter Gebrauch des Rechts zugunsten bestimmter sozialer Klassen. In den letzten Jahren vorigen Jahrhunderts verspürte man das Ende einer Epoche, jedoch war der einzuschlagende neue Weg noch nicht klar. Die Themen waren andere geworden, insbesondere weil der Mensch selbst eine zentrale Position in den Überlegungen der Zivilrechtler eingenommen hatte. Neue und komplexe Sachgebiete, die keinerlei Basis im Zivilgesetzbuch fanden oder sogar die traditionellen Lehren umstürzten, forderten die Aufmerksamkeit der neuen Generationen: Von der künstlichen Befruchtung, über den Transsexualismus hin zum Schutz der Umwelt. Das Zivilrecht öffnete sich gegenüber anderen Wissenschaften und setzte sich nicht nur mit der Soziologie, sondern auch mit der Medizin und der ökonomischen Analyse des Rechts auseinander.

Die Methodenwahl von Reiner war diejenige, vom *Ius commune* ausgehend ein Programm der historischen und vergleichenden Recherche mit dem Ziel des Aufbaus eines Europäischen Privatrechts zu realisieren. Mit hin ein Programm, das getreu der Tradition einen Ausgangspunkt in der Vergangenheit festmachte um die Wurzeln zu suchen, aber auf das Europa der Zukunft sah. Oder – mit den Worten von Reiner Schulze:

„Rechtsvergleichung im heute vorherrschenden Verständnis schließt zudem stets den Entwicklungsaspekt ein und erfordert damit auch die *historische* Betrachtung“.²

Es geht hier um eine Methode, die einer der hervorragendsten italienischen Juristen des 20. Jahrhunderts (Salvatore Pugliatti) im Bereich der „Kontinuität“ verortet hätte, also in der Beschreibung des rechtlichen Phänomens, das die zeitliche Dimension und die historische Erklärung der Rechtsinstitute vor alle anderen Methoden stellt.

III. Wandel von der nationalen zu einer europäischen Rechtskultur: Der Einfluss des Softlaw

Die europäische Rechtskultur war in den letzten beiden Jahrhunderten den einzelnen Nationen verbunden. Diese Charakteristik muss in erster Linie auf das Phänomen der Kodifikation zurückgeführt werden, findet ihre Grundlage aber in dem systematischen Gedanken und der Idee der Rechtssicherheit. Die Rechtsordnung eines jeden einzelnen Staates, vom liberalen Gedanken alimentiert, bestimmte die Regeln der sozialen Beziehungen und garantierte so Rechtssicherheit und Stabilität. Dies bezeugt auch ein Literat, Stefan Zweig, in seiner schönen Arbeit „Die Welt von gestern“. Diese, auf den ersten Seiten des Buches beschriebene Welt, war eine Welt der *Sicherheit* und der *Rechtssicherheit*. Ein Beispiel jener Vision der Welt und der Veränderung der rechtlichen Beziehungen kann aus der Regelung der Verjährung und deren jüngsten Reformen in einigen europäischen Staaten gezogen werden. In Deutschland und Frankreich wurde die allgemeine Verjährungsfrist von 30 Jahren zugunsten von wesentlich kürzeren Fristen aufgegeben. Auch in den Prinzipien des europäischen Privatrechts und im *Draft Common Frame of Reference* ist eine allgemeine Verjährungsfrist von drei Jahren vorgesehen. Der Grund für diese radikalen Veränderungen kann in der Beschleunigung der rechtlichen Beziehungen festgemacht werden, in den „*esigenze del dinamismo*“, die schon den italienischen Gesetzgeber des Codice civile von 1942 dazu brachten, die Verjährungsfristen im Vergleich zu früher deutlich abzukürzen. Die modernen Rechtsbeziehungen sind nicht von der Langsamkeit anderer historischer Epochen gekennzeichnet, die sich auch in entsprechend langen Fristen für die Rechtsausübung niederschlugen. An der Grundlage der Abkürzung der

2 Schulze, S. 117.

Verjährungsfristen muss jedoch auch eine Änderung der Perspektive gesehen werden, da die langen Fristen den Rechtsinhaber absicherten. So konnte z.B. der Verkäufer viele Jahre abwarten, bevor er sein Recht auf die Zahlungsforderung ausübte, der Eigentümer hatte lange Zeit, inaktiv zu bleiben, ohne fürchten zu müssen, dass ein Dritter sein Eigentum ersitzt. Heute kommen die abgekürzten Verjährungsfristen dem Schuldner zugute, der nach wenigen Jahren frei wird und dem Subjekt, das gegenüber dem untätigen Eigentümer tätig wird.

Die Beschäftigung mit der Verjährung führt ferner zu der Überlegung über die bedeutende Veränderung der Sicht der Rechtsinstrumente und ihrer Erklärung. In den klassischen Arbeiten von Aubry und Rau oder in Italien von Santoro-Passarelli wird eine Basis formalen Typs genannt, nach der die Verjährung dazu dient, eine tatsächliche Situation der rechtlichen anzupassen. Es sind keine weiteren Worte nötig; die Formel ist magisch und trifft die Wahrheit, aber gleichzeitig erhellt sie die wesentliche Funktion der Verjährung nicht, noch ermittelt sie die Interessen, die davon betroffen sind.

IV. Der Beitrag von Reiner Schulze in den Arbeitsgruppen für die Ausarbeitung eines europäischen Privatrechts und für den Erfolg der ZEuP

Die europäische Rechtskultur hat sich in den letzten Jahrzehnten grundlegend gewandelt. Nicht nur ist die Europäische Union durch die Aufnahme neuer Staaten mit klaren kulturellen Auswirkungen größer geworden, auch die Einflussnahme auf die Rechtsbildung in den einzelnen Staaten hat deutlich zugenommen, insbesondere durch europäische Richtlinien und Verordnungen. Schon vor längerer Zeit wurde festgestellt, dass in etwa die Hälfte der Gesetze der Mitgliedsstaaten in mehr oder weniger hohem Ausmaß von europäischen Einflüssen gezeichnet sind. Auch die Arbeiten verschiedener Kommissionen haben zu Projekten für ein europäisches Vertragsrecht geführt, zum *Draft Common Frame of Reference*, zur Ausarbeitung von Prinzipien auf dem Gebiet des Familienrechts und des Deliktsrechts. Es wurden Zeitschriften zum Thema des europäischen Privatrechts gegründet, darunter die renommierte *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, die vor kurzem ihr 25-jähriges Bestehen feiern konnte. Es wurden unzählige Seminare zum europäischen Privatrecht organisiert, hunderte Doktor- und Habilitationsschriften zu dem Thema verfasst. Einer der Protagonisten dieser Entwicklung ist seit deren Anfängen Reiner Schulze.

In einem Beitrag, der dem Freund gewidmet ist, welcher zwar den Lehrstuhl verlässt aber sicherlich nicht die Forschung und den Einsatz für die

europäische Einigung, kann man versuchen, ein Bild der Welt des Zivilisten im Moment des Endes der ersten zwanzig Jahre des neuen Jahrtausends zu skizzieren.

Meiner Ansicht nach ist von den Gesetzbüchern auszugehen, welche die europäische Entwicklung der letzten beiden Jahrhunderte charakterisiert haben und ein Modell für viele Rechtsordnungen anderer Kontinente darstellen, wie die Arbeiten an dem nunmehr fast fertiggestellten neuen chinesischen Zivilgesetzbuch zeigen. Die Idee der Kodifikation überlebt, während die These, die den unabwendbaren Triumph der Spezialgesetze und eine endgültige Krise des Gesetzbuches als normatives Modell propagierte, überholt ist. Das Gesetzbuch hat vielmehr in vielen Ländern eine hartnäckige Vitalität gezeigt: man denke insbesondere an die bekannten Reformen des BGB und des Code civil. In Bezug auf Letzteren erscheinen mir die Worte von Català bedeutsam:

„Das Gemeinschaftsrecht tendiert jetzt dazu, die traditionellsten Teile des Privatrechts zu durchdringen. Unter diesem Gesichtspunkt muss Frankreich ein Zivilgesetzbuch schaffen, das für seinen Epoche passend ist, wenn es seine Rolle im europäischen Kontext beibehalten will.“

Der nationale Geist des französischen Juristen geht zurück und die Reform des Code civil scheint vor allem diejenigen Stimmen aufzunehmen, die aus dem europäischen Umfeld kommen und Europa und der Welt ein Modell bieten wollen, das der französischen Tradition verbunden ist, aber insbesondere auch der Ausbildung des europäischen Rechts. Somit hat Frankreich – wie schon teilweise Deutschland – einen Weg eingeschlagen, der von den europäischen Projekten vorgezeichnet war und in diesem Sinne wurde das Land auch zum Modell für andere Staaten.

Auch scheint der Beitrag von Reiner Schulze im Hinblick auf die Beziehungen zwischen französischen und deutschen Juristen wichtig, der – unter anderem – in entscheidendem Maße an der Gründung der deutschen Gruppe der Vereinigung *Henri Capitant* mitgewirkt hat.

V. Die Entwicklung der nationalen Rechtsordnungen unter dem Einfluss der europäischen Gesetzgebung

Um die Charakteristiken der hier kurz beschriebenen Entwicklung besser zu verstehen, muss zunächst untersucht werden, in welchem Maße die Kultur des europäischen Zivilrechtlers – und somit der Rechtswissenschaft – vom Recht europäischer Provenienz beeinflusst wurde.

In den Richtlinien dominiert ein funktionaler Ansatz, nicht der systematische der Gesetzbücher: hieraus folgt das Risiko einer Überwindung des traditionellen Verständnisses der nationalen Rechtsordnungen, vielmehr ihre Zersplitterung.

Tatsächlich zielt jede Richtlinie darauf ab, ein konkretes Ziel zu erreichen, zum Beispiel, missbräuchliche Klauseln in Verträgen zu eliminieren, den Geschädigten eines Produktes oder den Käufer eines Konsumgutes zu schützen. Dies wird dadurch erreicht, dass dem nationalen Gesetzgeber auferlegt wird, das genannte Ziel umzusetzen, wobei in der Regel bei der Umsetzung des Ziels, also den gesetzgeberischen Techniken, ein weiter Ermessensspielraum zugestanden wird.

In gewisser Weise hat die Methode und folglich auch das einzelne Instrument keine Bedeutung, es ist aber offensichtlich, dass das Privatrecht aufgrund des Zwangs hinsichtlich der zu erreichenden Ziele seine traditionelle Neutralität verloren hat (auch, wenn diese zum Teil nur scheinbar bestand). Die Subjekte des Privatrechts werden nicht mehr als gleichberechtigt angesehen, einige sind vielmehr „schwach“ und also solche müssen sie durch Spezialgesetze geschützt werden.

Innerhalb der nationalen Rechtsordnungen hat sich vor allem im Bereich des Vertragsrechts ein „Kern“ gebildet, der europäischer Herkunft ist und andere Charakteristiken besitzt als diejenigen, die in den Gesetzbüchern vorhanden sind.

Ein bedeutendes Beispiel sind die Richtlinien zu missbräuchlichen Klauseln und zum Verbrauchsgüterkauf. Standardverträge, die häufig missbräuchliche Klauseln enthalten, stellen unter einem quantitativen Gesichtspunkt den wichtigsten Teil der Verträge dar. Der Kaufvertrag in seinen verschiedenen Formen ist derjenige, der am häufigsten abgeschlossen wird und das Modell des Kaufvertrags diente in der europäischen Erfahrung sogar zur Entwicklung der Regeln über den Vertrag im Allgemeinen. Die Wahl des europäischen Gesetzgebers, den Bereich der missbräuchlichen Klauseln und des Kaufvertrags zu regeln zeigt, dass sich bereits ein zentraler Bereich des europäischen Vertragsrechts gebildet hat.

Die nationalen Rechtsordnungen standen so der Notwendigkeit der Wahl gegenüber, diese Regelungen europäischen Ursprungs außerhalb der Gesetzbücher zu belassen oder sie in diese einzugliedern: die erstgenannte Möglichkeit wurde von Frankreich und in jüngerer Zeit auch von Italien mit dem Verbrauchsgütergesetz gewählt. Der deutsche Gesetzgeber, der vielleicht mehr als andere die Aufnahme von derart andersartigen Bestimmungen in das System des eigenen, renommierten, Gesetzbuches zu fürchten gehabt hätte, wählte die andere Lösung. Schon vor der am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsreform hatte der deutsche Gesetzge-

ber den Katalog der Subjekte erweitert und unter §§ 13, 14 BGB die Definitionen von Verbraucher und Unternehmer eingeführt. Auf diese Weise wurde bereits die Idee der Gleichheit der Rechtssubjekte aufgegeben, da das Vorhandensein von „anderen“ Rechtssubjekten anerkannt wurde, für die besondere Schutzbestimmungen notwendig waren. Der deutsche Gesetzgeber hat im Übrigen die Normen über den Verbraucherschutz – unter denen sich auch diejenigen befanden, die bereits im Jahr 1976 im AGB-Gesetz enthalten waren – nicht einfach in das Zivilgesetzbuch übernommen und sich auf diese Weise mit einer formalen „*Rekodifikation*“ zufrieden gegeben, wie dies teilweise in der italienischen Rechtsordnung der Fall war. In Italien wurden die neuen Bestimmungen teilweise einfach ohne jeden Versuch der Koordination in das Zivilgesetzbuch hineindiktiert (und danach in ein Verbrauchergesetzbuch umgelagert).

Neu kodifizieren bedeutet nicht einfach, Platz zwischen den bereits bestehenden Artikeln zu schaffen, da hierdurch lediglich vordergründig der Eindruck einer einheitlichen Regelung geschaffen wird, der Charakter der Kodifikation jedoch verloren geht. Eine Neukodifikation bedeutet, dass eine neue Regelung unter Berücksichtigung und Neuordnung von bestehenden systematischen Grundlagen geschaffen wird. Diese Methode wurde vom deutschen Gesetzgeber angewandt, der folglich vor verschiedenen Entscheidungen gestellt war, unter anderem denjenigen Schutz, der auf europäischer Ebene nur für Verbraucher vorgesehen war, auch auf andere, schwache Rechtssubjekte auszudehnen. So schützen die Normen über die missbräuchlichen Klauseln tatsächlich seit Einführung des AGB-Gesetzes im Jahr 1974 nicht nur den Verbraucher, sondern in einem eingeschränkten Maß auch den unternehmerischen Verkehr.

VI. Die Rolle der Generalklauseln im Harmonisierungsprozess des europäischen Vertragsrechts

Eine weitere Charakteristik des europäischen Rechts, die Auswirkungen auf die nationale Rechtswissenschaft – insbesondere wohl auf die italienische – hatte, sind die Generalklauseln. Diesbezüglich stellte Reiner Schulze einmal fest:

„In Hinblick auf *gemeinsame Rechtsinstitute* und *Prinzipien* hinter der Vielfalt der nationalen Gesetzgebung und Kasuistik schließlich hat der Europäische Gerichtshof eine Fülle allgemeiner Rechtsgrundsätze ins-

besondere auf der Grundlage der ‚gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen‘ in den Mitgliedstaaten der EU formuliert“.³

Das oben Gesagte trifft in hohem Maße auf das Prinzip von Treu und Glauben zu. In der europäischen Gesetzgebung findet sich dieses antike Prinzip wieder, man denke nur an die einschlägige Bestimmung in der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln, und es hat dafür gesorgt, dass einige nationale Rechtsordnungen dieses Prinzip wiederentdeckt haben. Man mag darüber diskutieren, ob es unter dem Aspekt der Gesetzgebungstechnik sachdienlich ist, das Prinzip von Treu und Glaubens im Anwendungsbereich von unflexiblen/starren Normen zu betonen, oder ob es ausreichen würde, auf die bereits in den nationalen Gesetzbüchern vorhandenen Bestimmungen hinzuweisen.

Art. 1375 des italienischen Zivilgesetzbuches bestimmt zum Beispiel, dass „der Vertrag nach Treu und Glauben auszuführen ist“ und diese Formulierung könnte für alle möglichen Fälle weit genug formuliert sein. Meiner Ansicht nach ist es nur dann sinnvoll, das Prinzip von Treu und Glaubens zu wiederholen, wenn – wie in § 9 AGB Gesetz (siehe jetzt: § 307 BGB) geschehen – die Norm in einem bestimmten normativen Kontext dem Gericht besondere Parameter aufzeigt: in diesem Fall ist die Norm nützlich, weil sie das allgemeine Prinzip genauer bestimmt. Mir scheint, dass seit dem Zeitpunkt, in dem das europäische Recht in die italienische nationale Rechtsordnung hinzugetreten ist, der gute Glauben eine wesentlich wichtigere Funktion erfüllt, vor allem in quantitativer Hinsicht. Früher wurde das Prinzip in der Rechtsprechung nur selten herangezogen, heute ist dies in zahlreichen Entscheidungen der Fall, und der Kassationshof entdeckte auch das Prinzip des Rechtsmissbrauchs neu, das über viele Jahre ignoriert wurde, inzwischen aber nicht nur vom Senat für Steuerangelegenheiten sondern auch von den Zivilsenaten geradezu massenhaft angewendet wird: einen hohen Bekanntheitsgrad hat das Urteil erreicht, in dem einigen Vertragshändlern gegenüber Renault Recht gegeben wurde, weil der Autobauer seine dominierende Rolle missbraucht habe und eine Reihe von (als missbräuchlich eingestufte) Kündigungen ausgesprochen hatte, obwohl die einzelnen Verträge das Rücktrittsrecht *ad nutum* vorsahen.

Somit verschärft sich das Problem des Verhältnisses zwischen Gesetz und richterlichem Ermessen. Dabei handelt es sich um ein Problem, das in den verschiedenen Mitgliedsstaaten in unterschiedlicher Ausprägung auf-

3 Schulze, S. 245.

tritt, aber dennoch einen gemeinsamen europäischen Kern hat. Da der Ermessensspielraum im Falle der Anwendung von Generalklauseln zweifellos höher ist, muss man sich unter dem Gesichtspunkt der Bildung von europäischem Recht darüber hinaus fragen, ob die Generalklausel dazu dient, die Harmonisierung leichter zu machen. So kommt man auf Fragen zurück, die man sich in der europäischen Rechtswissenschaft seit geraumer Zeit stellt, z.B. von Julius Hedemann und Stefano Rodotà, namentlich ob die massive Inanspruchnahme von Generalklauseln, insbesondere des Prinzips von Treu und Glauben sinnvoll ist. Eine oberflächliche Überlegung könnte zu dem Ergebnis führen, dass Treu und Glauben als elastischer Grundgedanke, der entsprechende Lösungen in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen findet, die Harmonisierung befördert. Dem ist aber tatsächlich nicht so, wie auch vom EuGH bestätigt wurde. Durch die Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben wird die Harmonisierung nicht immer gefördert, da die jeweiligen nationalen Gerichte die Generalklausel im Rahme ihrer nationalen Rechtskultur auslegen. In letzter Konsequenz kann das Prinzip von Treu und Glauben die Rückkehr zum nationalen Recht markieren, da der Richter die Klausel bei ihrer Anwendung mit einer Bedeutung ausfüllt, die seiner eigenen Tradition und seiner eigenen Rechtskultur entspringt. Hierzu kommt – wie von Hein Kötz hervorgehoben –, dass Formulierungen, die auf „*good faith and fair dealing*“ basieren, und dem Kontinentaljuristen geläufig sind, für viele unserer Britischen Kollegen entweder völlig unüblich oder sogar inakzeptabel sind.

Allgemein gesprochen betrifft das größte Problem heute die interne Kohärenz der Zivilgesetzbücher und der nationalen Gesetzgebung, welche das Recht europäischer Herkunft aufnehmen. In das nationale System und insbesondere in den alten Korpus des Gesetzbuches, die sich aus einer nationalen Kultur entwickelt haben, werden nun Bestimmungen eingepflanzt, die eine andere Prägung haben und zum Teil das Ergebnis einer anderen Rechtskultur sind. Es ist also notwendig, eine Anstrengung zugunsten einer systematischen Kohärenz zu unternehmen: hinsichtlich der neuen Regeln und insbesondere der Umsetzung von Richtlinien muss nach einer Konvergenz gestrebt werden, um eine tatsächliche Harmonisierung zu erreichen. Die Fortbildung und Verbesserung des nationalen Rechts hat im Lichte Europas zu erfolgen und daher ist in erster Linie die Tatsache zu akzeptieren, dass sich ein Wandel vollzogen hat von der Neutralität des Privatrechts hin zu einem Regelwerk, das unter Aufgabe der antiken Konventionen bestimmte Entscheidungen getroffen hat. So wurde z.B. der Schutz des Verbrauchers und anderer schwacher Rechtssubjekte befürwortet und der Mythos der Gleichheit der Subjekte im Privatrecht aufgegeben.

Es ist kein Zufall, dass die wichtigste Charakteristik des europäischen Privatrechts heute in dem Schutz der schwachen Positionen und der Erlangung von Zielen gesehen werden kann, welche die Ungleichheit der Rechtssubjekte voraussetzen.

VII. Entwicklung des europäischen Privatrechts und Schutz der Person

Wendet man sich Themenkomplexen zu, die außerhalb des Vermögensrechts liegen und nicht Gegenstand von Richtlinien waren, erkennt man auch hier den Einfluss des Europäischen Privatrechts. Ausreichend ist, diesbezüglich an die Reform des Instituts der Entmündigung zu erinnern, in der Praxis ein Instrument des Vermögensschutzes und von den Verwandten des Entmündigten dazu benutzt, die Person zu treffen und ihr Vermögen zu beanspruchen. Die europäische Rechtswissenschaft hat diese Sicht überwunden, in vielen Rechtsordnungen wurden die Bestimmungen über die Entmündigung abgeschafft und durch effektive Instrumente der Betreuung ersetzt. Somit hat sich in Europa eine andere Figur durchgesetzt, die des Betreuers. Der Vermögensschutz rückte in den Hintergrund, während das Institut der Betreuung eine höhere Sensibilität für den Willen und die Wünsche der Person zeigt.

Das Studium der Entwicklung des europäischen Privatrechts kann unter diesem Aspekt nützlich sein, auch für eine Verbesserung des nationalen Rechts im Hinblick auf Rechtsgebiete, die nicht Gegenstand von Regelungen auf europäischer Ebene sind. Das Thema der Verfügungen von Todes wegen beschäftigt seit geraumer Zeit die europäische Rechtswissenschaft, welche die Phänomene der letzten Phase des menschlichen Lebens in unterschiedlicher Weise betrachtet. In der Sprache der Gesetzbücher ist der Tod normalerweise auf einen „Moment“ beschränkt – wie z.B. in Art. 456 des italienischen Zivilgesetzbuches, der bestimmt, dass sich „die Erbfolge im Moment des Todes eröffnet“. Der Zivilrechtswissenschaftler muss sich aber der Tatsache bewusst sein, dass das Ende des Lebens einen Prozess darstellt, der häufig von Eingriffen und Entscheidungen anderer geprägt ist, die auf der Basis verschiedener Wertungen entscheiden können, die letzte Phase der Existenz zu unterbrechen. Die nationale Rechtswissenschaft muss diesen Themen große Aufmerksamkeit widmen, um die Beachtung der Verfassung, der europäischen Menschenrechtskonvention und anderer internationaler Rechtsquellen zu garantieren. In letzter Konsequenz sind Entscheidungen notwendig, welche die Rechtsentwicklung im Licht des gelebten Rechts und des von Europa eingeschlagenen Wegs beachten.

Allgemein ist also über die Beziehung zwischen den Prinzipien der Rechtsordnung, der Entwicklung der Rechtsprechung und der Wahl des Gesetzgebers in diesem historischen Moment nachzudenken. Wenn wir nach Europa sehen, zum Beispiel in Bezug auf das am 1. September 2009 in Deutschland in Kraft getretene Gesetz über Patientenverfügungen, scheint die Beziehung klar: es gibt grundlegende Prinzipien und die Rechtsprechung ist nicht nur legitimiert, auf diese zurückzugreifen, sondern in problematischen Fällen muss sie diese noch vor dem Tätigwerden des Gesetzgebers anwenden, da der Richter vor ein konkretes Problem gestellt ist und es lösen muss. Wo es notwendig ist, muss der Gesetzgeber diese Prinzipien konkretisieren, kann sie aber nicht abschaffen. Im Bereich der Patientenverfügungen ist der Weg damit unter Beachtung der allgemeinen Prinzipien von Würde und Selbstbestimmung der Person vorgegeben.

Dies bedeutet nicht, dass die Arbeit des Gesetzgebers nicht nützlich oder gar nicht notwendig wäre: der deutsche Gesetzgeber hat z.B. die Rechtsprechung des BGH konsolidiert und Probleme gelöst, die marginal erscheinen mögen, jedoch eine große Relevanz besitzen und nicht der Rechtsprechung überlassen werden können, da ihre Lösung nicht ohne Weiteres aus den Prinzipien ableitbar ist: man denke hierbei z.B. an eine etwaige Frist für die Wirksamkeit von Patientenverfügungen. Ferner ist es die Aufgabe des Gesetzgebers festzulegen, ob die Interpretation und die Anwendung des Patientenwillens allein dem Arzt überlassen werden soll oder auch dem Betreuer, wie in Deutschland geschehen, oder in welchem Maß die Verwandten am Dialog zwischen Arzt und Betreuer teilhaben können. Die Funktion des Gesetzgebers ist damit diejenige, eine präzise Regelung bezüglich aller Aspekte vorzugeben, die nicht dem Ermessen der Gerichte überlassen werden können, da deren Lösung sich nicht direkt aus den Prinzipien ableiten lässt.

VIII. Die Notwendigkeit der Ausbildung von europäischen Juristen im Lichte der europäischen Rechtskultur

Die hier kurz dargestellte Entwicklung beförderte die Bildung eines europäischen Juristen; heute richten nicht nur die Rechtsvergleicher den Blick auf Europa, denn viele Zivilrechtswissenschaftler haben eine Methode entwickelt, die man europäisch nennen kann. Auch Rechtshistoriker, die der modernen Realität nahestehen, haben eine entsprechende Wahl getroffen und nutzen die Kenntnis der Rechtsordnungen der Vergangenheit, um die gemeinsamen Wurzeln des europäischen Rechts zu analysieren

und die Gründe zu erklären, die in einigen Fällen zur Entwicklung von unterschiedlichen Regeln geführt haben.

Die Ausbildung von europäischen Juristen ist heute im Vergleich zu früher erleichtert, da sich die grundlegenden Bedingungen geändert haben: der Austausch ist einfacher, schon von den ersten Jahren der universitären Ausbildung an, wie es die Programme Erasmus/Sokrates zeigen. Diese öffnen den Studenten, wenn auch innerhalb der bekannten Grenzen, die Türen nach Europa und erlauben in erster Linie den Erwerb von Fremdsprachen und den Austausch mit einer anderen Kultur. Im Übrigen ist der Beitrag, den die Mitgliedsstaaten für die Ausbildung des europäischen Juristen bereitstellen, nicht einheitlich. Ein gutes Modell stellen m.E. die Niederlande bereit: der niederländische Jurist spricht meist verschiedene Fremdsprachen und pflegt Kontakte mit den Kollegen anderer Länder, dahinter steht ein deutlicher politischer Wille. Es ist kein Zufall, dass die mit der Harmonisierung des europäischen Rechts beauftragten Kommissionen häufig ihren Sitz an den niederländischen oder jedenfalls nordischen Universitäten gefunden haben. In Bezug auf Italien sind die Initiativen der Universitäten Trient und Pavia zu nennen, und allgemein, dass diejenigen Mitgliedsstaaten, die wissenschaftliche Kommissionen organisieren, auch einen höheren Einfluss auf die Bildung des europäischen Rechts ausüben.

Das Beispiel, das in diesem Zusammenhang jedoch hervorzuheben ist, haben solche Wissenschaftler wie Reiner Schulze gesetzt, die aufgrund langjähriger Erfahrung, Überlegungen und Studien nicht *a priori* voraussetzen, dass die Norm der eigenen Rechtsordnung gegenüber denen anderer Rechtsordnungen vorzuziehen ist. Ein derartiges Ergebnis erfordert jedoch Kultur. Indem man sich den lateinischen Ursprung des Wortes in Erinnerung ruft – *cultus* – ist dessen breite Bedeutung unschwer zu erkennen: eine Gesamtheit von Traditionen, Erkenntnis, technischen Verfahren und Verhaltensmustern, die von einer Generation zu nächsten weitergegeben wird. Kultur ist somit die Charakteristik einer bestimmten sozialen Gruppe, eines Volkes oder eines ganzen Kontinents. Wenn wir in diesem Sinne an Europa denken, können wir – wie schon Rechtslehrer der Größe von Franz Wieacker und Gino Gorla vor uns – von einer *Euro-sprudenzia* sprechen, die es gilt, fortzusetzen. Nicht zuletzt auf dem von Reiner Schulze vorgezeichneten Weg.

Part 2:
Researches in European Private Law ...

Towards New Horizons: Commenting and Codifying European Business Law

Matthias Lehmann

I. Introduction

1. A Restless Quest for Further Integration Through Private Law

Within the community of European private lawyers, Reiner Schulze has always cut a dynamic figure. With the foundation of the Centre for European Private Law, he has put the city of Münster firmly on the map of the discipline. There have been few major international projects in the last decades in which he has not been personally involved. Some of these he spearheaded, in others he took a major role, but he also did not shy away from the humbler function as a mere contributor. Whatever his position, his peers and collaborators have always appreciated Reiner's open-mindedness, brilliant intellect and sophistication, which is not limited to the law but also extends to the area of social relations. The latter characteristic allows him to strike a conciliatory tone and find the right mean between diverging positions. While such an ability is very useful in the domestic legal debate, it is of infinite value in European Private Law, with its abundant variance of views, traditions, and cultures. With his calm but firm manner, Reiner has helped building bridges between strong antagonisms and fostering convergence while respecting the particularities of national legal systems.

Another of Reiner's traits is that he looks at problems from a general vantage point. His formation as a legal historian helps him to distinguish between significant developments and ephemeral fads. He sees the law as an evolutionary process. Precisely because of this, he enthusiastically embraces change. In this sense, Reiner is a constant engine for innovation. Evidence of this is his dedication to the most modern topics, as illustrated by his current involvement in the regulation of electronic contracts and platforms. Probably the same ambition also drove him towards two projects that are the subject of this contribution.

Both of these projects concern business law, understood in a wide sense as encompassing not only commercial, company, competition and finan-

cial law, but also adjacent areas such as intellectual property, labour and tax law. None of these fields are, of course, alien to European private lawyers. Indeed, numerous protagonists of European Private Law are also experts in one or more of these specialised areas. The simple reason is that business law forms part of private law. It is therefore not surprising that special provisions for B2B-relations can be found both in the Draft Common Frame of Reference (DCFR) and the Proposal for Common European Sales Law (CESL).¹

During the first decades of European Private Law, the focus of the discussion has clearly been on matters of classic civil law, particularly general contract law. The sensible proposals elaborated in this area have met resistance by the Member States.² This is not the place to argue about who is right or wrong. Suffice it to say here that the new approach favoured by the European Commission to replace minimum harmonisation with fully harmonising directives and to focus on new types of contracts like those for digital services has the potential to once again stir resistance by the Member States. It is therefore unsurprising that the new proposals have been considerably curtailed by the Council.

2. *Why Business Law?*

Given that further bold steps towards general private law harmonisation seem unlikely, it makes sense to look at new areas where progress towards deeper integration can be made. Business law is a prime candidate, for several reasons: The first is that the European Union, in its origin, spirit and core, is an economic community. It is built around the project of the Single Market, which is above all animated by businesses. The millions of consumer transactions entered into every day are very important, but they are dwarfed by the volume of large commercial relations. Moreover, consumer contracts are subject to the mandatory national provisions in force at the habitual residence of the consumer, while commercial actors enjoy a virtu-

1 See Book IV, Part E (Art IV.E.-1:101 – IV.E.-5:306) DCFR on commercial agency, franchise and distributorship, as well as Art 23 CESL on pre-contractual information to be given by a trader dealing with another trader and Art 86 CESL on unfair contract terms in contracts between traders.

2 See the letter by ministers from France, Germany, the UK, Austria, the Netherlands and Finland, reprinted in *Basedow*, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Das Ende eines Kommissionsvorschlags*, ZEuP 2015, 433-435.

al unlimited freedom in their choice of law.³ It is indeed an anomaly that most businesses submit their intra-EU transactions to the laws of a current and a future third state, namely Swiss and English law.⁴ This gives lawyers and courts versed in these legal systems an edge over their colleagues in the Member States. At the root of the problem is the European Union's omission to offer rules for transactions in its Single Market.

Besides the economic rationale for privileging the harmonisation of business law, there is also a historic reason for doing so: After the Westphalian divide in sovereign Nation-States, most uniform law projects started with commercial or business rules. The archetypical examples are the two *ordonnances sur le commerce* that were adopted under the reign of Louis XIV at the behest of his minister Colbert.⁵ In Germany, the *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* preceded the *Bürgerliches Gesetzbuch* by many decades. Another lesson to be drawn from history is that common commercial law must not necessarily result in common civil law. For example, the Spanish *Código mercantil* provides uniform commercial law for the whole country, whereas the *Comunidades Autónomas* can adopt diverging rules in many areas of civil law. Or look at the US, where the Uniform Commercial Code (UCC) has led to virtually identical rules for B2B transactions in the 50 states, while courts continue to apply slightly diverging Common law rules to the rest of private relations or, in the case of Louisiana, even follow the Civil law tradition. The situation in Canada is in this regard not very different. In Africa, OHADA has reached an important milestone by creating uniform business law for 17 states, while it has left the divergent civil laws of its member states untouched. The same model – uniform commercial law, different civil law – is now being followed by OHADAC for the Caribbean.

The pivotal importance of uniform business law, both from an economic and a historical perspective, does not imply that the past focus on harmonising private law in Europe was misguided. There were good reasons to begin with general contract rules, in particular their central function both for B2B and B2C relations, the common tradition and the strong sim-

3 See Art 3, 6 Rome I Regulation.

4 *Vogenauer*, *Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law*, Oxford, 2008, p. 14, available online see https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2013/12/oxford_civil_justice_survey_-_summary_of_results_final.pdf (Accessed: 23 September 2019).

5 *Ordonnance sur le commerce de terre* (1673), *Ordonnance sur le commerce de mer* (1681). On these acts, see *Guyon*, *Droit des affaires*, vol. 1, 8th ed. 1994, Paris, p. 16.

ilarities of legal systems in this area. Yet it would be wrong to neglect the rest of business and commercial law in favour of the harmonisation of general contract law. Not only has unification in this area often played an important role in creating common markets, it is also instrumental from a competition perspective because it allows to level the playing field for all actors irrespective of their origin. This particularly serves small and medium sized enterprises that want to expand into bigger markets but cannot afford expensive legal advice on foreign law. Moreover, it is simply a fact that most EU law concerns businesses, entrepreneurs and markets. Therefore, business law undoubtedly also deserves a central place in European Private Law.

II. The Projects

1. International and European Business Law Commentary

The first project that Reiner and I tackled together in the area of business law is a multi-volume commentary published in cooperation by Nomos, Beck and Hart. As the title “International and European Business Law” indicates, this project is not limited to EU law, but also includes international conventions, such as those in the area of transport,⁶ the Cape Town Convention⁷ and the UCP 600⁸. These texts govern operations in the Single Market and therefore merit the full attention of the European private lawyer. The acts have been divided into eight different areas and volumes. The first five volumes cover commercial law, financial services law, corporate law, labour law, dispute resolution and conflicts of laws. The next wave of commentaries will concern consumer law, intellectual property law and competition law.

Each volume consists of a collection of key texts in the relevant area, which are commented on article by article. The foreign reader might question the value of this method. Commentaries are largely unknown, not only in the common law, but even in many civil law jurisdictions like France. On the other hand, they are widely used in countries like Italy,

6 Uniform Rules concerning the Contract of International Carriage of Passengers by Rail (CIV), Uniform Rules Concerning the Contract of International Carriage of Goods by Rail (CIM), Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR), Montreal Convention on Air Carrier Liability.

7 Convention on International Interests in Mobile Equipment.

8 Uniform Customs and Practice for Documentary Credits.

Austria, Switzerland and particularly in Germany. Currently, there are no less than 18 commentaries on the German *BGB*. Germans also take a leading role in commenting on international texts, from the CISG to the UNIDROIT Principles.⁹ Even the British (!) Companies Act has been annotated article by article by a group of German lawyers.¹⁰

Although writing a commentary thus seems to be a distinctive German quirk, there are indisputable benefits to this method. The first is that it fosters the rule of law. The commentary helps in centring the legal debate on the text of the law itself instead of any grand legal theory. A textual approach is of particular benefit in interpreting the European rules, which are often the result of political compromises between Member States and which could be undermined if lawyers were permitted to unpick them by resorting to nationally inspired theories. This makes a truly European commentary especially needed. The second benefit of a commentary is that it provides a platform for debate. By explaining the text's aims, background and context, it allows for a fully informed discussion on the application of the rules. The third benefit of a commentary is its enabling function: Through the overview of decisions and literature given on particular points of law, the reader is empowered to construct the law and apply it to unprovided-for cases. The publications provide courts and practitioners with arguments to solve problems that are not directly addressed in the law itself. Overall, they thus fulfil the prime function of a commentary, which is to build a nexus between legal science and legal practice.¹¹

Writing commentaries on European law is an especially challenging task. This is due to several particularities of EU law. Many of the texts are directives and provide no final answer to legal questions. The different language versions sometimes diverge from each other, with the principle of the equal value of all official languages compounding the problem. Furthermore, the historical background of European acts is often unclear, for instance, when they are the result of a compromise in the Trilogue proce-

9 *Schwenzer/Schlechtriem*, CISG, 7th ed., Munich, 2019; *Vogenaier*, UNIDROIT Principles, 2d ed. Oxford, 2015.

10 *Schall*, Companies Act, Munich, 2014.

11 On the functions of commentaries see *Henne*, Die Prägung des Juristen durch die Kommentarliteratur – Zu Form und Methode einer juristischen Diskursmethode, *Betrifft Justiz* 2006, 352 ff; *Henne*, in: *Kästle/Jansen* (eds.), *Kommentare in Recht und Religion*, Tübingen, 2014, p. 317; *Lamparter*, *Welt der Kommentare*, Tübingen, 2017, p. 311-336.