

Grenzüberschreitendes Recht – Crossing Frontiers

Festschrift für Kay Hailbronner

Herausgegeben von

Georg Jochum
Wolfgang Fritzemeyer
Marcel Kau



C.F. Müller

Common Law vs. Civil Law – Dichotomie oder Konvergenz der Rechtssysteme?

Eine Betrachtung aus Sicht der Praxis

Als erster Assistent und Doktorand¹ von Kay Hailbronner an der Universität Konstanz war der Autor – sowohl bei seinen Hilfestellungen in Forschung und Lehre als auch in der eigenen Arbeit – öffentlich-rechtlich, namentlich völkerrechtlich, befasst. Dies änderte sich, als er sich nach der Promotion einer internationalen Anwaltssozietät anschloss und den Faden rechtsberatender Tätigkeit wieder aufnahm, in die er bereits zuvor in den USA hineingeschnuppert hatte. Ab dann war und seitdem ist die zivilrechtliche Befassung angesagt. Aufgrund ihrer grenzüberschreitenden Orientierung ist diese jedoch zuweilen in völker- und zwangsläufig häufig in europarechtliche Fragestellungen eingebunden. Die Tätigkeit am Mandat – vornehmlich in der Vertragsverhandlung und Vertragsgestaltung – bringt vielfach den Kontakt und die Auseinandersetzung mit angelsächsischen Kollegen mit sich. Wie häufig fällt hier der folgende Satz so oder ähnlich: „In Eurem Rechtskreis des Civil Law sind die juristischen Denksätze und, daraus resultierend, die vertraglichen Konzepte grundlegend anders als in unserem angelsächsischen Umfeld des Common Law.“ Aber wie häufig äußern sich auch hiesige Rechtsberater in reziproker Analogie, wenn sie Konzeption und Gestaltung ihrer Verträge mit den Besonderheiten des Civil Law begründen und verteidigen. Dieses Meinungsbild veranlasst zu der Frage: Sind das Common Law und das Civil Law tatsächlich so grundunterschiedlich, dass sie ein diametral voneinander abweichendes Rechtsdenken und, als Folge hiervon, eine grundlegend divergierende Vertragsgestaltung bedingen? Der vorliegende Beitrag versucht zu verdeutlichen, dass das Common Law und das Civil Law zwar selbstverständlich unterschiedliche konzeptionelle Ausgangspunkte, aber in der Rechtspraxis eine Tendenz zur Konvergenz haben, die sich wiederum auch in der Praxis der Vertragsgestaltung abbilden darf und wird.

¹ Der Autor war von 1980 bis 1983 als Assistent am staats-, verwaltungs-, völker- und europarechtlichen Lehrstuhl von Prof. Dr. Kay Hailbronner an der Universität Konstanz tätig. Seine Dissertation betraf ein völkerrechtliches Thema ("Die Intervention vor dem Internationalen Gerichtshof").

A. Das Common Law

Der Ausgangspunkt des Common Law ist das Fallrecht, es ist Fallrecht.² Beginnend mit seinen Ursprüngen im England des 11. Jahrhunderts gründet sich das Recht auf die richterliche Entscheidung im jeweiligen Einzelfall.³ Aufgrund der Bindungswirkung der zeitlich vorausgehenden Einzelfallentscheidung für den späteren, zur Entscheidung anstehenden Sachverhalt auf der Grundlage der *stare decisis*-Maxime⁴ und des Anspruchs der Krone, das Recht möge „*common to the realm*“⁵ (der angebliche Ursprung des Terminus „Common Law“⁶) sein, entwickelt und verdichtet sich das Recht im jeweiligen Lebensbereich und jeweiligen Rechtsgebiet. Dies aber nur insofern, als die maßgeblichen, relevanten Aspekte des Lebenssachverhalts identisch oder jedenfalls einander ähnlich sind; und auch nur insofern, als die jeweilige Justizverfassung dem betreffenden Spruchkörper diese Bindungswirkung einräumt oder vorschreibt. Im Übrigen setzt die Verbindlichkeit des Präjudizes die Schriftlichkeit der Entscheidung und in der Rechtspraxis ihre Zugänglichkeit voraus. Der Weg dieser Schriftlichkeit wurde zunächst durch das handschriftliche Kopieren, später den Druck, weit später auch die fotomechanische Vervielfältigung gewährleistet. Seit dem Ende des 20. Jahrhunderts schafft die Omnipräsenz der elektronischen Verfügbarkeit diese Voraussetzung einerseits in Idealform, andererseits bedauerlicherweise viele schöne Bibliotheks-Sammlungen nach und nach ab.

Wo der Richter keine Entscheidung vorfindet, die für ihn verbindlich wäre und den zur Entscheidung anstehenden Lebenssachverhalt abdeckt, ist er gehalten, ein Urteil zu fällen, das nach seinem verantwortungsbewussten Gutdünken recht und billig, „*just and equitable*“, ist. Und er sieht seine Tätigkeit hierbei durchaus als Akt der Rechtsetzung an; er ist sich seiner rechtsschöpfenden Rolle bewusst und nimmt diese Rolle an. Auf diese Weise wird aus der „*terra incognita*“ eines Lebensbereichs und der damit korrelierenden Rechtsmaterie über die Zeit – Jahrhunderte, Jahrzehnte, Jahre – eine immer feiner zisierte Landkarte, die den Gerichten zunehmend weniger Raum in der eigenen Rechtsschöpfung gewährt und diese mehr und mehr zu Institutionen der reinen Rechtsanwendung werden lässt. In der Bearbeitung der Frage, ob das als Präjudiz in Frage kommende Urteil den zur Entscheidung anstehenden Sachverhalt tatsächlich erfasst, besteht das richterliche Handwerk, bisweilen die richterliche Kunst. Gegebenenfalls

2 Caslav Pejovic, Civil Law and Common Law: Two Different Paths leading to the Same Goal, Victoria University Wellington Law Review 2001, S. 817 (S. 819).

3 Vgl. H. Patrick Glenn, Legal Traditions of the World, 3. Auflage, Oxford 2007, S. 229.

4 Vgl. zum Ausmaß der *rigiden* – jedoch in verschiedenen Ländern unterschiedlich streng befolgten – Bindungswirkung nach der *stare decisis*-Maxime Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts – Band I: Grundlagen, Tübingen 1971, S. 314: „Unter ‚Bindung‘ ist dabei zu verstehen, dass das Gericht der in Rede stehenden Vorentscheidung ohne Rücksicht darauf folgen muss, ob sie in ständiger Rechtsprechung bestätigt worden oder ob sie ganz vereinzelt geblieben ist. Unerheblich ist auch, ob die Vorentscheidung im vorigen Jahr oder im vorigen Jahrhundert erlassen wurde, unerheblich ferner, ob der in der Vorentscheidung aufgestellte Grundsatz dem Gericht heute wegen der gewandelten sozialen Verhältnisse oder aus anderen Gründen als nicht mehr zweckmäßig erscheint.“

5 Vgl. supra, S. 312.

6 Vgl. Elizabeth A. Martin/Jonathan Law (Hrsg.), Oxford Dictionary of Law, 6. Auflage, Oxford 2006, S. 104: „Common Law [is] the part of English law based on rules developed by the royal courts during the first three centuries after the Norman Conquest (1066) as a system applicable to the whole country, as opposed to local customs.“

erfordert oder ermöglicht das „*differentiating*“ auch die Nichtberücksichtigung des sich anbietenden *precedent*.⁷

Das Common Law Englands hat sich zunächst im Rahmen der Kolonisierung, später durch Akte der eigenständigen Rezeption im ganzen Commonwealth ausgebreitet.⁸ Es ist auch heute – selbst wo keine unmittelbar verbindliche Rechtsquelle mehr – im gesamten angelsächsischen Rechtskreis nach wie vor bedeutsame sowie präzise Orientierungs- und Referenzhilfe.

B. Das Civil Law

Demgegenüber ist in den Rechtsordnungen des Civil Law die gesetzliche Vorschrift der konzeptionelle Ausgangspunkt des Rechtsdenkens und der richterlichen Entscheidung. Die Basis und die Kunst des juristischen Denkens und Entscheidens ist die Suche nach und das Finden der einschlägigen Norm sowie die Subsumtion unter dieselbe.⁹ Die Geschlossenheit und Lückenlosigkeit der normativen Vorgaben ist Ausgangspunkt, Ideal und zuweilen Wahnvorstellung des Civil Lawyers. Um nicht an diesem Ideal zweifeln oder gar verzweifeln zu müssen, bietet das Schweizer Recht den beispielhaften Ausweg: In Artikel 1, Absatz 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs wird der Richter aufgefordert, bei Gesetzeslücken selbst wie ein Gesetzgeber („*modo legislatoris*“) zu entscheiden: „*Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.*“ Diese Anleihe bei Kants kategorischem Imperativ begründete und legitimiert die rechtsschöpfende Spruchpraxis des Schweizerischen Bundesgerichtes.

Ein korrespondierender Rechtssatz ist anderen Rechtsordnungen des Civil Law fremd; zumindest existiert er nicht in Gesetzesform, mag das Konzept zuweilen – wenn auch zumeist nicht in der Entscheidung offengelegt – dem Dilemma des Entscheidungskörpers die Schärfe nehmen. Dennoch scheint häufig normative Camouflage angezeigt.

C. Strenge Dichotomie der Rechtssysteme?

Bleibt angesichts der Divergenz der konzeptionellen Ausgangspunkte des Common Law und des Civil Law eine strenge, unnahbare Dichotomie der beiden Rechtssysteme zu konstatieren?

7 Vgl. Zweigert/Kötz, supra, S. 315; eine Bindung besteht nämlich nur dort, wo der tragende Grund dieser Entscheidung (die sog. „*ratio decidendi*“) den zu beurteilenden Streitfall erfasst.

8 Ernst Rabel, Deutsches und amerikanisches Recht, in Ernst Rabel (Hrsg.), Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1951, S. 340 (S. 342).

9 Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. Auflage, Tübingen 1974, S. 220.

Einerseits ist festzuhalten, dass es auch im angelsächsischen Rechtsbereich einen Gesetzgeber gibt.¹⁰ Diesem Gesetzgeber steht es frei, unter Beachtung der Grenzen, die ihm die geschriebene (zum Beispiel USA, Australien) oder ungeschriebene (zum Beispiel Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland) Verfassung setzt, normierend¹¹ tätig zu werden.¹² Mit dieser legislativen Normsetzung macht er gegebenenfalls ganze Komplexe richterlichen Fallrechts zu Makulatur.¹³ Dies ist häufig auch die maßgebliche Intention gesetzgeberischen Tätigwerdens; keineswegs beschränkt sich dieselbe darauf, tatsächliche oder vermeintliche „*terras incognitas*“ des Richterrechts zu besiedeln. Natürlich kann und wird häufig richterliches Fallrecht wieder auf das Ergebnis der gesetzgeberischen Tätigkeit interpretierend und gestaltend aufsetzen. So ist der angelsächsische Jurist keineswegs nur mit Gerichtsentscheidungen konfrontiert, wenn er einen juristischen Sachverhalt untersucht oder die maßgebliche Rechtslage im Zusammenhang mit der Gestaltung eines Vertrags zu klären hat. Auch er hat sich selbstverständlich mit den Gesetzen seiner Rechtsordnung auseinanderzusetzen. Dabei handelt es sich interessanterweise häufig um Gesetze, die dann allerdings sehr viel detaillierter sind als die im Civil Law typischerweise weit abstrakteren Regelwerke.¹⁴ Dies korrespondiert wiederum mit den noch zu beschreibenden Usancen der angloamerikanischen Vertragsgestaltung.

Andererseits haben im Bereich des Civil Law richterliche Entscheidungen ebenfalls maßgebende Bedeutung für die Rechtsentwicklung, ob man ihnen nun lediglich rechtsin-

- 10 Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Joachim Zekoll*, Zwischen den Welten – Das Privatrecht von Louisiana als europäisch-amerikanische Mischrechtsordnung, in Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht – Impressionen aus der Neuen Welt, Tübingen 1995, S. 11 (S. 11) zum Sonderfall Louisiana, der als einziger US-amerikanischer Einzelstaat ein vom Civil Law geprägtes Rechtssystem aufweist: „Es besteht dort eine Kodifikation, die weithin auf spanischem und vor allem französischem Recht beruht. Gleichwohl ist das Recht Louisianas natürlich von dem englisch/amerikanischem common law nicht unberührt geblieben. Es bietet damit heute das Beispiel einer Mischrechtsordnung.“
- 11 Auch eine kommentierende Tätigkeit privater Institutionen ist zu beobachten. Vgl. hierzu *Shael Herman*, Schicksal und Zukunft der Kodifikationsidee in Amerika, in Zimmermann, supra, S. 45 (S. 71): „Angesichts des untergeordneten gesetzgeberischen Flickenteppichs beschloss das American Law Institute, eine private Vereinigung von Richtern, Anwälten und Rechtslehrern, ‚restatements‘ des Recht auf mehreren Gebieten zu verfassen. Der Rechtssuchende sollte dadurch in die Lage versetzt werden, ‚[to] go to one source, find the law in point, and with confidence state it to be so.‘ (Goodrich, The Story of the American Law Institute, Washington University Law Quarterly 1951, p. 286). Inhaltlich geben die Restatements das Präjudizienrecht wieder, formal bestehen sie aus „concise rules analogous to those in carefully drawn statute“ (*S. Williston*, The Restatement of Contracts, American Bar Association Journal 1932, p. 777), begleitet von Kommentierungen und Beispielen.“
- 12 Vgl. in diesem Zusammenhang verschiedene Ansätze zur Vereinheitlichung bei *Rabel*, supra, S. 356: „Heute sind sehr ansehnliche Stücke der Vereinheitlichung und Ansätze zur gesetzgeberischen Erfassung des ungeheuren Materials in der Bundesgesetzgebung, in Statutes von Staaten wie New York und in den Restatements sowie einzelnen Uniform-Laws enthalten.“
- 13 *Graham Hughes* spricht sogar von einer *Notwendigkeit* der Gesetzgebung in manchen Bereichen: „[...] Typical forms of law-making activity in the modern regulatory state could never be accomplished by the slow and fragmentary resolution of individual disputes by appellate courts. Judicial decision-making is, by its nature, designed to resolve immediate and particular claims made by a party under existing law, and the courts lack the power, the expertise and the personnel to promulgate broad schemes of regulation. Indeed, any such attempt would be seen as an illegitimate usurpation of the legislative prerogative.“ (*Graham Hughes*, in Alan B. Morrison (Hrsg.), Fundamentals of American Law, New York 1996, S. 14).
- 14 Vgl. *Hartwin Bungert*, in Heinz-Dieter Assmann/Hartwin Bungert (Hrsg.), Handbuch des US-amerikanischen Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts – Band I, München 2001, S. 54.

interpretierenden Charakter oder doch auch rechtsschöpfenden Charakter zubilligt.¹⁵ Betrachten wir als Beispiel das Institut des Wegfalls (oder der Störung) der Vertragsgrundlage (oder Geschäftsgrundlage). Ausgehend vom Gutgläubens-Grundsatz des § 242 BGB¹⁶ hat die Praxis der deutschen Obergerichte, animiert durch die Lehre¹⁷, diesen Rechtsgrundsatz entwickelt und in seinen Voraussetzungen und Rechtsfolgen ausgestaltet.¹⁸ Diese Kreativität der Gerichte hat die Schuldrechtsreform von 2002 durch die Aufnahme des Instituts in das BGB mit dem neu geschaffenen § 313 BGB belohnt.¹⁹ Auch diese Bestimmung wird jedoch über die Jahre Gegenstand anwendender und auslegender Entscheidungspraxis sein. Dieser Weg von der gesetzlichen Rechtsnorm, häufig der Generalklausel, als Ausgangspunkt über die richterliche Anwendung und Fortbildung bis hin zum ausdrücklichen gesetzgeberischen Akt mit dem Potenzial weiterer gerichtlicher Anwendung und Fortbildung in der Folge ist nicht singulär²⁰, sondern eignet der Fortentwicklung der deutschen Rechtsordnung und des Civil Law gemeinhin. Der Civil Lawyer mag sich dem Problem auf andere Weise nähern als der Common Lawyer, aber er ist wie sein angelsächsischer Kollege gehalten, die maßgeblichen Gerichtsentscheidungen zu analysieren und zu sezieren. In die Jahre kommende Gesetzeswerke legen diesen Weg geradezu nahe. Sind wir deutschen Juristen nicht gehalten, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Oberlandesgerichte umgehend zur Hilfe zu nehmen, wenn wir der Auslegung einer Norm des BGB nachspüren, um sie für unseren Fall und Sachverhalt nutzbar zu machen? Auch wir denken in Kategorien des angelsächsischen „*What's the test?*“, also „Was besagt die letzte maßgebliche obergerichtliche Entscheidung zu dem in Frage stehenden Problem?“.

- 15 Vgl. in diesem Zusammenhang auch Cappelletti, der, weiteren Autoren zustimmend, die Bindungswirkung eines Urteils des Bundesgerichtshofs oder der französischen Cour de Cassation für Gerichte niedrigerer Instanzen für den Verhältnissen im Common Law vergleichbar hält (*Mauro Cappelletti*, The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: A Fundamental Difference – or no Difference at All?, in FS Zweigert, Tübingen 1981, S. 381 (S.382)).
- 16 *Esser*, supra, S. 222.
- 17 Vgl. *Peer Feldhahn*, Die Störung der Geschäftsgrundlage im System des reformierten Schuldrechts, NJW 2005, S. 3381 (S. 3381); des Weiteren zur Historie *Gerhard Hohloch* in Barbara Grunewald/Georg Maier-Reimer/Harm Peter Westermann (Hrsg.), Erman BGB, 13. Auflage, Köln 2011, § 313 Rn. 3 ff.
- 18 Vgl. *Florian Loyal*, Vertragsaufhebung wegen Störung der Geschäftsgrundlage, NJW 2013, S. 417 (S. 417).
- 19 In der Begründung des Gesetzentwurfs heißt es zu § 313 BGB, es müsse „als unbefriedigend angesehen werden, wenn wichtige, seit vielen Jahrzehnten erprobte und bewährte Rechtsinstitute auf Dauer von einer Kodifikation ausgeschlossen bleiben. [...] Der Umstand, dass der Entwurf nur das ohnehin schon Anerkannte wiedergeben will, spricht deshalb nicht gegen eine Aufnahme in das Bürgerliche Gesetzbuch.“ (BT-Dr 14/6040, S. 175).
- 20 So hat das am 1.1.2002 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts neben der Vertragsaufhebung wegen Störung der Geschäftsgrundlage auch andere schon seit längerer Zeit anerkannte ungeschriebene Rechtsinstitute wie beispielsweise die Haftung aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis (*culpa in contrahendo*, § 311 II BGB) und die Kündigung bei Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund (§ 314 BGB) in Gesetzesform gegossen (vgl. *Loyal*, supra, S. 417).

D. Konvergenz der Rechtssysteme

Es bleibt somit festzustellen, dass sich das Common Law und das Civil Law trotz ihrer divergierenden konzeptionellen Ausgangspunkte²¹ tendenziell aufeinander zubewegen.²² Dies keineswegs im Sinne einer bewussten Harmonisierung, gar eines Kotau des einen Rechtssystems vor dem anderen. Vielmehr nähern sich die Rechtssysteme und deren Rechtsordnungen jeweils systemimmanent, im Rahmen ihrer jeweiligen Verfeinerung und der Notwendigkeit ihrer Entwicklung, über die Zeit einander an.²³ Es liegt nach Meinung des Autors nahe, insofern von einer wachsenden „Konvergenz“ der Rechtssysteme zu sprechen²⁴, einer Konvergenz allerdings, die keinen Zweifel an der Selbständigkeit und Eigenheit der Rechtsordnungen voraussetzt oder bedingt.²⁵ Häufig mag dem Rechtsanwender, insbesondere dem Praktiker, jedoch das Bewusstsein dieser Konvergenz fehlen, wie der eingangs geschilderte Meinungsbefund verdeutlichen mag.

E. Konsequenzen der Rechtssysteme für die Vertragsgestaltung

Welche Konsequenz haben diese unterschiedlichen Ausgangspunkte, aber hat auch dieser Befund nun für die Praxis der Vertragsgestaltung?

Der Common Lawyer sucht, dem angelsächsischen Postulat der „four corners of the contract“ gerecht zu werden.²⁶ Er sieht sich gehalten, sämtliche Einzelheiten sowohl zu regelnden Sachverhalts²⁷ als auch der intendierten Rechtsfolgen minutiös zu regeln. „What is not in the contract is not in the law“, dem law im Sinne der Rechtsordnung als einem „Gesetzesakt“ *inter partes*, die sich die Parteien zur Regelung ihrer Beziehungen durch Eingehen des Vertrags geben. Der interne oder externe Rechtsberater wird zwar

- 21 Teilweise wird sogar vertreten, dass die Unterscheidung zwischen Common Law und Civil Law gänzlich überholt sei (vgl. beispielsweise *James Gordley*, *Common law and civil law: eine überholte Unterscheidung*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1993, S. 498 (S. 498)).
- 22 Eine solche Tendenz – sowohl in die eine als auch in die andere Richtung – scheint auch Esser zu beobachten: „Die Annäherung beider Systeme zeigt sich darin, dass kontinentale Spruchpraxis mehr und mehr vom Begriffsdenken zur Kasuistik der neu entdeckten Probleme übergeht, anglo-amerikanische Praxis dagegen steigend die Rechtsbegriffe als Konstruktionsbasis benutzt.“ (vgl. *Esser*, supra, S. 223).
- 23 Vgl. den ähnlichen Ansatz in *Zweigert/Kötz*, supra, S. 314.
- 24 So zum Beispiel auch – entwickelt am Beispiel der Space Launch Services-Verträge – *Julian Hermida*, *Convergence of Civil Law and Common Law Contracts in the Space Field*, *Hong Kong Law Journal* 2004, S. 1 (S. 31).
- 25 Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Aussage des britischen Richters and Rechtshistorikers Sir Thomas H. Bingham, der die Annäherungen des englischen Rechts an das Civil Law in den neunziger Jahren als Periode „when England – and I emphasize England – ceased to be a legal island, bounded in the north by the Tweed, and joined, or more accurately, rejoined, the mainstream of European legal tradition“ bezeichnete (*Thomas H. Bingham*, *There is a world elsewhere: The Changing Perspectives of English Law*, *International and Comparative Law Quarterly* 1992, S. 514).
- 26 Vgl. *Charles L. Knapp*, in *Morrison*, supra, S. 215.
- 27 Vgl. hingegen die Behandlung des Sachverhalts im Civil Law laut *Zweigert/Kötz*, supra, S. 320: „Auffällig und bezeichnend ist hier zunächst, wie steifmütterlich auf dem Kontinent der dem Urteil zugrundeliegende Sachverhalt behandelt wird. [...] In Deutschland sind die Gerichte zwar dazu angehalten, dem Urteil eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes“ (§ 313 I Nr. 3 ZPO) beizufügen. Jedoch besteht beim Abdruck der Entscheidung in Zeitschriften und Urteilssammlungen nur zu oft die charakteristische Neigung, gerade jene Sachverhaltsdarstellung nur verstümmelt oder gar nicht wiederzugeben – ein Verfahren, das für den Juristen des Common Law undenkbar wäre.“

auf Vertragsmuster seiner Rechtsabteilung oder seiner Sozietät zurückgreifen können, oder gar sollen. Er kann jedoch nur in sehr beschränktem Maße auf zwingendes oder dispositives Gesetzesrecht aufbauen. Im Rechtskreis des Common Law sind nach wie vor nur einzelne Teilbereiche gesetzlich geregelt, die Relevanz hätten zum Beispiel für einen Unternehmenskaufs- oder einen Anlagenerstellungsvertrag. Er kann bei der Vertragsgestaltung, -anwendung und -auslegung nicht auf den Inhalt gesetzlicher „Schubladen“ zurückgreifen, deren Inhalt den Vertrag ausfüllen würde, sofern dieser keine ausdrückliche Regelung zum betreffenden Teil-Sachverhalt – gerade auch im Hinblick auf fehlende, gegebenenfalls bewusst ausgelassene Rechtsfolge-Anordnungen – enthielte. Seine Richtschnur mag allerdings die letzte richterliche Entscheidung, das maßgebliche *precedent* eines Gerichts sein, das Verbindlichkeit im Rahmen der als *governing law* gewählten Rechtsordnung hat, das der *test* für den betreffenden *issue* sein mag. Hier wird sich der Berater gar in die Nomenklatur, in wörtliche Passagen der betreffenden Gerichtsentscheidung einklinken, um ja nicht außerhalb der gewünschten richterlichen Anordnung zu fallen.²⁸

Diese Detailorientiertheit angloamerikanischer Juristen – dem Civil Lawyer bisweilen auch als „Detailbesessenheit“ erscheinend – führt zwangsläufig dazu, dass angloamerikanische Verträge extrem umfangreich sind.²⁹ Häufig benötigt ein angloamerikanischer Vertrag für die Regelung des gleichen Sachverhalts die doppelte Seitenzahl des Vertragsentwurfs, den ein deutscher Jurist unter Geltung deutschen Rechts verfassen würde. Kennt er jedoch den Ursprung³⁰ dieser Detailverliebtheit, wird der deutsche Jurist eher davon absehen, sich bei seinem angloamerikanischen Gegenüber über den Umfang des unterbreiteten Vertragsentwurfs zu beschweren.

Der Civil Lawyer andererseits kommt bei der Vertragsgestaltung von der normbetonten Deduktion, von der Subsumtion her. Sofern zum Beispiel der deutsche Jurist den Vertrag unter Geltung deutschen Rechts konzipiert, stehen ihm bei der Gestaltung des Unternehmenskaufvertrags die Regelungen des Kaufrechts (§§ 433 ff. BGB), bei der des Anlagenerstellungsvertrages die Vorgaben des Werkvertragsrechts (§§ 631 ff. BGB) zu Gebote. Ein Abweichen von den zwingenden Regeln der betreffenden Rechtsmaterie ist

- 28 Vgl. *Peter Hay*, *US-Amerikanisches Recht*, 2. Auflage, München 2002, S. 10.
- 29 Vgl. *Thomas Lundmark*, *Common law-Vereinbarungen – Wortreiche Verträge*, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2001, S. 187 (S. 187): „Beispielhaft sei ein typischer US-amerikanischer Kaufvertrag herausgegriffen, der 3800 Wörter fasst, von denen nur 550 auf konkrete Vertragsbestimmungen, aber über 3000 auf Standard-Definitionen und boilerplate entfallen.“
- 30 Interessant, wenn auch vom Autor nur bedingt geteilt, ist in diesem Zusammenhang der Begründungsansatz von *Lundmark*: „[...] dieses Phänomen liegt in dem relativen Argwohn begründet, mit dem der Staat und seine Institutionen in den englischsprachigen Ländern gesehen werden. Amerikanische und britische Geschäftsleute neigen dazu, dem Staat mehr zu misstrauen als kontinentaleuropäische. Letztere sehen sich eher als Partner des Staates. Briten und Amerikaner möchten die Definitionen und Weissagungen über Treu und Glauben, ordnungsgemäße Vertragserfüllung und ähnliches lieber nicht in die Hände von Richtern, geschweige denn Gesetzgebern lassen“ (*Lundmark*, supra, S. 191). Demgegenüber argumentiert jedoch wiederum beispielsweise *Gutbrod*: „[...] die Bedeutung von Einzelfallentscheidungen im angloamerikanischen System [hängt] damit zusammen [...], dass auf die Fähigkeiten des Richters vertraut wird, dessen Ergebnis jeweils im Zweifel den gesellschaftlichen Konsens prägt und in aller Regel, auch wenn es überraschend ist, hingenommen wird.“ (vgl. *Max Gutbrod*, *Systematik und „wirtschaftliche Notwendigkeit“ bei der Rechtssetzung*, *Zeitschrift für Rechtsphilosophie* 2007, S. 59 (S. 71)).

ihm ohnehin nicht möglich.³¹ Soweit die betreffenden Rechtsregeln der einschlägigen Schublade dispositiven Charakter haben, müsste er nur dann ausdrückliche vertragliche Regelungen³² vorsehen, wenn er von diesem „Vorschlag“, den ihm das Gesetzesrecht bietet, abweichen möchte.

F. Konvergenz in der Vertragsgestaltung

Stehen nun diese beiden Ansätze einer Vertragsgestaltung nach Common Law und nach Civil Law einander monolithisch gegenüber, oder lässt sich im Zuge der Globalisierung der Wirtschaftsbeziehungen und – diese einerseits voraussetzend, andererseits ermöglichend – eine Annäherung auch der vertraglichen Konzeptionen konstatieren? Findet eine Konvergenz auch in der grenzüberschreitenden Vertragsgestaltungspraxis statt?

Ausgangspunkt dieser Überlegung ist die Omnipräsenz der englischen Sprache als Vertragssprache im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr³³, wie sie sich in den vergangenen Jahrzehnten ergeben hat. Sie trifft den Inhouse-Juristen, der im Rahmen der Rechtsabteilung seines Unternehmens für die Überprüfung der Verträge zuständig ist, die sein Unternehmen mit Geschäftspartnern im Ausland zu schließen beabsichtigt. Häufig wird er auch selbst in die Vertragsverhandlungen eingebunden sein und begleitet – was die optimale Situation ist – das betreffende Vertragsprojekt vom Anfang bis zum Ende. Für den Rechtsanwalt, der in einer international ausgerichteten Kanzlei tätig ist, ist die Vertragsgestaltung in englischer Sprache zwangsläufig täglich Brot. Aber auch kleinere, spezialisierte Kanzleien werden zunehmend mit Vertragsprojekten oder Verträgen konfrontiert, die nicht nur belastbare englische Sprachkenntnisse erfordern, sondern daneben zumindest ein Grundverständnis der Ordnungsprinzipien eines angloamerikanischen Vertrags³⁴, sei er nun englischer oder US-amerikanischer Provenienz oder mag er sich nach den Usancen einer anderen angelsächsischen Rechtsordnung (beispielsweise der von Südafrika, Singapur oder Australien) richten.

Jedoch nicht nur dann, wenn der betreffende Vertrag dem Recht einer angelsächsischen Rechtsordnung unterstellt werden soll, kommt die angloamerikanische Vertragstypik ins Spiel. Häufig werden Verträge verhandelt und ausgestaltet, für die zum Beispiel deutsches Recht maßgeblich sein soll, die aber in englischer Sprache formuliert sind und gegebenenfalls angelsächsischen Strukturprinzipien folgen. So schließen deutsche oder auch andere, nicht in angelsächsischen Ländern angesiedelte, Unternehmen mit Gesellschaften aus dem nicht-angelsächsischen Raum Verträge ab. Auch dann wird die Ver-

einbarung häufig in englischer Sprache gestaltet sein und vielfach auch einer angelsächsischen Vertragstypik folgen. Die englische Sprache ist eben *lingua franca* unserer heutigen globalen und globalisierten Unternehmenswelt³⁵ samt der daraus resultierenden grenzüberschreitenden (*cross border*-)Verträge.³⁶ Und man kann noch einen Schritt weiter gehen: In nicht seltenen Fällen schließen beispielsweise auch zwei deutsche Unternehmen einen Vertrag in englischer Sprache ab. Man denke hierbei zum Beispiel an Finanzierungsverträge, an Kreditverträge, an Anleihen, bei denen die betreffende deutsche Bank zwar *lead bank* sein mag, aber im Hinblick auf die Höhe des betreffenden Kredits ihr Engagement und damit ihr Risiko syndizieren möchte³⁷; derartiges Syndizieren geht häufig eben nicht ohne Beteiligung einer in London, New York oder Hongkong angesiedelten Bank vorstatten, und im Übrigen ist die englische Sprache *lingua franca* auch der Banken- und Finanzwelt.³⁸

Angesichts dieser Omnipräsenz des Englischen als grenzüberschreitender Vertragssprache stellt sich nun die weitere Frage, ob das Civil Law und die von ihm herrührende Typik der Vertragsgestaltung zukünftig zumindest im Rahmen grenzüberschreitender vertraglicher Vereinbarungen zur Bedeutungslosigkeit verdammt ist. Eine einfache, aber nur Teil-Antwort lautet: Natürlich kann der Vertrag – auch wenn in englischer Sprache formuliert – zum Beispiel deutschem, italienischem oder argentinischem Recht unterstellt sein. Mit der englischen Vertragssprache sind keineswegs die Würfel für eine Wahl des englischen, neuseeländischen oder des Rechts eines US-amerikanischen Einzelstaats als geltendem Recht gefallen. Das *governing law* ist nicht durch die Wahl der Vertragssprache präjudiziert.³⁹ In nicht seltenen Fällen steht zu Beginn der Arbeiten am Vertrag noch gar nicht fest, welches Recht letzten Endes das *governing law* sein soll. Mag dies auch nicht die glücklichste Ausgangssituation für die Gestaltung eines Vertrags sein, ist sie doch leider Alltag des vertragsgestaltenden Juristen: Häufig mag auch das geltende Recht eine Frage der relativen Verhandlungsposition, der *leverage*, der jeweiligen Vertragspartei sein. Es gibt Vertragsverhandlungen, in denen die Frage des geltenden Rechts trotz gegenläufiger Bemühungen der Juristen auf beiden Seiten noch bis weit in die Schlussverhandlung hinein offengehalten wird; zuweilen ist das *governing law* noch eines der „*eggs in the basket*“, d. h. Bestandteil eines Korbs, den die eine Partei der anderen Partei zur Lösung aller noch offenstehenden Verhandlungspunkte anbietet. Diese Situation ist unglücklich, und der mit ihr konfrontierte Vertragsjurist ist nicht zu beneiden, ist er doch gehalten sicherzustellen, dass das dann in Windeseile zu formulierende oder zu vollendende Vertragswerk dem vereinbarten geltenden Recht entspricht, wozu wiederum die gewählte Vertragstypik beiträgt oder beizutragen hilft.

31 Wulf/Döser, Einführung in die Gestaltung internationaler Wirtschaftsverträge, JuS 2000, S. 246 (S. 248).

32 Hier ist allerdings zu berücksichtigen, dass auch im Zusammenhang mit dispositiven Vorschriften wiederum bestimmte Grenzen gelten, vgl. beispielsweise § 138 BGB bei Individualvereinbarungen oder §§ 305 ff. BGB bei allgemeinen Geschäftsbedingungen.

33 Maier-Reimer spricht in diesem Zusammenhang sogar von der „allgegenwärtigen Dominanz des Angelsächsischen“ (s. Georg Maier-Reimer, Vertragssprache und Sprache des anwendbaren Rechts, NJW 2010, S. 2545 (S. 2545)).

34 Vgl. Morrison, supra, S.V.

35 Vgl. Döser, Einführung in die Gestaltung internationaler Wirtschaftsverträge, supra, S. 247.

36 Vgl. Gutbrod, supra, S. 60.

37 Gutbrod spricht sogar von einer „Art internationale[m] Privat-Gewohnheitsrecht“, welches u.a. von international zuständigen Teams in Banken geschaffen wird, die für bestimmte Transaktionstypen gebildet wurden (vgl. Gutbrod, supra, S. 60).

38 Vgl. ähnlich Maier-Reimer, supra, S. 2545.

39 Vgl. Maier-Reimer, supra, S. 2546.

Es ist jedoch festzustellen, dass die Vertragstypologien sich zunehmend vermischen und nicht zuletzt auch gegenseitig befruchten: Zu viel haben wir deutschen und die *Civil-Law*-Juristen schlechthin aus dem Umgang mit angelsächsischen Verträgen gelernt und in die tägliche Vertragspraxis übernommen, als dass sich dieser Befund leugnen ließe. Aber auch eine – wenngleich wohl zaghaftere – gegenläufige Entwicklung lässt feststellen: Wir zentraleuropäischen Juristen und unsere angelsächsischen Kollegen lernen gegenseitig voneinander und von unseren gegenseitigen Rechtssystemen. Das allmähliche Zusammenwachsen der Welt des Vertragsjuristen⁴⁰ schlägt sich in zahlreichen Aspekten nieder, von denen die nachfolgend genannten lediglich einen kleinen Ausschnitt abbilden.

Hatte der deutsche Jurist beispielsweise früher Definitionen dort vorgenommen, wo der betreffende Begriff zum ersten Mal im laufenden Text vorkommt, ist er inzwischen mehr und mehr dazu übergegangen, Begriffe im Rahmen einer separaten Vertragsbestimmung⁴¹ zu definieren, die er typischerweise nach der Präambel und vor den eigentlichen, operativen Bestimmungen ansiedelt. Ohne dass es dem deutschen Juristen heute noch bewusst wäre, hat er hiermit ein typisches angelsächsisches Gestaltungsprinzip übernommen.⁴² Natürlich wird keineswegs immer so vorgegangen: So könnte ein drei Seiten langer Vertrag mit der Vornahme von (nur) fünf Definitionen per separater Eingangsbestimmung eher seltsam anmuten; hier bedarf es des Gespürs. Als weiteres Beispiel dieser vertragsgestaltenden Rezeption lässt sich beobachten, dass Präambeln in *Civil-Law*-Verträgen in Anbetracht ihrer wichtigen Rolle in angelsächsischen Verträgen⁴³ richtigerweise verstärkte Bedeutung beigemessen wird. So kann dem deutschen Vertragsjuristen, auch wenn er bereits in der vertrauten und deutschsprachigen Vertragspraxis Präambeln verwendet, eine mit Sorgfalt und Weitsicht formulierte, die Interessen der eigenen Partei reflektierende Präambel auch im Hinblick auf die vorgenannte „*four corners of the contract rule*“ im Rahmen der angloamerikanischen Vertragsgestaltung im Streitfall sehr wertvoll werden. Was sich „*preamble*“, „*background*“, „*introduction*“ oder ähnlich nennen mag, kann nicht ausschließlich, aber insbesondere hinsichtlich Widersprüchen, Vertragslücken oder salvatorischen Klauseln an großer, weil eben „rettender“, Bedeutung gewinnen. Nicht zuletzt sei auf die Bedeutung der Präambel im Hinblick auf den Rettungsanker der Störung der Vertragsgrundlage, der *doctrine of frustration of purpose* des angelsächsischen Rechts, hingewiesen.⁴⁴ Die vorgenannten Beispiele der Übernahme von Strukturprinzipien aus der angelsächsischen in die kontinentaleuropäische Vertrags-

gestaltung sind keine Einzelfälle. Es bleibt abzuwarten, ob und wie sich diese Rezeption durch unsere hiesige Vertragspraxis in der Zukunft noch verstärken mag oder ob sie ihren Höhepunkt bereits erreicht hat.

Auf der anderen Seite lässt sich beobachten, dass auch der angelsächsische Vertragsjurist sich mit normativ-subsumtiv orientierten Gestaltungsprinzipien vertraut macht, bisweilen sogar anfreundet. Dies einerseits dort, wo die *leverage* oder die Einsicht, dass der zu regelnde Sachverhalt seinen Schwerpunkt eben nicht in der betreffenden angelsächsischen, sondern der *Civil Law*-Rechtsordnung der anderen Vertragspartei hat, die Wahl des eigenen angelsächsischen Rechts ausschließen; andererseits aber auch dort, wo der betreffende Sachverhalt nach dem für den Vertrag gewählten angelsächsischen Recht eben doch gesetzlich geregelt oder mitgeprägt ist.

G. Konvergenz in der juristischen Ausbildung

Nach diesen Beobachtungen, wie *Common Law* und *Civil Law*, aber auch die Vertragsgestaltung in beiden Rechtsräumen schrittweise konvergieren, sei abschließend auch ein Plädoyer für eine Konvergenz in der juristischen Ausbildung erlaubt. Dies nicht im illusionären Sinne einer Übernahme zum Beispiel des US-amerikanischen J.D.-Studiums durch deutsche juristische Fakultäten oder des Aufbaus und des Curriculums des deutschen juristischen Studiums durch eine US-amerikanische Law School. Aber im Sinne einer besseren wechselseitigen Kenntnis der Wurzeln, der Struktur und der Typik der beiderseitigen Rechtssysteme, eines besseren Verständnisses der Besonderheiten der Rechtsordnungen und der Konsequenzen für die Vertragsgestaltung wie auch der zunehmenden Konvergenz in den vorbeschriebenen Feldern, nicht zuletzt beim grenzüberschreitenden Vertrag.⁴⁵ Dies wiederum verlangt jedoch einen noch zunehmenden Austausch der Lehrenden und der Lernenden in der juristischen Ausbildung.⁴⁶ Dieser Austausch und die Auseinandersetzung mit der fremden Rechtsordnung dienen schlussendlich auch dem besseren Verständnis der jeweils eigenen Rechtsordnung, sei sie eingebettet im *Common Law* oder im *Civil Law*. Dies könnte Fehlverständnisse wie die eingangs

40 Eine Annäherung konstatierte Blumenwitz bereits zu Beginn der siebziger Jahre (vgl. Dieter Blumenwitz, Einführung in das Anglo-Amerikanische Recht, JuS-Schriftenreihe, München 1971, S. 1).

41 In US-amerikanischen Verträgen enthalten häufig sogar Eingangsvorschriften von Unterabschnitten des Vertrages wiederum eine Definitionskette, die möglicherweise von den allgemeinen Eingangsdefinitionen abweicht (Bunger, in Assmann/Bungert, supra, S. 53).

42 Wulf Döser, Vertragsgestaltung im internationalen Wirtschaftsrecht, JuS-Schriftenreihe, München 2001, S. 31.

43 Döser, Vertragsgestaltung im internationalen Wirtschaftsrecht, supra, S. 30.

44 So heißt es beispielsweise in Restatement (Second) of Contracts, § 265: „Where, after a contract is made, a party's principal purpose is substantially frustrated without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his remaining duties to render performance are discharged, unless the language or circumstances [of the contract] indicate the contrary.“

45 Der Autor versucht, seit einer Reihe von Jahren durch Vorlesungen und Seminare an der Universität Konstanz und der Ludwigs-Maximilians Universität München zu Themen wie „Grundlagen der Internationalen Vertragsgestaltung unter besonderer Berücksichtigung des *Common Law*“, „Einführung in das *Common Law*“, „Einführung in das US-Amerikanische Privatrecht“ etc. das studentische Bewusstsein für die Relevanz derartiger Fragestellungen zu wecken; er meint, hierbei auf nachhaltiges Interesse zu stoßen. Es sei jedoch auch auf Austauschprogramme wie beispielsweise das Berger International Legal Studies Program der Cornell University Law School hingewiesen.

46 Vgl. hierzu auch die Empfehlungen des Wissenschaftsrats als Ergebnis einer Wissenschaftsrats-Arbeitsgruppe zum Thema „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“, der sowohl der Jubilar als auch der Autor angehört hatten: Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen und Empfehlungen, Köln 2012, S. 42, 47, 61 ff.; weiterhin Wolfgang Fritzemeyer, Die Bedeutung der „Soft Skills“ für die Juristenausbildung und die juristischen Berufe, NJW 2006, S. 2825 (insbes. S. 2826 f.).

beschriebenen vermeiden helfen, aber auch die grenzüberschreitende Vertragsgestaltung vereinfachen und befruchten.⁴⁷

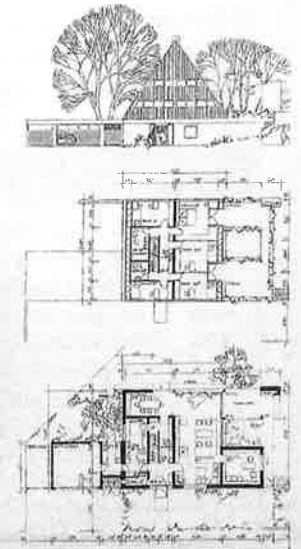
Common Law vs. Civil Law – Dichotomie oder Konvergenz? Diese Frage scheint beantwortet. Die vermeintlich so idealtypisch voneinander abgegrenzten Rechtssysteme und die durch sie geprägten Rechtsordnungen begegnen sich, sie konvergieren mehr und mehr und sie befruchten sich. Sie tun dies aber nicht nur in der Vertragsverhandlungs- und Vertragsgestaltungspraxis sowie im wissenschaftlichen Austausch. Vielmehr konvergieren sie selbst, auch wenn die Annäherung der beiden Rechtssysteme ohne Verlust ihrer jeweiligen Selbständigkeit oder Eigenheit geschieht. Ein solcher Verlust mag angesichts der unterschiedlichen kulturellen und sozialen Hintergründe auch schwer vorstellbar erscheinen. Das gegenseitige Verständnis des „Warum“ des unterschiedlichen vertragsgestalterischen Ansatzes, der wiederum auf konzeptionell unterschiedlichem Rechtsdenken beruht, kann zu einem vertrauensvollen Miteinander bei der Erarbeitung von Verträgen führen. Entscheidend ist, die durch das Rechtssystem bedingten Zusammenhänge zu erkennen. Diese Kongruenz der Rechtsordnungen prägt aber nicht etwa nur unsere grenzüberschreitende Vertragspraxis, sondern unser sich weitendes Rechtsdenken überhaupt.

⁴⁷ Ähnlicher Ansicht auch *Gutbrod*, der in vergleichbarem Zusammenhang eine „für derartige systematische Anstrengung erforderliche neue Ausrichtung von Lehren, Lernen und Forschen“ fordert (vgl. *Gutbrod*, supra, S. 74).



Für dieses Haus in einer älteren Villenkolonie ist innerhalb des alten Baumbestandes nur eine eng begrenzte Grundfläche zur Verfügung. Das massive Sockelgeschoß umschließt die Wohnräume und ein Atrium. Das große Volumen des aufgesetzten Dachkörpers wird für die Schlafräume genutzt.

Foto: S. Neubert, J. Weber



aus: "Johann Christian Ottow - 50 Jahre Architekt", Hrsg. Hochstuhl für Entwerfen und Hochbaukonstruktion, LMU, München, 1998