Das Leistungsstörungsrecht des französischen Code civil nach der Vertragsrechtsreform 2016

Eine rechtsvergleichende Analyse unter Einbeziehung des BGB, der UPICC, der PECL, des DCFR und des Gandolfi-Code

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Universität zu Köln

vorgelegt von

Morgane Cauvin

aus: Brest, Frankreich

Referent:	Professor Dr. Klaus Peter Berger, LL.M.
Korreferentin:	Professor Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb
Tag der mündlichen Prüfung:	14. Januar 2020

Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles ; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code Civil.

Napoléon Bonaparte

Vorwort

Mein besonderer Dank geht zunächst an meinen Doktorvater, Herrn Professor Dr. Berger, für die Ermöglichung und Unterstützung während der Erarbeitung meiner Dissertation. Zudem bedanke ich mich für die rasche Korrekturarbeit. Auch möchte ich meine Korrefenrentin, Frau Professor Dr. Dr. h. c. Dauner-Lieb, bedanken, die vom DFM bis zur Promotion mich begleitet hat.

Diese Arbeit hätte nicht ohne die Hilfe und Unterstützung von Herr Dr. Bernd Scholl entstehen können. Bernd, un grand merci pour tes encouragements, corrections, suggestions, critiques constructives. Un travail acharné, un travail d'équipe, qui nous a permis de renforcer notre amitié.

Mein Dank gilt für Paula Fischer und Henrike von Scheliha für die Korrekturarbeit. Danke für Eure guten Vorschläge und Kritik!

Danken möchte ich außerdem (Dr.) Yannik Kaysers und meinen Freunden Robert Grützner, Fenicia Aceto, Kristina Schmidt, Juliane Schlemm, Julie Barrailler, Adèle André, Augustine Jouenne, die mir im Rahmen der Erarbeitung moralisch unterstützt haben. Mes remerciements vont aussi à mes amies de longue date, Emma Favre et Margaux Deuchler. Merci de m'avoir accueillie à Paris ces nombreuses fois et de m'avoir soutenue dans mes moments de doute.

Schließlich möchte ich meiner Familie, und besonders meinen Eltern und meiner Schwester herzlich danken. Je n'aurai pas réussi cette épreuve sans votre soutien quotidien et vos encouragements. La distance ne nous sépare pas, bien au contraire. La famille Cauvin-Wirz unie à jamais. Cette thèse vous est dédiée.

Abkürzungsverzeichnis

1ère Civile	Première chambre civile de la Cour de cassation
2ème Civile	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
3ème Civile	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
aA	anderer Aufassung/Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ACQP	Acquis Principles
aE	am Ende
aF	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJ Contrat	Actualité juridique contrat
AJCA	Actualité juridique contrat d'affaires
All ER	All England Law Reports
Arb. Int.	Arbitration International
Art.	Article
ASA Bull.	Association Suisse d'Arbitrage Bulletin
Aufl.	Auflage
AZR	Registerzeichen des Bundesarbeitsgerichts für Revisionsverfahren
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bd.	Band
BeckOGK	beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht
BeckOK BGB	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechungsservice
Begr.	Begründung
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl. I	Bundesgesetzblatt, Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BR	Bundesrat
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
Bull. Joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BvL	Registerverzeichnis des Bundesverfassungsgerichts für konkrete Normenkontrollverfahren (Art. 100 Abs. 1 GG)
BvR	Registervzeichnis des Bundesverfassungsgerichts für Verfahren über Verfassungsbeschwerden (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a, 4b GG)
c/	contre
CFR	Common Frame for Reference
Chambre commerciale	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cie	Compagnie
CISG	Contracts for the International Sales of Goods
Com.	Commercial

CMLR	Common Market Law Review
CWILJ	California Western International Law Journal
D.	Recueil Dalloz
D.H.	Dalloz Hebdomadaire
d. h.	das heißt
DC	Décision du Conseil constitutionnel
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders.	derselbe
Dir.	Direction
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
DNotZ	Deutsche Notar Zeitschrift
Doc	Document
Doctr.	Doctrine
DP	Recueil périodique et critique Dalloz
DStR	Deutsches Steuerrecht
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
DuR	Demokratie und Recht
Ed.	Edition
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law
et al.	et alli
f.	folgende
Fasc.	Fascicule
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
Hg.	Herausgeber
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
Hs.	Halbsatz
ICC	International Chamber of Commerce
ICCA	International Congress and Convention Association
ICLQ	International and Comparative Law Quaterly
Intr.	Introduction
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (Schweiz)
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
JCl.	Jurisclasseur
JCP	Juris-Classeur Périodique (la Semaine Juridique – Édition générale)
JZ	Juristenzeitung
KOM	Kommission
L.	Législatif
LPA	Les petites affiches
Ltd	Limited
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
McGill LJ.	McGill Law Journal

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Misc	Miscellaneous documents issued by UNIDROIT
MLEC	UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce
Mot.	Motiv
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
n°	Numéro
NCPC	Nouveau code de procédure civile
nF	Neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
NK-BGB	NomosKommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
No.	Number
Nr.	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
Oxford U Comparative L Forum	Oxford University Comparative Law Forum
PC	Privy Council
PECL	Principles of European Contract Law
PWW	Prütting/Wegen/Weinreich
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDC	Revue des contrats
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RIDC	Revue internationale de droit comparé
Rn.	Randnummer
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Seite/Satz
s.	siehe
SchuldRModG	Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
Sociale	Chambre sociale de la Cour de cassation
sog.	sogenannte
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
T.	Tome
Tul J Int'l & Comp L	Tulane Journal of International and Comparative Law
Tz.	Textziffer
u.a.	unter anderem
usw	und so weiter
UNCITRAL	United Nations Commision on International Trade Law
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
UPICC	Unidroit Principal of International Commercial Contracts
v	versus
Vand. J. Transnat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law

Var.	Variante
vgl.	vergleiche
Vindobona J Int'l Comm	Vondobona Journal of International Commercial
L & Arb	Law and Arbitration
Vol.	Volume
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRV	Weimarer Reichsverfassung
Y.B.	Yearbook
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Zit.	Zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Registerzeichen des Bundesgerichtshofes für Revisionsverfahren in Zivilsachen

Gliederung

Abkürzungsverzeichnis i

Gliederung v

Einleitung 1

I. Gegenstand der Arbeit 1

A. Die Reform des Code civil im Kontext der Europäisierung des Vertragsrechts 1

B. Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes 3

1. Drei im bisherigen Code civil fehlende Rechtsinstitute 3

2. Drei Ausnahmen wichtiger Grundsätze 4

3. Drei auf europäischer und internationaler Ebene anerkannte Rechtsinstitute 5

4. Drei von der deutschen Schuldrechtsreform betroffene Rechtsinstitute.. 5

II. Gang der Darstellung 6

Kapitel 1: Entstehungsgeschichte der untersuchten Rechtsquellen 7

§ 1 Die Reform des französischen Vertragsrechts vom 10. Februar 2016 7

I. Historie 7

A. Die gescheiterten Versuche einer Reform 8

1. 1904 8

2. 1945 12

B. Impulse durch die Europäische Union 16

C. Der Beitrag der Lehre 17

1. Das Reformprojekt *Catala* im Jahre 2005 18

2. Das Reformprojekt *Terré* im Jahre 2009 18

3. Die Bearbeitung der Reformprojekte durch die *Chancellerie* 19

D. Die *ordonnance* vom 10. Februar 2016 20

1. Die Grundvoraussetzungen einer *ordonnance* 21

2. Entstehung der *ordonnance* vom 10. Februar 2016 23

a) Der Streit zwischen dem *Sénat* und der *Assemblée nationale* 23

b) Öffentliche Konsultation und Veröffentlichung der *ordonnance* 26

c) Die Ratifizierung der *ordonnance* 26

II. Ziele der französischen Reform 27

A. Verbesserung der Verständlichkeit 28

B. Steigerung der Attraktivität ... 29
C. Verbesserung des Schutzes der schwächeren Vertragspartei ... 29
§ 2 Europäische und internationale Regelwerke ... 31
I. Die europäischen Regelwerke: PECL, Gandolfi-Code und DCFR ... 31
A. Entstehungsgeschichte der europäischen Regelwerke ... 31
1. 1980er Jahre: Idee eines europäischen vereinheitlichten Vertragsrechts und *Principles of European Contract Law* ... 31
2. 2000er Jahre: Beginn der Beteiligung der Europäischen Kommission und *Avant-projet de Code européen des contrats de Pavie* ... 33
3. 2005: Beginn der Erarbeitung des *Draft Common Frame of Reference*.. ... 35
B. Das Verhältnis zwischen den europäischen Regelwerken untereinander ... 36
1. Unterschiedliche Ausgangslagen ... 36
2. Unterschiedliche Ziele ... 38
II. Das internationale Regelwerk: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts ... 39
A. Entstehungsgeschichte ... 40
B. Das Verhältnis zu den europäischen Regelwerken ... 42
III. Die europäischen und internationalen Regelwerke als Vorbild für nationale Gesetzgeber ... 44
§ 3 Ergebnis und Zusammenfassung ... 47
Kapitel 2: Das vorvertragliche Leistungsstörungsrecht – Art. 1112 bis Art. 1112-2 Code civil ... 48
§ 4 Die Haftung bei Fehlverhalten in den Vertragsverhandlungen, Art. 1112 Code civil ... 48
I. Der Grundsatz der Verhandlungsfreiheit und von Treu und Glauben in der vorvertraglichen Phase ... 49
A. Die Kodifizierung der früheren französischen Rechtslage, Art. 1112 Abs. 1, 1104 Code civil ... 49
1. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit ... 50
2. Der Grundsatz der *bonne foi* ... 52
3. Die drei Phasen der Vertragsverhandlungen ... 54
B. Der europäische und internationale Konsens ... 55
1. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit auf europäischer und internationaler Ebene ... 55

2. Der Grundsatz von *good faith and fair dealing* auf europäischer und internationaler Ebene 59

3. Die Grundsätze in der vorvertraglichen Phase auf europäischer und internationaler Ebene 61

II. Das Verschulden bei Vertragsverhandlungen, Art. 1112 Abs. 2 Code civil…..... 65

A. Die Rechtslage in Frankreich vor der Reform 65

1. Die Ablehnung der Theorie von *Rudolf von Jhering* 65

2. Das Urteil im Fall *Manoukian* und seine Folgen 67

a) Sachverhalt und Entscheidungsgründe 67

b) Folgen der Entscheidung.....68

B. Die französische Rechtslage nach der Reform im Rechtsvergleich. 72

1. Die Rechtsnatur der Haftung bei Fehlverhalten in den Verhandlungen.. 72

a) Die deliktische Natur des Rechtsinstituts in Frankreich, Art. 1112 Abs. 2 Code civil 73

b) Die vertragsähnliche Natur des Rechtsinstituts in Deutschland, §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB.....74

c) Die Natur des Rechtsinstituts in den Regelwerken 75

d) Stellungnahme.....78

e) Ergebnis der Analyse 79

2. Voraussetzungen der Haftung bei Fehlverhalten in den Verhandlungen 79

a) Vorliegen einer *faute*, Art. 1112 Abs. 2 Code civil 80

(1) Zum Begriff der *faute* 80

(2) Die *faute* in Art. 1112 Abs. 2 Code civil 81

b) Verstoß gegen Treu und Glauben in den Verhandlungen in den europäischen und internationalen Regelwerken 83

c) Pflichtverletzung, §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB..84

d) Ergebnis der Analyse 85

3. Fallgruppen des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen..... 86

a) Auf das französische Recht übertragbare Fallgruppen 86

(1) Fehlender Abschlusswillen..... 86

(2) Abbruch ohne triftigen Grund..... 88

b) Auf das französische Recht nicht übertragbare Fallgruppen 90

(1) Pflichtwidrige Herbeiführung des Vertragsschlusses 90

(2) Integritätsverletzungen 93
4. Rechtsfolgen 94
§ 5 Die vorvertragliche Informations- und Vertraulichkeitspflicht, Art. 1112-1, 1112-2 Code civil 97
I. Die Schaffung einer vorvertraglichen Informationspflicht, Art. 1112-1 Code civil 98
A. Die Rechtslage in Frankreich vor der Reform 98
1. Entwicklungslinien der vorvertraglichen Informationspflicht im französischen Vertragsrecht 98
a) Von der Pflicht, sich zu informieren, zu der Pflicht, informiert zu werden 98
b) Voraussetzungen der damaligen vorvertraglichen Informationspflicht 101
2. Das Urteil im Fall *Baldus* als Ausnahme der Informationspflicht 102
a) Sachverhalt und Entscheidungsgründe 102
b) Folgen der Entscheidung 103
3. Vorschläge der Reformprojekte *Catala* und *Terré* 103
B. Die französische Rechtslage nach der Reform im Rechtsvergleich 105
1. Vorvertragliche Informationspflicht, Art. 1112-1 Code civil 105
a) Vorbemerkungen 106
b) Voraussetzungen der vorvertraglichen Informationspflicht 107
c) Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die vorvertragliche Informationspflicht 110
(1) Schadensersatz 110
(2) Anfechtung 112
2. Vorvertragliche Informationspflicht in den europäischen und internationalen Regelwerken 113
a) Keine ausdrückliche Informationspflicht in den PECL und UPICC 113
b) Vorvertragliche Informationspflicht in dem DCFR 115
(1) Anwendungsbereich und Voraussetzungen, Art. II.-3:101, II.-3:102 DCFR 115
(2) Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Informationspflicht, Art. II.-3:109 DCFR 117
c) Vorvertragliche Informationspflicht in dem Gandolfi-Code 118
(1) Anwendungsbereich und Voraussetzungen, Art. 7 Abs. 1 Gandolfi-Code 118

(2) Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Informationspflicht, Art. 7 Abs. 2 Gandolfi-Code 119
3. Vorvertragliche Informationspflicht in Deutschland 120
a) Anwendungsbereich und Voraussetzungen, §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB 121
b) Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Informationspflicht 123
II. Die Schaffung einer Vertraulichkeitspflicht, Art. 1112-2 Code civil 124
A. Die Rechtslage in Frankreich vor der Reform 125
B. Die französische Rechtslage nach der Reform im Rechtsvergleich 126
1. Einfluss der europäischen und internationalen Regelwerke auf die Entstehung des Art. 1112-2 Code civil 126
a) Der Einfluss des Reformprojekts *Terré* 126
b) Art. 1112-2 Code civil im Vergleich zu den europäischen und internationalen Regelwerken 128
(1) Zeitlicher und persönlicher Rahmen der Erlangung vertraulicher Informationen 128
(2) Definition der „vertraulichen Information“ 129
(3) Die Konkretisierung des Verstoßes 130
(4) Rechtsfolgen 132
2. Vergleich mit der Vertraulichkeitspflicht im deutschen Recht 133
§ 6 Ergebnis und Zusammenfassung 135
Kapitel 3: Das vertragliche Leistungsstörungsrecht bei Störung des vertraglichen Gleichgewichts – Art. 1195 Code Civil 137
§ 7 Der Grundsatz der Vertragsbindung und seine Ausprägungen, Art. 1103, 1193, 1194 Code civil 138
I. Der Grundsatz der Vertragsbindung, Art. 1103 Code civil 138
A. Verankerung des Grundsatzes 138
1. Im französischen Recht, Art. 1103 Code civil 138
2. In den europäischen und internationalen Regelwerken 140
3. Im deutschen Recht 141
B. Deutsch-französische Analyse der Legitimation der Vertragsbindung… 143
II. Das Verbot der einseitigen Vertragsänderung, Art. 1193 Code civil 146
A. Aus französischer Sicht, Art. 1193 Code civil 146
1. Die Geltung des Grundsatzes gegenüber den Parteien 146
2. Die Geltung des Grundsatzes gegenüber dem Richter 148

B. Aus deutscher, europäischer und internationaler Sicht 148
III. Der Inhalt der Vertragsbindung, Art. 1194 Code civil 149
A. Die „schöpferische Auslegung“ von Verträgen in der bisherigen französischen Rechtslage 150
1. Das Problem der Rechtsnatur der Art. 1134 Abs. 3, 1135 Code civil aF. 150
2. Die Schaffung neuer Pflichten durch „schöpferische Auslegung“ 152
a) Vertragliche Schutzpflicht 152
b) Vertragliche Informationspflicht 153
B. Abgrenzung zwischen Auslegung, Vertragspflichtenbegründung und Vertragsbindung nach Art. 1194 Code civil 154
C. Abgrenzung zwischen Auslegung, Vertragspflichtenbegründung und Vertragsbindung auf europäischer und internationaler Ebene 156
1. Begriffsbestimmung 156
2. Die Abgrenzung im Rechtsvergleich 159
a) Mit den europäischen und internationalen Regelwerken 159
b) Mit dem deutschen Recht 161
§ 8 Die Theorie der Vertragsanpassung bei unvorhersehbaren Umständen als Ausnahme vom Grundsatz der Vertragsbindung, Art. 1195 Code civil 164
I. Die Rechtslage in Frankreich vor der Reform 164
A. Die Ablehnung der Theorie der Vertragsanpassung bei unvorhersehbaren Umständen durch die Zivilgerichte 164
1. Das Urteil im Fall *Canal de Craponne* 164
a) Sachverhalt 164
b) Entscheidungsgründe 165
2. Die Anwendung anderer Rechtsinstitute durch die Zivilgerichte .. 166
a) Das Urteil im Fall *Huard* und die Anwendung von Treu und Glauben 166
b) Das Urteil im Fall *Soffimat* und die Anwendung der *cause* 167
3. Die Umgehung durch Vertragsgestaltung 168
B. Die Annahme der Theorie der Vertragsanpassung bei unvorhersehbaren Umständen durch die Verwaltungsgerichte 170
1. Das Urteil im Fall *Gaz de Bordeaux* 170
a) Sachverhalt und Entscheidungsgründe 170
b) Rechtfertigung der Annerkennung durch die Verwaltungsgerichte… 171

2. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Rechtsinstituts nach den Verwaltungsgerichten 172
C. Die Theorie der Vertragsanpassung bei unvorhersehbaren Umständen in der Lehre 173
1. Der Streit über die Anerkennung 173
2. Die Vorschläge der Reformprojekte *Catala* und *Terré* 176
a) Art. 1135-1 ff. Reformprojekt *Catala* 176
b) Art. 92 Reformprojekt *Terré* 177
II. Die französische Rechtslage nach der Reform im Rechtsvergleich .. 178
A. Anwendungsbereich des Art. 1195 Code civil im Rechtsvergleich 179
1. Verträge 179
2. Dispositivität 180
B. Voraussetzungen des Art. 1195 Code civil im Rechtsvergleich 182
1. Änderung der Umstände nach Vertragsschluss 182
a) Begriffsbestimmung 182
b) Zeitpunkt der Veränderung 185
2. Unvorhersehbarkeit der Umstandsänderung bei Vertragsschluss .. 186
a) Unbestimmtheit des französischen Rechts 186
b) Heranziehung der untersuchten Regelwerke zur Konkretisierung des französischen Rechts 187
3. Unangemessene kostspielige Vertragsausführung 188
a) Die Voraussetzung der Kostspieligkeit im Rechtsvergleich 189
b) Die Voraussetzung der Unangemessenheit im Rechtsvergleich 191
4. Keine Risikoübernahme durch eine Vertragspartei 193
C. Rechtsfolgen des Art. 1195 Code civil im Rechtsvergleich 194
1. Neuverhandlungspflicht oder Neuverhandlungsobliegenheit? 194
a) Neuverhandlungsobliegenheit in Frankreich? 194
b) Neuverhandlungspflicht in den europäischen und internationalen Regelwerken? 196
c) Streitige Rechtslage in Deutschland 198
d) Stellungnahme 199
2. Keine Suspendierung des Vertrags während der Neuverhandlung 200
a) Nach dem französischen Recht und den internationalen und europäischen Regelwerken 200
b) Nach dem deutschen Recht 201

3. Die Vertragsanpassung 201
a) Die Probleme der Vertragsanpassung in Frankreich 202
b) Die Vertragsanpassung auf europäischer und internationaler Ebene. 204
(1) Die Befugnisse des Richters zur Vertragsanpassung auf europäischer und internationaler Ebene 205
(2) Die Befugnisse des Schiedsrichters zur Vertragsanpassung auf europäischer und internationaler Ebene 207
4. Die gerichtliche Vertragsaufhebung 209
a) Verhältnis zur Vertragsanpassung 209
b) Die Bestimmung des Zeitpunkts und der Bedingungen der Vertragsauflösung 210
§ 9 Ergebnis und Zusammenfassung 212
Kapitel 4: Das vertragliche Leistungsstörungsrecht bei Nichterfüllung – Art. 1217 bis Art. 1231-7 Code civil 213
§ 10 Die Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung, Art. 1217, 1219 ff. Code civil…… 214
I. Das allgemeine Leistungsstörungsrecht in Frankreich nach der Reform…… 214
A. Hierarchie, Wahlrecht und Kumulation 214
B. Allgemeines und besonderes Leistungsstörungsrecht 216
C. Rolle des Richters und der Parteien 217
II. Das Konzept der Nichterfüllung 218
A. Die Nichterfüllung und *faute contractuelle* 218
1. Die Nichterfüllung nach französischem Recht vor und nach der Reform 218
2. Die Nichterfüllung auf europäischer und internationaler Ebene 221
B. Qualifizierung der Nichterfüllung 223
1. Qualifizierung der Nichterfüllung nach französischem Recht 223
2. Qualifizierzung auf europäischer und internationaler Ebene 224
3. Konkretisierung der französischen Rechtslage 226
4. Stellungnahme 228
C. Sanktion oder *remède* 229
III. Einzelne Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung 229
A. Einrede des nichterfüllten Vertrags 230
1. Ab Fälligkeit der Leistung 230

2. Vor Fälligkeit der Leistung 231
B. Naturalerfüllung 232
C. Selbstvornahme 235
D. Minderung 236
1. Voraussetzungen 236
2. Anwendungsbereich 238
E. Vertragsaufhebung 239
1. Voraussetzungen der vertraglichen und gerichtlichen Vertragsaufhebung 239
2. Voraussetzungen der Vertragsaufhebung durch einseitige Aufhebungserklärung 241
a) Wesentliche Nichterfüllung 241
b) Mahnung oder Dringlichkeit 241
c) Fristsetzung 242
d) Notifizierung nach Fristablauf 244
e) Stellungnahme 245
3. Rechtsfolgen 246
F. Schadensersatz 248
§ 11 Die *force majeure* als Entschuldigungsgrund nach Art. 1218 Code civil…… 251
I. Die französische Rechtslage vor der Reform 251
A. Der Streit um die Voraussetzungen der *force majeure* 251
1. Erfordernis der Unvorhersehbarkeit? 252
2. Erfordernis des äußeren Ursprungs? 253
3. Eine Definition für zwei Haftungsarten? 254
B. Der Streit um die Rechtsfolgen der *force majeure* 255
1. Befreiungswirkung 256
a) Grundsatz: *res perit debitori* 256
b) Ausnahme: *res perit domino* 256
c) Kritik der Literatur 257
2. Aufhebung des Vertrags 258
a) Das Urteil im Fall *Ceccaldi* und seine Folgen 258
b) Kritik der Literatur 259
C. Vorschläge der Reformprojekte *Catala* und *Terré* 260
1. Vorschläge zu den Voraussetzungen 260

2. Vorschläge zu den Rechtsfolgen 261
II. Die französische Rechtslage nach der Reform im Rechtsvergleich .. 262
A. Gesamtschau der *force majeure* in den untersuchten Rechtsquellen…… 263
1. Die *force majeure* und die europäischen und internationalen Regelwerke 263
2. Die *force majeure* und das deutsche Recht 264
B. Voraussetzungen 266
1. Ereignis 266
2. Fehlende Kontrolle des Schuldners über das Ereignis 266
a) Außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners 266
b) Tätigkeiten von Subunternehmern oder anderen Dritten 267
c) Stellungnahme 268
3. Unvorhersehbarkeit 269
a) Unvorhersehbarkeit und Risikoverteilung 269
b) Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses 271
c) Sorgfaltsmaßstäbe 271
4. Unabwendbarkeit 272
5. Unmöglichkeit… 274
a) Unmöglichkeit nach französischem und deutschem Recht.....274
b) Unmöglichkeit und Nichterfüllung in den Regelwerken 275
(1) In den UPICC, PECL und DCFR 275
(2) Im Gandolfi-Code 277
c) Abgrenzung zur Störung des vertraglichen Gleichgewichts.....277
6. … der Vertragserfüllung 280
a) Betroffene Leistungspflichten 280
(1) *Obligation de résultat* und *obligation de moyens* 280
(2) Stückschuld und Gattungsschuld 282
b) Zeitpunkt der unmöglichen Vertragserfüllung 284
7. Ergebnis..... 285
C. Rechtsfolgen bei Vorliegen der *force majeure* 286
1. Rechtsfolgen bei vorübergehendem Hinderungsgrund 286
a) Hemmung der Leistungspflicht 286
b) Aufhebung des Vertrags bei wesentlicher Nichterfüllung 287
2. Die Rechtsfolgen bei endgültigem Hinderungsgrund 288

a) Auswirkung auf die primären Leistungspflichten 289
(1) Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht 289
i. Aus Art. 1351 Code civil? 289
ii. Aus Art. 1221 Code civil? 290
iii. Aus Art. 1218 Abs. 2 S. 2 Code civil? 291
iv. Ergebnis 292
(2) Befreiung des Gläubigers von seiner Gegenleistungspflicht 292
b) Auswirkung auf die sekundären Leistungspflichten 294
(1) Grundsatz: Haftungsausschluss 294
(2) Ausnahme: Art. 1351 f. Code civil 295
c) Auflösung des Vertrags 297
(1) Rechtsvergleichende Darstellung der Lösungen 297
(2) Stellungnahme 299
d) Besonderheiten bei partiellem endgültigem Hinderungsgrund 300
§ 12 Ergebnis und Zusammenfassung 302
Gesamtergebnis 304
Literaturverzeichnis 306
Anhang 327

Einleitung

I. Gegenstand der Arbeit

A. Die Reform des Code civil im Kontext der Europäisierung des Vertragsrechts

Mehr als zweihundert Jahre nach dem Inkrafttreten des französischen Code civil wurde in unserem Jahrhundert eine erste umfassende Reform vorgenommen und erfolgreich durchgeführt. Zwar wurde schon in der Vergangenheit versucht, den Code civil zu modernisieren. Jedoch scheiterten diese Versuche trotz des eklatanten Reformbedarfs. Der ehemalige französische Justizminister *Jean Foyer* (1921 – 2008, im Amt 1962 – 1967) kam zu dem Ergebnis, dass der Code civil nur Stück für Stück reformiert werden sollte und parallel dazu neue Gesetze als *lex specialis* zum Code civil geschaffen werden sollten. Dies sei eine sachdienliche Lösung. Infolgedessen ist der Code civil und insbesondere das allgemeine Vertragsrecht zunächst unverändert geblieben. Indes – so schön wie die Sprache des Code civil auch war – es konnte nicht ewig dabei bleiben. Als unverständlich und veraltet galt das Gesetzbuch, eine Reform musste in Gang gesetzt werden.[1] 2004 rief der damalige *Président de la République Jacques Chirac* die Wissenschaft auf, Entwürfe und Vorschläge zu verfassen.[2] Zwei wichtige Reformprojekte wurden daraufhin veröffentlicht: das *Avant-Projet Catala* im Jahre 2005[3], das eindeutig auf die Kontinuität mit dem bisherig geltenden Recht zielte, und das *Avant-Projet Terré* für das Vertragsrecht im Jahre 2009[4], das sich an den europäischen und internationalen Regelwerken orientierte und die Reform als Chance zur Erneuerung und Modernisierung der Rechtslage verstand.

Nach langen Debatten konnte die Arbeit der Regierung beginnen – ernsthafte Anstrengungen der Reform wurden eingeleitet. Dabei stellte sich jedoch die Frage, ob der weitere Weg mit oder ohne Europäisierung beschritten werden sollte.

Während sich einige Autoren für die Kontinuität und die Kodifikation der ständigen Rechtsprechung aussprachen,[5] wollten andere die Chance ergreifen, darüber hinaus zu gehen, und dem französischen Code civil durch die Übernahme von europäischen Grundsätzen einen Platz in dem Wettbewerb der Rechtsordnungen zu verschaffen.[6] Dies sollte durch die Heranziehung von europäischen und internationalen Regelwerken im Reformprozess ermöglicht werden. Insbesondere wurde auf vier Quellen verwiesen, die *Unidroit Principles of International Commercial Contract* (im Folgenden: UPICC), die *Principles of European Contract Law* (im

[1] Zu der Entstehungsgeschichte der französischen Reform siehe Kapitel 1 §1.
[2] Rede von Jacques Chirac, Colloque de célébration du bicentenaire du Code civil, abrufbar unter http://www.jacqueschirac-asso.fr.
[3] *Catala* (Hg.), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La Documentation française, 2005.
[4] *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2009.
[5] *Catala*, Présentation générale de l'avant-projet, in *Catala* (Hg.), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, S. 4.
[6] *Terré/Fitoussi,* Prolégomènes, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 37 ff.

Folgenden PECL), den *Draft Common Frame of Reference* (im Folgenden: DCFR) und das *Avant-Projet de Code européen des Contrats de Pavie* (im Folgenden Gandolfi-Code). Diese vier Regelwerke fassen die auf europäischer und internationaler Ebene anerkannten Grundsätze und Rechtsinstitute zusammen. Zudem setzen sie sich unmittelbar oder mittelbar das Ziel, ein Vorbild für nationale Gesetzgeber zu sein[7] und langfristig die Vereinheitlichung des europäischen Vertragsrechts zu ermöglichen.[8]

Im Jahre 2002 ist in Deutschland ein umfassend reformiertes Schuldrecht in Kraft getreten.[9] Das BGB wurde an die internationalen und europäischen Entwicklungstendenzen angepasst, um der „Gefahr einer Isolierung in vergleichender Perspektive und eines Verlustes an Attraktivität bei der internationalen ‚Zirkulation juristischer Ideen' entgegenzuwirken".[10] Deutschland hat sich somit für die Europäisierung seines Vertragsrechts entschieden. Mit der Schuldrechtsmodernisierung ist das BGB zu einem „europäisch-deutschen Gesetzbuch" geworden.[11] Die Schuldrechtsmodernisierung diente als Impulsgeber für den französischen Gesetzgeber.[12] Dass zwischen Deutschland und Frankreich ein freundschaftliches Konkurrenzspiel stattfindet, ist bekannt.[13] Wie sich dieses Spiel auf die französische Reform im Februar 2016 ausgewirkt hat, bleibt zu eruieren. Inwieweit Frankreich sich von der deutschen Reform inspiriert ließ[14] und inwiefern Frankreich sich der deutschen Rechtslage angenähert hat, wird in dieser Arbeit untersucht.

Dass der Code civil an die aktuellen Bedürfnisse angepasst werden musste, war dem Gesetzgeber bewusst. Ob dies allerdings vorrangig durch die Übernahme der ständigen Rechtsprechung oder durch Einarbeitung von europäischen Grundsätzen erreicht werden sollte, oblag der gesetzgeberischen Entscheidung. Es stellt sich

---

[7] Präambel, Abs. 7 UPICC; *Lando/Beale* (Hg.), Principles of European Contract Law, S. XXIV (= *von Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, S. XXVI); *von Bar/Clive* (Hg.), DCFR, Full Edition, 2009, Introduction, Rn. 24.

[8] *Lando/Beale* (Hg.), Principles of European Contract Law, S. XXIV (=*Von Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, S. XXVI f.); Art. 1 der Satzung der Akademie europäischer Privatrechtswissenschaftler aus Pavie: „durch wissenschaftliche Forschung auf dem Boden der Gemeinschaftsverträge einen Beitrag zur Vereinheitlichung, Auslegung und Anwendung des europäischen Privatrechts zu leisten", und weiterhin "die europäische Rechtskultur zu fördern"; *von Bar/Clive* (Hg.), DCFR, Full Edition, 2009, Introduction, Rn. 8: „If the content of the DCFR is convincing, it may contribute to a harmonious and informal Europeanisation of private law."

[9] Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I, S. 3138).

[10] *Schulze*, Vertragsverhandlungen – eine kurze Einführung, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 3, 7. Siehe auch *Schulze/Schulte-Nölke* (Hg.), Die Schuldrechtsmodernisierung vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001.

[11] *Schulze*, Vertragsverhandlungen – eine kurze Einführung, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 3, 9.

[12] *Boucard,* La réforme, de la doctrine à l'ordonnance, in: *Schulze/Wicker/Mäsch/Mazeaud* (Hg.), La réforme du droit des obligations en France, 5è Journées Franco-Allemandes, S.27, 28; *Chantepie/Mathias* (Hg.), La réforme du droit des obligations, Rn. 5; *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, Avant-Propos, S. 1 f.; Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[13] Dazu *Lardeux*, ZEuP 2007, 448 ff.

[14] Zur Modellwirkung der deutschen Reform siehe: *Dauner-Lieb,* RIDC 2004, 559, 560 f.

demzufolge die Frage, inwieweit der französische Gesetzgeber eine Europäisierung seines Code civil zugelassen hat.

B. Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes

Laut Gesetzesüberschrift befasst sich die Reform mit dem Vertragsrecht, dem allgemeinen Regime und dem Beweis der Schuldverhältnisse.[15] Aus deutscher Sicht geht es sowohl um die allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts als auch um das Recht der Schuldverhältnisse, da Vorschriften über das Zustandekommen von Verträgen sowie über das Bereicherungsrecht eingeführt worden sind.

Diese Arbeit wird nicht alle der im Rahmen der Reform vorgenommenen Änderungen behandeln können, sondern sich auf die drei wichtigsten Modifizierungen des Code civil beschränken: das vorvertragliche Leistungsstörungsrecht, das vertragliche Leistungsstörungsrecht bei Störung des vertraglichen Gleichgewichts und bei der Nichterfüllung. Diese drei Rechtsinstitute weisen mehrere Gemeinsamkeiten auf und bieten somit eine besonders gute Grundlage, der Fragestellung nachzugehen.

1. Drei im bisherigen Code civil fehlende Rechtsinstitute

Sowohl das vorvertragliche Leistungsstörungsrecht als auch das vertragliche Leistungsstörungsrecht bei Störung des vertraglichen Gleichgewichts sowie bei Nichterfüllung waren nicht oder nur teilweise in dem bisherigen Code civil geregelt.

In Bezug auf das vorvertragliche Leistungsstörungsrecht hielten die Verfasser des Code civil von 1804 die vorvertragliche Phase sowie das Zustandekommen von Verträgen nicht für besonders regelungsbedürftig. Sie haben sich somit auf den geschlossenen Vertrag konzentriert. Infolgedessen wurde durch richterliche Rechtsfortbildung gestützt auf Art. 1382 Code civil aF eine deliktische Haftung für Fehlverhalten in der vorvertraglichen Phase entwickelt.[16]

Die Vertraganpassung bei Störung des vertraglichen Gleichgewichts – oder auch genannt die *théorie de l'imprévision* – erkannten hingegen die Zivilrichter nicht an. Mit der berühmten Entscheidung *Canal de Craponne* von 1876[17] zogen die Zivilrichter den Schlussstrich unter das Rechtsinstitut und schlossen somit seine Anwendung für die Zukunft. Anhand von weiteren Instrumenten konnten die Richter die Regelungslücke umgehen. Jedoch bedurfte es stets einer besonderen Begründung, die nicht immer schlüssig war.[18]

Das vertragliche Leistungsstörungsrecht im Fall der Nichterfüllung war im Gegensatz zu den anderen Rechtsinstituten teilweise im Code civil geregelt. Allerdings waren die Vorschriften verstreut und missverständlich. Die Art. 1146 bis

---

[15] Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[16] Dazu Kapitel 2.
[17] Chambre civile, 8. März 1876, Commune de Pélissanne c./ Marquis de Galliffet, D. 1876.1.193; *Capitant/Terré/Lequette/Chénedé* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, S. 172 ff.
[18] Dazu Kapitel 3.

1155 Code civil aF regelten den Schadensersatz, die Art. 1183 und 1184 Code civil aF das Rücktrittsrecht. Weitere Rechtsbehelfe wie die Minderung oder die Einrede des nichterfüllten Vertrags waren jedoch nicht im Gesetz geregelt. Die Art. 1142 bis 1145 Code civil aF wurden zudem von der Rechtsprechung derart ausgelegt, dass die von dem Gesetzgeber vorgesehene Ausnahme der zwangsweisen Erfüllung in Natur zum Grundsatz gemacht wurde.[19]

Der Code civil war infolgedessen hinsichtlich drei Rechtsinstitute lückenhaft und obsolet. Der Gesetzgeber ist den einschlägigen Bedürfnissen nachgekommen und hat die folgenden Vorschriften erlassen: Art. 1112 bis 1112-2 Code civil regeln die vorvertragliche Phase, die *théorie de l'imprévision* wird in Art. 1195 Code civil beschrieben und anerkannt. Die Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung bekommen ein eigenes Unterkapitel und werden ausführlich in den Art. 1217 bis 1231-7 Code civil geregelt. Besonders wichtig ist zudem die neue Regelung zur *force majeure* in Art. 1218 Code civil. Bezüglich des Schadensersatzrechts ist zu beachten, dass eine zweite Reform[20] in Bearbeitung ist und somit mit der *ordonnance* vom 10. Februar 2016 nur teilweise Änderungen vorgenommen worden sind. Dementsprechend wird das neue Schadensersatzrecht überblicksweise unter dem Vorbehalt der neuen Reform vorgestellt.

2. Drei Ausnahmen wichtiger Grundsätze

Alle drei zur Analyse gewählten Rechtsinstitute stellen Ausnahmen wichtiger Grundsätze des Vertragsrechts dar.

Die vorvertragliche Phase folgt dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und der Verhandlungsfreiheit. Die Parteien sind nicht verpflichtet, Verträge abzuschließen, und sind grundsätzlich frei, Vertragsverhandlungen ohne Angabe eines Grundes abzubrechen. Auch muss sich der Verhandlungspartner grundsätzlich die für den Vertragsschluss entscheidenden Informationen selber beschaffen. Unter besonderen Umständen kann sich die abbrechende Partei jedoch schadensersatzpflichtig machen, was zur Anwendung des vorvertraglichen Leistungsstörungsrechts führt. Genauso stellt die *théorie de l'imprévision* eine bedeutende Ausnahme des Grundsatzes der Vertragsbindung dar. Das Gleiche gilt für die *force majeure*. Bei Nichtleistung des Schuldners stehen dem Gläubiger mehrere Rechtsbehelfe zur Verfügung. Allerdings kann sich der Schuldner von seiner Haftungspflicht exkulpieren, wenn er den Nachweis erbringen kann, dass die Leistungserbringung aufgrund der *force majeure* verhindert wurde.

Das Verständnis der Rechtsinstitute setzt somit die Darstellung der damit verbundenen Grundsätze zwingend voraus. Auch diese sind nicht von der Reform unberührt gelieben. Der französische Gesetzgeber hat insoweit inhaltliche Anpassungen vorgenommen und die Systematik sowie den Aufbau geändert.

---

[19] Dazu Kapitel 4.

[20] *Justizminister Jean-Jacques Urvoas*, Projet de réforme de la responsabilité civile vom 13. März. 2017, abrufbar unter: http://www.justice.gouv.fr. Siehe auch *Zwickel,* RIW 2017, 104 ff.

3. Drei auf europäischer und internationaler Ebene anerkannte Rechtsinstitute

Die Verspätung Frankreichs in Bezug auf die Kodifizierung der Rechtsinstitute wird noch dadurch verstärkt, dass jedes untersuchte Regelwerk über Regelungen verfügt, die diese drei Bereiche behandeln. Das Verschulden bei Vertragsverhandlungen (Art. 2.1.15 UPICC, Art. 2:301 PECL, Art. II.-3:301 DCFR, Art. 6 Abs. 2, 3 Gandolfi-Code), die Vertragsanpassung bei einer schwerwiegenden Umstandsänderung (Art. 6.2.2 ff. UPICC, Art. 6:111 PECL, Art. III.-1:110 DCFR, Art. 97 Abs. 1 Gandolfi-Code) und das vertragliche Leistungsstörungsrecht bei Nichterfüllung (Kapitel 7 der UPICC, Teil I und II, Kapitel 8 der PECL, Buch 3, Kapitel 3 des DCFR, Titel VIII, Erster und Dritter Abschnitt des Gandolfi-Code) sind drei der sowohl auf europäischer als auch auf internationaler Ebene anerkannten Grundsätzen.

Die zwar durchweg vorgenommene Behandlung der Rechtsinstitute bedeutet dennoch nicht, dass die Regelungen identisch sind. Die europäischen und internationalen Regelwerke weisen Unterschiede auf, die ihre jeweilige Besonderheit ausmachen.[21] Die Kodifikation und die daraus folgende vollständige Anerkennung der Rechtsinstitute setzten bereits ein Zeichen dafür, dass sich der französische Gesetzgeber von den europäischen und internationalen Regelwerken hat beeinflussen lassen. Inwieweit der Gesetzgeber den Regelwerken auch inhaltlich gefolgt ist und welches von ihnen besondere Auswirkungen auf das französische Vorhaben hatte, wird anhand eines umfassenden Rechtsvergleichs ermittelt.

4. Drei von der deutschen Schuldrechtsreform betroffene Rechtsinstitute

Die Parallelität der Vorgehensweise zwischen Deutschland und Frankreich zeigt sich erneut an den Eckpfeilern der beiden Reformen. Rückblickend prägen auch diese drei Themen die deutsche Schuldrechtsmodernisierung: die Einführung der Vorschriften über die *culpa in contrahendo* in §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB, den Wegfall der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB und die Schaffung eines neuen Leistungsstörungsrechts, das an die Pflichtverletzung anknüpft (§§ 275, 280 ff., 323 ff. BGB). Diese Änderungen wurden als Fortschritt und wichtiger Bestandteil der Schuldrechtsmodernisierung gesehen. Fünfzehn Jahre später hat Frankreich die gleichen Gebiete modernisiert. Es stellt sich angesichts der engen historischen Verbindung zwischen den beiden Staaten nicht nur die Frage nach dem Einfluss von europäischen und internationalen Regelwerken auf die französische Reform, sondern auch die Frage nach dem Einfluss Deutschlands auf den französischen Gesetzgeber und nach einer Annäherung der französischen an die deutsche Rechtslage.

[21] Zu den Entstehungsgeschichten und dem Verhältnis der Regelwerke untereinander siehe Kapitel 1 § 2.

II. Gang der Darstellung

Nach dem historischen Überblick über die Entwicklung der französischen Reform und der europäischen und internationalen Regelwerke wird anhand der rechtsvergleichenden Methodik die Annäherung bzw. die Entfernung der neuen französischen Rechtslage an die bzw. von den untersuchten Rechtsquellen erarbeitet. Jedes Rechtsinstitut wird in einem gesonderten Kapitel behandelt. In einem ersten Schritt wird die bisherige Rechtslage in Bezug auf die drei Rechtsinstitute geklärt. Ziel ist es, den Bedarf der Modernisierung und die Bedürfnisse der Gesellschaft hervorzuheben. Die neue Rechtslage wird mit Blick darauf dargestellt. Geprüft wird, ob der Gesetzgeber die Erwartungen erfüllt hat und ob Änderungen in der Rechtsprechung zu erwarten sind. Dies ermöglicht auch ein besseres Verständnis der neuen Rechtslage und der Beweggründe des Gesetzgebers. Durch die Darstellung von mitunter berühmten, jedenfalls wichtigen Entscheidungen der *Cour de Cassation* wird der Vergleich zwischen der alten und der neuen Rechtslage in Frankreich fallbezogen und praxisrelevant gezogen. Es wird durchwegs versucht, die Neuerungen für die Praxis herauszustellen und auf die möglichen Anwendungsprobleme hinzuweisen.

Die Schwierigkeiten und die Unsicherheit in der Rechtsanwendung, die eine neue Rechtslage notwendigerweise mit sich bringt, werden belegt. Anhand des Rechtsvergleichs mit den untersuchten Rechtsquellen wird sodann versucht, eine praxisorientierte und sachgerechte Lösung zu finden. Dabei werden die unterschiedlichen Regelungen der Regelwerke und des deutschen Rechts erklärt, kommentiert und mit dem neuen französischen Vertragsrecht verglichen. Dies wird eine Beantwortung der Fragestellung ermöglichen, da durch den Rechtsvergleich die Gemeinsamkeiten und die Unterschiede zu zeigen sind. Ziel ist es, mögliche Auslegungs- und Verständnisfragen der neuen französischen Vorschriften durch Heranziehung der europäischen und internationalen Regelwerke zu beantworten. Die detaillierte Analyse mag zusätzlich zu einer besseren Anwendbarkeit der Regelwerke in der Praxis und zur genaueren Kenntnis der Instrumente beitragen. Zum Abschluss des Rechtsvergleichs wird jeweils ein Fazit gezogen, um die wichtigsten Thesen in den Vordergrund zu stellen und die Schlüsselbegriffe zu pointieren.

Im Anhang der Untersuchung werden alte und neue französische Rechtsvorschriften gegenübergestellt, sowie die zum internationalen Rechtsvergleich herangezogenen Texte (UPICC, PECL, DCFR, Gandolfi-Code) abgedruckt, allerdings der besseren Übersichtlichkeit halber lediglich die untersuchten Grundregeln ohne die jeweils zugehörige offizielle Kommentierung.

Kapitel 1: Entstehungsgeschichte der untersuchten Rechtsquellen

„Toute révolution est une conquête.“[22] Die Reform des französischen Vertragsrechts war erwartet und erwünscht. In der Vergangenheit wurde mehrmals versucht, den Code civil zu reformieren. Bisher kam jedoch kein Projekt zustande. Kleine Änderungen wurden zwar aufgenommen, allerdings blieb das Vertragsrecht fast unberührt. Erst 2016 war es soweit, die wichtigste Reform des Vertragsrechts durchzusetzen. Wissenschaftler und Politiker waren am Entwurf beteiligt. Darüber hinaus war der europäische Impuls nicht zu unterschätzen. Nicht nur hat die Europäische Union eine Rolle gespielt, auch leisteten informelle europäische und internationale Regelwerke ihren Beitrag als Inspirationsquelle.

Um das Zusammenspiel der unterschiedlichen Rechtsquellen zu verstehen, ist zunächst erforderlich, sich einen Überblick über die Entstehungsgeschichte der untersuchten Rechtsquellen[23] zu verschaffen.

§ 1 Die Reform des französischen Vertragsrechts vom 10. Februar 2016

Am 1. Oktober 2018 ist das neue französische Vertragsrecht in Kraft getreten.[24] Grundlage für die Reform ist die *Ordonnance* vom 10. Februar 2016.[25] Der Darstellung der Entstehungsgeschichte der *Ordonnance* (I.) folgt die Beschreibung der Ziele des Gesetzgebers im Rahmen der Reform (II.).

I. Historie

Der Code civil ist im Jahre 1804 in Kraft getreten und ist bis 2016 abgesehen von kleineren Änderungen unverändert geblieben. Die Bedürfnisse der französischen Gesellschaft an die Rechtsordnung haben sich seit Beginn des 19. Jahrhunderts selbstverständlich geändert. Nicht nur sprachlich, sondern auch inhaltlich war der Code civil überholt. Es war dementsprechend erforderlich, eine umfassende Reform zu unternehmen. Dennoch war dieses Unterfangen in Frankreich besonders kompliziert. Zwischen Tradition und Modernisierung musste der Gesetzgeber einen Mittelweg finden.

---

[22] *Portalis*, Discours préliminaire du premier projet de Code civil, S. 1, 3.

[23] Da die Entstehungsgeschichte des BGB und insbesondere der deutschen Schuldrechtsreform bekannt ist, wird auf eine Darstellung verzichtet. Für weitere Literatur zur deutschen Schuldrechtsreform siehe: *Dauner-Lieb,* DStR 2001, 1572 ff.; *Lorenz,* NJW 2005, 1889 ff.; *Schulze/Schulte-Nölke* (Hg.), Die Schuldrechtsmodernisierung vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001; *Artz/Gsell/Lorenz* (Hg.), Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, 2014.

[24] Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (1). Der Text ist einsehbar auf https://www.legifrance.gouv.fr.

[25] Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Der Text ist einsehbar auf https://www.legifrance.gouv.fr.

A. Die gescheiterten Versuche einer Reform

1. 1904

Der erste Versuch einer Reform des Code civil geht auf das Jahr 1904 zurück. Um die Gründe des Scheiterns zu verstehen, muss der soziale und politische Kontext Frankreichs berücksichtigt werden.[26]

Nach der Depression zwischen 1873 und 1896 folgte in Frankreich eine Phase wirtschaftlichen Wachstums, von dem indes nicht die ganze Gesellschaft profitierte. Es gab eine Zwei-Klassen-Gesellschaft, in der die Unterschiede zwischen Reichen und Armen besonders groß waren. In dieser Zeitspanne entwickelten sich Gewerschaften und sie wurden stärker, was auch dazu führte, dass in der Arbeitswelt mehr Rechte beansprucht wurden. Gleichzeitig fand ein heftiger Religionskampf zwischen Kirche und Staat statt. Dieser wurde mit dem Gesetz vom 9. Dezember 1905[27] zugunsten der Laïzität beendet.

Die politische Lage in Frankreich war zu Beginn des 20. Jahrhunderts sehr instabil. Wiederholt gingen der Feier des 100-jährigen Bestehens des Code civil Skandale voran: die Affäre *Dreyfus*[28], der Rechtsstreit *Dautriche*[29], und der Fall „des fiches“[30] nahmen die Titelseiten ein, sodass das Jubiläum fast unbemerkt stattfand.

---

[26] Zum Folgenden siehe: *Niort*, Homo Civilis, Kapitel 1, S. 371-446; *Halpérin,* Histoire du droit privé français depuis 1804, Rn. 112 ff.

[27] Gesetz vom 9. Dezember 1905 bezüglich der Trennung von Kirchen und Staat abrufbar unter https://www.legifrance.gouv.fr.

[28] Der Fall *Dreyfus* ist ein juristischer und politischer Skandal, der die französische Gesellschaft zwischen 1894 und 1906 spaltete und darüber hinaus kontrovers blieb. Im Jahre 1894 wurde der Artillerie-Hauptmann *Alfred Dreyfus* wegen angeblichen Landesverrats zugunsten des Deutschen Reichs verurteilt. Ein zerrissenes anonymes Schreiben, das über eine Sendung von fünf geheimen militärischen Dokumenten Auskunft gab, wurde im Papierkorb des deutschen Militärattachés Oberstleutnant *Maximilian von Schwartzkoppen* gefunden. Nach Vergleich mit der Schrift von Dreyfus wurde der Artillerie-Hauptmann verdächtigt. Am 22. Dezember wurde er verurteilt und auf die Ile du Diable in Guyane verbracht. Die Verurteilung verursachte starke Reaktionen in der französischen Gesellschaft. Einige Schriftsteller und Journalisten verteidigten den Gefangenen. *Emile Zola* wandte sich sogar an den *Président* und veröffentlichte in der Zeitschrift L'Aurore am 13. Januar 1898 den berühmt gewordenen Brief „J'accuse…!“, in dem er die Verurteilung stark kritisierte. Andere – insbesondere antisemitische – Zeitschriften kritisierten den Artillerie-Hauptmann und attackierten ihn wegen seiner jüdischen Wurzeln. Nach heftiger Debatte sowohl auf politischer als auch gesellschaftlicher Ebene wurde der Fall *Dreyfus* im Jahre 1906 neu entschieden. Die *Cour de cassation* hob das ursprüngliche Urteil auf und *Dreyfus* wurde wieder in der Armee eingegliedert. Dazu: *Dreyfus,* Cinq années de ma vie, Fasquelle, 1962; *Bredin,* L'Affaire, Julliard, 1983.

[29] 1904. Erste Anhörung des Offiziers *Dautriche* vor der Strafkammer im Rahmen des Falles *Dreyfus*. Es folgte die Anhörung des Oberstleutnants *Rollin*, ehemaliger Chef des Nachrichtendiensts. Der Prozess endete mit einem Freispruch nach Aufgabe der Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft, was zu heftiger Kritik in der Presse führte. Dazu: Protokoll der Hauptverhandlung einsehbar auf https://gallica.bnf.fr.

[30] Zwischen 1900 und 1904 wurden Informationen über die Offiziere gesammelt und auf *fiche* erfasst. Der damalige Kriegsminister der General *Louis André* hatte dies angeordnet, um den Fortschritt der antiklerikalen Republikaner zu unterstützen. Ermittelt wurde vor allem, ob die Offiziere religiös waren, ob sie in die Kirche gingen, ob ihre Kinder eine katholische Schule besuchten. Anhand dieser Informationen wurden Offiziere bevorzugt, die säkulare oder nicht praktizierende Christen waren, während gläubige oder besonders nah zu der Kirche stehende Offiziere nicht gefördert wurden. Nachdem die Journalisten auf die Affäre aufmerksam gemacht hatten, folgte ein politischer Skandal in dem Parlament. Der Kriegsminister *André* und ihm folgend die Regierung *Combes* mussten zurücktreten. Dazu *Mollin,* La Vérité sur l'Affaire des Fiches, S. 1 ff.

Die französische Gesellschaft zeigte nicht besonders viel Interesse an dem Jubiläum. An der Feier vom 29. Oktober 1904 nahmen allerdings viele Juristen und Professoren, sogar der *Président de la République Loubet* und Justizminister *Vallé* teil. Die von Juristen gehaltenen Reden wurden zwar in der Zeitung *Le Temps*[31] veröffentlicht, blieben jedoch ohne Kommentierung. Es handelte sich daher eher um ein Jubiläum unter Juristen als um eine Feier ganz Frankreichs.[32] Die Begeisterung der Juristen war allerdings spürbar: Delegationen aus der ganzen Welt kamen zum Jubiläum. In den Reden wurde sowohl der Code civil als auch Frankreich zelebriert:

> „Je lève mon verre […] au génie de la France, dont le Code civil a été une des manifestations les plus pures et les plus lumineuses ; je bois à toutes les gloires de la France ! Qu'elle vive!"[33]

Dennoch mussten die Juristen zugeben: der Code civil passte nicht mehr zu der französischen Gesellschaft von 1904. Der Code civil war zeitlich überholt. Mit heute noch aktuellen Wörtern beschrieb *Baudouin* den Bedarf einer Modernisierung wie folgt:

> „Notre admiration, si grande qu'elle soit, ne nous aveugle pas toutefois au point de méconnaître les lacunes ou les archaïsmes de l'œuvre. À mesure que le temps marche, l'horizon s'élargit, des besoins nouveaux se manifestent, et c'est surtout en matière de législation que se fait sentir la nécessité d'adapter constamment, par de prudents coups de lime, la loi qui régit la Nation aux exigences nouvelles qui réclament leur satisfaction."[34]

Das Inkrafttretten des deutschen BGB im Jahre 1900 verstärkte den Eindruck von Archaismus des französischen Code civil und wurde als Gefahr für den weltweiten Einfluss Frankreichs gesehen.[35] Infolgedessen sammelten sich Juristen unter der im Jahre 1901 von *Saleilles* gegründete *Société d'études législatives*, die sich zum Ziel gesetzt hatte, die Reform des Code civil zu vereinfachen.[36] Die *Société* veröffentlichte zum Jubiläum ein Buch über den Code civil, das den damaligen Stand der Debatte zusammenfasste.[37] Alle führenden Stimmen waren sich einig, dass eine Re-

---

[31] Siehe Le centenaire du Code civil, *Le Temps* vom 30. Oktober 1904. Einsehbar auf: https://gallica.bnf.fr.
[32] *Niort*, Homo Civilis, Introduction à la deuxième partie, Rn. 25 ff.
[33] Rede des Schweizer Ministers *Lardy* in Paris am 29. Oktober 1904, *Baudouin,* Le centenaire du Code civil civil et le comité du centenaire, S. 69 f. (einsehbar auf: gallica.bnf.fr). Übersetzung: Ich erhebe mein Glas (…) auf das Genie Frankreichs, von dem der Code civil eine der reinsten und leuchtendsten Erscheinungsformen ist; ich trinke zu allen Ehren Frankreichs! Es lebe Frankreich!
[34] *Baudouin*, Le centenaire du Code civil et le comité du centenaire, S. 6 (einsehbar auf: gallica.bnf.fr). Übersetzung: Unsere Bewunderung, so groß sie auch sein mag, blendet uns nicht so sehr, dass wir die Lücken oder Archaismen des Werkes verkennen. Im Laufe der Zeit erweitert sich der Horizont, neue Bedürfnisse manifestieren sich, und vor allem im Bereich der Gesetzgebung wird die Notwendigkeit empfunden, das Gesetz, das die Nation regiert, ständig durch sorgfältige Feilstriche an die neuen Anforderungen anzupassen, die ihre Befriedigung verlangen.
[35] *Halpérin,* Histoire du droit privé français depuis 1804, Rn. 114.
[36] Art. 3 der Statute, Bulletin de la Société d'études législatives, 1901. Einsehbar auf: https://gallica.bnf.fr.
[37] *Société d'études législatives,* Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire, Neuauflage 2004.

form stattfinden musste. Während sich einige Juristen allerdings für eine umfassende Reform des Gesetzesbuchs aussprachen,[38] sahen andere keinen Bedarf für eine generelle, sondern befürworteten eine partielle Reform, da Rechtsprechung, Lehre und Praxis die Modernisierung schon selbst vorantrieben.[39] *Saleilles* schloß sich der ersten Ansicht an: Eine umfassende Reform des Code civil müsse stattfinden.[40] Zwar unterstütze er die Evolution der Vorschriften durch Rechtsfortbildung und Auslegung. Dem Richter müsse also ein breiter Auslegungspielraum beibehalten werden. Da jedoch diese Vorgehensweise alleine nicht mehr ausreiche, um die Mängel des Code civil von 1804 zu überwinden, müsse seiner Ansicht nach neue Regelungen kodifiziert werden.

Die *Société* vermochte es, den damaligen Justizminister *Vallé* zu überzeugen, eine Reform des Code civil in Gang zu setzen.[41] Am 3. Dezember 1904 entschied sich der Justizminister für den Einsatz einer „extraparlamentarischen Kommission", die er mit der Reform beauftragte. Die Kommission setzte mehr als achtzig Personen ein, die in sechs „Unterkommissionen" aufgeteilt wurden.[42] Die hohe Anzahl an Mitgliedern widersprach den Wünschen der Juristen.[43] Die Kommission arbeitete eng mit der *Société* zusammen, die in ihrem *Bulletin* die Arbeiten der Kommission veröffentlichte. Die *Société* wurde somit zum offiziellen Berichterstatter der Reform. Die Kommission konnte sich dem nicht entgegensetzen, da sie mangels finanzieller Mittel keine andere Wahl hatte, als die *Société* als ihren Zugang zur Fachöffentlichkeit zu akzeptieren.[44] Die Kommission unterstand dem Präsidenten der *Cour de Cassation Ballot-Beaupré*. Er fasste die Arbeitsrichtung mit folgenden Wortern zusammen:

> „Il ne s'agit pas de jeter à bas notre vieux Code pour en faire un nouveau. Il s'agit beaucoup plus de mettre en harmonie notre contrat social avec l'état social actuel."[45]

---

[38] Unter anderem *Larnaude,* Le Code civil et la nécessité de sa révision, in: *Société d'études législatives,* Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire, S. 901 ff.

[39] Unter anderem *Planiol,* Inutilité d'une Révision générale du Code civil, in: *Société d'études législatives,* Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire, S. 955 ff.

[40] Zum Folgenden: *Mathey,* Le Code civil et le développement du droit vus par Raymond Saleilles, in: *Lequette* (Hg.), Le Code civil: un passé, un présent, un avenir, S. 211 ff.

[41] *Halpérin,* Histoire du droit privé français depuis 1804, Rn. 114.

[42] Arrêté minitériel vom 3. Dezember 1904. Auflistung der Mitglieder in Bulletin de la Société d'études législatives, 1905, S. 91 ff.

[43] Der Justizminister rechtfertigte seine Entscheidung in der Eröffnungsrede vom 22. Dezember 1904, Bulletin de la Société d'études législatives, 1905, S. 181: „Il est d'usage de médire des grandes commissions et de prétendre que leur principal défaut est de ne pas aboutir. Un tel langage ne pourra avoir accès ici. J'ai déjà chargé trois commissions d'élaborer des projets de loi; toutes trois ont abouti. Je vous souhaite la même fortune.". Übersetzung: Es ist üblich, über größere Ausschüsse zu lästern und zu behaupten, ihre Hauptschwäche sei, nie erfolgreich zu Ende geführt zu werden. Eine solche Sprache wird hier nicht zugänglich sein. Ich habe bereits drei Kommissionen für die Ausarbeitung von Gesetzentwürfen eingerichtet, die alle drei erfolgreich waren. Ich wünsche Ihnen das gleiche Schicksal.

[44] *Niort,* Homo civilis, Teil 2, Kapitel 2, Rn. 66 ff. Siehe zum Beispiel Bulletin de la Société d'études législatives, 1906, S. 251 ff.

[45] Übersetzung: Es geht nicht darum, unseren alten Code wegzuwerfen und einen neuen zu schaffen. Vielmehr geht es darum, unseren Gesellschaftsvertrag in Einklang mit dem gegenwärtigen sozialen Zustand zu bringen.

Leider blieb die Kommission „im Sande stecken".[46] Es bleibt noch ungewiss, wann genau die Kommission zu arbeiten aufhörte. Sicher ist jedoch, dass niemals ein Entwurf der Regierung oder dem Parlament vorgestellt wurde. Sowohl juristische als auch politische und ideologische Gründe erklären das Scheitern der Reform.[47] Zunächst blieb die juristische Welt zum großen Teil konservativ. Nach der Revolution von 1789 hatten Juristen viel Macht und Einfluss verloren.[48] Schritt für Schritt erhielten sie in der Gesellschaft seiter wieder die Anerkennung, die sie im Ancien Régime genossen hatten. Insbesondere erlangten die Gerichte ihre frühere Autorität zurück und profitierten von einem breiten Auslegungsspielraum, der ihnen mit dem Code civil von 1804 gegeben wurde.[49] Infolgedessen sprachen sich die Gerichte gegen eine Änderung der Rechtslage aus. Dies erklärte auch, warum die Nominierung von *Ballot-Beaupré* als Präsident der Kommission nicht besonders gelungen war. Als damaliger Präsident der *Cour de Cassation* und Befürworter der Theorie von *Saleilles* unterstützte er durchaus eine Reform des Code civil, jedoch bevorzugte er eine evolutive Auslegung der Vorschriften, keine legislativen Änderungen.[50]

Weiterhin wurde in der Literatur befürchtet, dass die Begeisterung für die Analyse des Code civil in der Bearbeitung eines neuen Rechts verloren gehen würde und dass die Kodifizierung zur Versteinerung des Rechts führen könnte.[51] Ferner traf sich die Unterkommissionen nur sehr selten. Man sprach von *institutions fantômes*. Zudem fehlte das Vertrauen in die Legislative, unter anderem weil der Gesetzgeber in den Jahren zuvor binnen kurzer Zeit immer mehr Gesetze verabschiedet hatte.[52]

---

[46] Freie deutsche Übersetzung von *Carbonnier,* Droit civil Introduction, Rn. 81: „En 1904, le ministère de la Justice avait aussi réuni une Commission extraparlementaire […], mais trop nombreuse, chargée de litterateurs à la mode […], elle se perdit bientôt dans les sables."

[47] Zum Folgenden: *Niort,* Homo Civilis, Teil 2, Kapitel 2, Rn. 333 ff.; *Halpérin,* Histoire du droit privé français depuis 1804, Rn. 114.

[48] Ende des Anwaltszwangs für die Verteidigung vor Gericht mit dem Gesetz vom 2. September 1790 (das besagte, dass der Angeklagte vor der Strafkammer von einem „Freund" begleitet werden kann), Verlust der Machtstellung der Richter, die lediglich das Gesetz automatisch anwenden mussten, Schließung der Universitäten mit dem Gesetz vom 15. September 1793. Dazu siehe: *Niort,* Homo civilis, Teil 2, Kapitel 1, Rn. 153 ff.

[49] *Mathey,* Le Code civil et le dévelopement du droit vus par Raymond Saleilles, in: *Lequette* (Hg.), Le Code civil: un passé, un présent, un avenir, S. 211, 216; *Halpérin,* Histoire du droit privé français depuis 1804, Rn. 119. Siehe Art. 4 Code civil: „le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice." Übersetzung: Der Richter, der sich weigert, unter dem Vorwand des Schweigens, der Unklarheit oder des unzureichenden Gesetzes zu urteilen, kann als Täter einer Rechtsverweigerung verfolgt werden. Die Macht der Richter wurde auch mit dem Gesetz vom 1. April 1837 *relative à l'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation après deux pourvois* verstärkt.

[50] *Niort,* Homo civilis, Teil 2, Kapitel 2, Rn. 360 ff. Zur Theorie von Saleilles siehe *Saleilles,* Le Code civil et la méthode historique, in: *Société d'études législatives,* Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire, S. 97 ff.; *Niort,* Homo civilis, Teil 2 Kapitel 1, Rn. 236 ff.; *Halpérin,* Histoire du droit privé français depuis 1804, Rn. 121; *Mathey,* Le Code civil et le développement du droit vus par Raymond Saleilles, in: *Lequette* (Hg.), Le Code civil: un passé, un présent, un avenir, S. 211 ff.

[51] *Thaller,* Rapport sur la question de la révision du Code civil, in Bulletin de la Société d'études législatives, 1904, S. 472, 496 f.; *Planiol,* Inutilité d'une Révision générale du Code civil, in: *Société d'études législatives,* Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire, S. 955 ff.

[52] *Planiol,* Inutilité d'une Révision générale du Code civil, in: *Société d'études législatives,* Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire, S. 962: „depuis 1890, [le législateur] abuse de sa fécondité pour entasser lois sur lois."

Der Nachfolger von *Baudouin* im Vorsitz der *Société*, der *bâtonnier Bardoux*, erklärte, dass der gemeinsame Makel der modernen Gesetze ihre Überstürztheit sei.[53] Selbst *Saleilles* hatte einen Zeitraum von zehn Jahren für die Reform des Code civil vorgesehen.[54]

Politisch betrachtet war es schwieriger geworden, die Reform durchzuführen.[55] Nach der relativen Stabilität im Parlament zwischen 1899 und 1904 kam es dort erneut zu Problemen. Zusätzlich scheiterte der Minister *Combes* im Januar 1905 und *Vallé*, der die Reform befürwortete, wurde durch *Chaumié* unter der neuen Regierung von *Rouvier* ersetzt, die ein Jahr später wieder aufgelöst wurde. Dieser ständige Wechsel war nicht sonderlich hilfreich für die Durchsetzung einer Reform. Ferner wuchs der juristische Nationalismus in der Gesellschaft, das Beispiel Deutschlands durfte nicht mehr herangezogen werden. *Saleilles*, der sich besonders für die deutsche Lösung und für eine Seitenblick auf das BGB eingesetzt hatte, musste etwa zurücktreten und sich rechtfertigen.[56] Diese patriotische und nationalistische Betrachtungsweise erschwerte den gesamten Vorgang. Zudem traten die liberalen Kräfte gegen die Reform ein. Sie wehrten sich gegen die Einmischung von Juristen in den Markt.[57] Auch die katholischen Interessenvertreter stellten sich gegen eine auch hier befürchtete säkulare Intervention des Staates.[58]

All dies führte dazu, dass die Reform nicht zustande kam. Erst vierzig Jahre und zwei Weltkriege später wurde das Thema wieder aktuell.

2. 1945

Im Kontext der *Libération* nach dem Zweiten Weltkrieg stellte sich erneut die Frage nach einer Reform des Code civil. Der Wille, die Gesellschaft zu reformieren, gar eine bessere Welt aufzubauen, war vorhanden.[59] Mit dem *décrêt* vom 7. Juni 1945 setzte General *De Gaulle* eine neue Kommission, die *Commission de réforme du*

---

[53] *Bardoux*, Bulletin de la Société d'études législatives, 1907, S. 30: „Mais le seul moyen d'éviter les désillusions, les regrets, les désastres, c'est éviter le défaut, je devrais dire la tare commune des lois modernes: la précipitation. Ne regrettons donc pas la lenteur avec laquelle nos discussions sont conduites. Cette lenteur n'est ici qu'une heureuse prudence." Übersetzung: Aber der einzige Weg, Ernüchterung, Bedauern und Katastrophe zu vermeiden, ist, die Schwäche zu vermeiden, ich sollte eher sagen, den gemeinsamen Makel moderner Gesetze: die Überstürzung. Wir dürfen die Langsamkeit, mit der unsere Diskussionen geführt werden, nicht bedauern. Diese Langsamkeit ist hier nur eine erfreuliche Vorsicht.

[54] *Saleilles*, Bulletin de la Société d'études législatives, 1906, S. 251, 274.

[55] Zum Folgenden *Niort,* Homo civilis, Teil 2, Kapitel 2, Rn. 370 ff.

[56] *Niort,* Homo civilis, Teil 2, Kapitel 2, Rn. 372; *Thaller*, L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles, Avant-propos, S. 28: „Surtout qu'on ne lui reproche pas son germanisme ! Il a écrit un certain nombre de ses pages à l'allemande. Il a importé en France des théories allemandes, en quoi il a rendu un inappréciable service. Mais c'est le perfectionnement du droit français, par des procédés français, qu'il a poursuivi, sans prendre sur ce terrain-là ses moyens d'action en Allemagne." Übersetzung: Vor allem darf man ihm nicht seinen Germanismus vorwerfen ! Er schrieb eine Reihe seiner Seiten auf deutsche Art. Er importierte deutsche Theorien nach Frankreich, wo er einen unschätzbaren Dienst leistete. Aber es war die Verbesserung des französischen Rechts durch französische Methoden, die er verfolgte, ohne auf diesem Gebiet Handlungsmöglichkeiten aus Deutschland zu übernehmen.

[57] *Niort,* Homo civilis, Teil 2, Kapitel 2, Rn. 364.

[58] *Niort,* Homo civilis, Teil 2, Kapitel 2, Rn. 365 ff.

[59] Zum Folgenden *Niort,* Homo civilis, Introduction à la troisième Partie, Rn. 19 ff.; *Halpérin,* Histoire du droit privé français depuis 1804, Rn. 196 ff.

Code civil, ein[60] und beauftragte sie mit der Erarbeitung eines neuen Code civil. Der Vorsitzende der Kommission war der Professor *Léon Juilliot de la Morandière*.[61] Auch wenn der Wille zu einer Reform vorhanden war, musste *Juilliot de la Morandière* versuchen, einen Mittelweg zu finden zwischen den unterschiedlichen juristischen und politischen Bestrebungen.[62] Die Mehrheit der Mitglieder des Parlaments waren Sozialisten. Sie sahen das Recht als geeignetes Instrument zur Erreichung sozialer Zwecke an, weshalb auch die Arbeit am Reformwerk diesem Zweck dienen sollte.[63] Sie sprachen sich für die Reform aus und wollten die traditionellen individualistischen Institutionen des Code civil durch soziale und schützende Rechtsinstitute ersetzen.[64] Hingegen fürchtete eine eher konservative politische Bewegung des politischen Spektrums eine ständige Infragestellung des Code civil.[65] Innerhalb dieser Gruppe fanden sich einige Politiker, die eine vermittelnde Ansicht vertraten. Sie befürworteten eine Modifizierung des Arbeitsrechts, lehnten jedoch eine Reform des Familienrechts ab.[66] Die Haltung einer dritten und der damit letzten relevanten Interessengruppe entsprach inhaltlich den Theorien von *Saleilles*: Die Vertreter dieser Ansicht wollten die Diskrepanz zwischen geschriebenem und positivem Recht beenden und sahen in der Kodifikation die Lösung hierzu.[67]

Juilliot de la Morandière hatte somit die schwierige Aufgabe, diese Ansichten in Einklang zu bringen.[68] Die Kommission setzte sich aus zwölf Juristen und einem Sekretariat zusammen. Zu Beginn der Arbeit hatte sie vier Unterkommissionen, die sich jeweils mit einem Bereich befassten.[69] Nach der Arbeit innerhalb der Unterkommission wurde der Text nochmal mit allen der Kommission angehörigen Juristen diskutiert. Dies führte jedoch dazu, dass die Arbeit nicht vorankam. Infolgedessen wurde später auf die Unterkommissionen verzichtet.[70] Die Kommissionsmitglieder konnten zwar schneller arbeiten, jedoch wurde jedes Thema nur einzeln behandelt. Die Arbeit der Kommission wurde zwischen 1946 und 1955 jährlich veröffentlicht,[71] und zwei Entwürfe wurden sogar erfolgreich erarbeitet. Das erste Reformprojekt und sein Bericht wurden am 20. Dezember 1953 dem Justizminister

[60] Décrêt n° 45-1194 du 7 juin 1945 portant création d'une commission de réforme du code civil.
[61] Arrété du 8 juin 1945 nomination de membres de la commission de réforme du code civil. Zur Person: *David,* Léon Julliot de la Morandière (1885-1968), RIDC 1969, 403 ff.
[62] Zum Folgenden *Niort,* Homo civilis, Introduction à la troisième Partie, Rn. 19 ff., 47 ff.
[63] *Niort,* Homo civilis, Introduction à la troisième Partie, Rn. 55.
[64] *Niort,* Homo civilis, Introduction à la troisième Partie, Rn. 56 ff.
[65] *Halpérin,* Histoire du droit privé français depuis 1804, Rn. 201 m.w.N.
[66] *Niort,* Homo civilis, Introduction à la troisième partie, Rn. 63 m.w.N.
[67] *Niort,* Homo civilis, Introduction à la troisième partie, Rn. 65 f. m.w.N.
[68] *Foyer,* Le Code civil de 1945 à nos jours, in: Le Code civil, 1804-2004 Livre du bicentenaire, S. 275, 278; *Halpérin,* Histoire du droit privé français depuis 1804, Rn. 197.
[69] *Houin,* RIDC 1956, 9, 12; *Foyer,* Le Code civil de 1945 à nos jours, in: Le Code civil, 1804-2004 Livre du bicentenaire, S. 275, 277 f.
[70] *Houin,* RIDC 1956, 9, 14; *Niort,* Homo civilis, Introduction à la troisième partie, Rn. 89.
[71] *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, Bd 1 (1945-1946), Bd 2 (1946-1947), Bd 3 (1947-1948), Bd 4 (1948-1949), Bd 4 (1949-1950), Bd 6 (1950-1951), Bd 7 (1951-1952), Bd 8 (1952-1953), Bd 9 (1953-1955).

übergeben.[72] In dem Bericht erklärte der Vorsitzende die Beweggründe der Kommission. Zum einen war es der Kommission wichtig, die Diskrepanz zwischen Wortlaut und tatsächlicher Anwendung zu beheben. Der Bedarf an mehr Klarheit wurde wie folgt beschrieben:

> „Le citoyen qui veut connaître ses droits ne peut plus se fier au Code. […] Il faut rendre au Code sa vraie fonction, qui est de contenir dans sa loi, la réalité du droit."[73]

Die zweite Motivation bestand darin, das Recht durch eine Umstrukturierung zu vereinfachen. Unter anderem hatte *Juilliot de la Morandière* vorgeschlagen, einen *grand code de droit privé* zu schaffen, der sowohl das Zivil- als auch das Gesellschaftsrecht umfasste.[74] Dies kam jedoch nicht zustande. Das zweite Reformprojekt wurde 1961 übergeben.[75] Jedoch wurde auch dieses niemals umgesetzt. Im Jahre 1963 verlangte der Vorsitzende schließlich die Auflösung der Kommission.[76]

Sowohl politische als auch juristische Gründe erklären das Scheitern der Reform.[77] Die politische Landschaft nach dem Zweiten Weltkrieg bildete keine optimale Grundlage für eine Reform. Insbesondere im Jahre 1951 befand sich Frankreich in einer politisch sehr instabilen Phase.[78] Als *Juilliot de la Morandière* das zweite Reformprojekt vorschlug, war schon die Verfassung der V. Republik in Kraft[79] getreten, sodass sich die gesamte politische Lage durch die Etablierung einer neuen Republik erneut geändert hatte. Zusätzlich befand sich Frankreich noch in Algerien im Krieg,[80] was dazu führte, dass die Politiker keine große Debatte beginnen wollten. Auch der den Politkern bewusste Umstand, dass der Code civil für viele Franzosen ein Symbol von Stabilität war, die über die Änderungen der politischen Ordnung hinausgriff, hemmte den Reformwillen.[81]

Zu diesen politischen Gründen sind noch juristische zu nennen. Die Kommission wurde von der juristischen Welt nur wenig unterstützt.

---

[72] Veröffentlicht in Avant-projet de Code civil présenté à M. le Garde des sceaux, ministre de la Justice. Première partie, Livre préliminaire. Livre premier. Des personnes physiques et de la famille par la Commission de réforme du Code civil, 1955.
[73] Übersetzung: Ein Bürger, der seine Rechte kennen will, kann sich nicht mehr auf dem Code verlassen. […] Man muss dem Code seine wirkliche Funktion zurückgeben, die darin besteht, in seinem Gesetz, die Wirklichkeit des Rechts zu enthalten.
[74] *Houin,* RIDC 1956, 9, 17; *Niort,* Homo civilies, Introduction à la troisième partie, Rn. 97 ff.
[75] Veröffentlicht in Avant-projet de code civil présenté à M. le Garde des sceaux, Ministre de la justice par la Commission de réforme du code civil, deuxième partie, livre II, 1961.
[76] *Foyer,* Le Code civil de 1945 à nos jours, in *Lequette* (Hg.), Le Code civil: un passé, un présent, un avenir, S. 275, 279.
[77] Zum Folgenden *Niort,* Homo civilis, Introduction à la troisième Partie, Rn. 162 ff.
[78] Kontext des kalten Kriegs, Koreakrieg und Indochinakrieg; 28. Februar 1951: Regierungsturz; 9. März 1951: Rücktritt von dem Ratpräsident *René Pleven*; 10. Juli 1951: neuer Regierungsturz. Dazu: *Foyer,* Le Code civil de 1945 à nos jours, in: Le Code civil, 1804-2004 Livre du bicentenaire, S. 275, 278; *Rouvillois,* Les origines de la V^{e} République, S. 7 ff.; *Rousseau,* La V^{e} République se meurt, vive la démocratie, S. 21 ff.; *Contantinesco/Pierré-Caps,* Droit constitutionnel, S. 156 ff., Rn. 182 ff.
[79] Die V. République begann am 5. Oktober 1958, als die Verfassung in Kraft trat.
[80] Von 1. November 1952 bis 9. September 1962.
[81] *Niort,* Homo civilis, Introduction à la troisième partie, Rn. 176.

> „[…] Un code nouveau n'est vraiment utile que s'il faut fixer pour quelque temps le droit d'un pays qui vient de traverser une crise et qui prévoit une longue période de calme. Or, à l'heure actuelle, nous sommes en pleine crise morale, politique et économique et il n'y a pas des esprits sur aucune solution. On ne codifie pas un droit en pleine évolution."[82]

Nach diesem Misserfolg entschied Justizminister *Jean Foyer*, die Methode zu wechseln. Der Code civil sollte nun Stück für Stück geändert werden. Dies geschah im Familienrecht[83], Erbrecht[84] und Kreditsicherungsrecht[85], um nur einige Beispiele zu nennen.[86] Hingegen blieb das Vertragsrecht unverändert. Die Politiker wollten sich aus mehreren Gründen nicht mit diesem Rechtsgebiet befassen. Zum einen hätten sie keine Unterstützung von Unternehmensseite bekommen. Eine Reform bringt unumgänglich Unsicherheit mit sich. Da es sowohl Entwürfe als auch jahrzehntelanger Diskussionen bedarf, wollte die Unternehmerschaft eher den S*tatus quo* behalten als grundlegenden Änderungen ausgesetzt zu sein.[87] Zum anderen hatte sich das französische Vertragsrecht dank der richterlichen Rechtsfortbildung weiterentwickelt.

> „L'immobilisme de la lettre du Code contrastait ainsi avec l'évolution que le droit des obligations avait pu connaître."[88]

Zwar war der politische Wille, eine Reform des Vertragsrechts durchzuführen, nicht von Anfang an präsent. Jedoch war der Bedarf weiterhin vorhanden, den Code civil zu modernisieren.[89] Wie im Jahre 1904 und 1945 stellte man folgende Probleme fest: Die Diskrepanz zwischen geschriebenem Recht und richterlicher Rechtsfortbildung konnte nicht mehr geleugnet werden. Die Rechtsprechung war es nämlich gewohnt, den Wortlaut des Gesetzes weit auszulegen.[90] Dies führte auch dazu, dass das französische Recht für ausländische Unternehmen nicht mehr attraktiv war, da es – auch im Rahmen des Möglichen – nicht durch Lektüre des Code civil zu verstehen war. Vielmehr musste eine im Vergleich zu anderen Kodifikationen tiefere Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung erfolgen, um sich einen Über-

---

[82] *Ripert/Boulanger/Planiol,* Traité de droit civil, Tome premier, S. 65, Rn. 135. Übersetzung: Ein neues Gesetzbuch ist nur dann wirklich nützlich, wenn das Recht eines Staates, der gerade eine Krise durchlebt hat und eine lange Zeit Ruhe vorsieht, für einige Zeit fixiert werden muss. Zurzeit befinden wir uns jedoch inmitten einer moralischen, politischen und wirtschaftlichen Krise, und es gibt keinen Verstand für eine Lösung. Man kodifiziert kein sich entwickelndes Recht.

[83] Gesetz Nr. 65-570 vom 13. Juli 1970 über eheliches Güterrecht; Gesetz Nr. 75617 vom 11. 1975 und Gesetz Nr. 2004-439 vom 26. Mai 2004 über die Scheidung.

[84] Gesetz Nr. 2006-728 vom 23. Juni 2006 über Erbschaften und andere Zuwendungen.

[85] Verordnung Nr. 2006-346 vom 23. März 2006 über Kreditsicherungsrecht.

[86] *Foyer,* Le Code civil de 1945 à nos jours, in: Le Code civil, 1804-2004 Livre du bicentenaire, S. 275, 282 ff.

[87] *Chantepie/Latina* (Hg.)*,* Commentaire théorique et pratique, Rn. 6.

[88] *Chantepie/Latina* (Hg.)*,* Commentaire théorique et pratique, Rn. 6. Übersetzung: Die Fortschrittfeindlichkeit des Code civil stand somit im Gegensatz zu der Entwicklung, die das Schuldrecht erfahren hatte.

[89] Zum Folgenden siehe: *Rapport au Président de la République* betreffend die *Ordonnance*. Der *rapport* ist im Internet abrufbar unter https://www.legifrance.gouv.fr.

[90] *Chantepie/Latina* (Hg.)*,* Commentaire théorique et pratique, Rn. 8 f.

blick zu verschaffen, was sowohl französische und als auch ausländische Unternehmen Zeit und Geld kostete. Laien konnten ohne Hilfe ihre Rechte und Pflichten nicht mehr nachvollziehen, denn der Wortlaut des Code civil war, im Bruch mit seinem historischen Anspruch, unverständlich geworden.

Es war also nach über 200 Jahren Zeit, Änderungen vorzunehmen. Der Gesetzgeber brauchte aber noch einen Impuls, um eine Reform in Gang zu setzen.

B. Impulse durch die Europäische Union

Die Europäische Union hat in zweierlei Hinsicht dazu beigetragen, den Reformprozess zu beschleunigen. 1992 begann zum einen eine Welle von Neukodifikationen.[91] Zuerst in den Niederlanden[92], dann in Deutschland, weiter in Schottland[93] und Spanien[94], um nur einige Beispiele zu nennen. Auch mehrere Länder in Osteuropa waren mit einer Reform ihres Obligationenrechts befasst.[95] Gründe für diese Reformbegeisterung waren politischer und ökonomischer Art.[96] Der Übergang zu einer Marktwirtschaft in Osteuropa brachte den Bedarf mit sich, ein modernisiertes Recht einzufügen; die westeuropäischen Obligationenrechte mussten sich hingegen den neuen Herausforderungen anpassen. Zudem veränderte sich das Vertragsrecht auf internationaler Ebene schnell, was nicht ohne Einfluss auf die nationalstaatliche Kodifikationswelle war. In diesem Kontext bestand die Gefahr für Frankreich, mit einem alten und überholten Code civil zurückzubleiben.[97]

Die Europäische Union bringt zudem während der Verhandlungen zu Richtlinien und Verordnungen die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten miteinander in einen Wettbewerb.[98] Die Europäische Union hat sich insbesondere schon früh mit dem Bereich des Vertragsrechts auseinandergesetzt. Ziel war, anhand von Richtlinien und Verordnungen die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu harmonisieren und den Binnenmarkt zu stärken, Art. 26, 114 ff. AEUV. Auch für Deutschland war die Europäische Union ein Motor der Schuldrechtmodernisierung. Die Umsetzung der

---

[91] Siehe dazu: *Schulze/Zoll* (Hg.), The Law of Obligations in Europe: A New Wave of Codifications, Sellier, 2013.
[92] *Hondius/Keirse,* Does Europe go Dutch? The Impact of Dutch Civil Law on Recodification in Europe, in: *Schulze/Zoll* (Hg.), The Law of Obligations in Europe, S. 303 ff.
[93] *MacQueen*, The Law of Obligations in Scots Law, in: *Schulze/Zoll* (Hg.), The Law of Obligations in Europe, S. 213 ff.
[94] *Picón,* The Spanish Obligation and Contract Law and the Proposal for its Modernisation, in: *Schulze/Zoll* (Hg.), The Law of Obligations in Europe, S. 397 ff.
[95] Dazu *Schulze,* Propos introductifs d'un point de vue extérieur in: *Schulze/Wicker/Mäsch/Mazeaud,* La réforme du droit des obligations en France, 5ème journées franco-allemandes, S. 16 f.; *Schulze,* Changes in the Law of Obligations in Europe, in: *Schulze/Zoll* (Hg.), The Law of Obligations in Europe, S. 3 ff.
[96] Zum Folgenden *Schulze,* Propos introductifs d'un point de vue extérieur in: *Schulze/Wicker/Mäsch/Mazeaud,* La réforme du droit des obligations en France, 5ème journées franco-allemandes, S. 17.
[97] *Boucard,* La réforme, de la doctrine à l'ordonnance in *Schulze/Wicker/Mäsch/Mazeaud,* La réforme du droit des obligations en France, 5ème journées franco-allemandes, S. 28.
[98] *Boucard,* La réforme, de la doctrine à l'ordonnance in *Schulze/Wicker/Mäsch/Mazeaud,* La réforme du droit des obligations en France, 5ème journées franco-allemandes, S. 29.

Richtlinie bezüglich bestimmter Aspekte des Verbrauchergüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter[99] hatte den Gesetzgeber darin bestärkt, die Reform des BGB durchzuführen, die im Jahre 2002 in Kraft trat.[100]

Die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in Bezug auf das Zivilrecht begann mit der Richtlinie betreffend die Produkthaftung[101] und betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen[102] im Jahre 1985. Ab diesem Zeitpunkt wurden der Europäische Rat und das Europäische Parlament im Bereich des Verbraucherschutzes sehr aktiv.[103] Dies hat Frankreich dazu gebracht, sich Gedanken über seinen europäischen Einfluss zu machen. Der Code civil wurde in den Verhandlungen nicht mehr als Vorbild genommen. Vielmehr wurde das deutsche Recht herangezogen, das viel jünger und moderner war.[104]

Schließlich werden seit September 2003 jährlich von der Weltbank sog. Doing Business Berichte veröffentlicht.[105] Es handelt sich um eine weltweite Klassifizierung von nationalen Wirtschafts- und Rechtsordnungen. Laut dem ersten Bericht sind Staaten mit einer „French *civil law* tradition“[106] wirtschaftlich schlechter gestellt als solche mit einem Common-Law-System. Dies hat in Frankreich zu starken Reaktionen geführt.[107] Gleichzeitig gab dies jedoch Anlass, eine Reform in Gang zu setzen. Im Jahre 2004 versprach der damalige *Président* Jacques Chirac eine umfassende Reform.[108] Daraufhin veröffentlichte die Lehre mehrere Entwürfe und leistete damit einen wesentlichen Beitrag in der Durchführung der Reform.

C. Der Beitrag der Lehre

Die Begeisterung an einer Reform des Code civil war anfänglich groß und die Wissenschaft bemühte sich, Vorschläge zu machen. Daraus entstand ein heftiger Kampf

---

[99] Richtlinie 1999/44/EG vom 25. Mai 1999.
[100] Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001, BGBl. I, S. 3138 ff.
[101] Richtlinie 85/374/EWG vom 25. Juli 1985.
[102] Richtlinie 85/577/EWG vom 20. Dezember 1985. Nun aufgehoben und ersetzt durch Richtlinie 2011/83/EU vom 25. Oktober 2011.
[103] Vgl. Richtlinie 90/314/EWG vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen (Nun aufgehoben und ersetzt durch Richtlinie (EU) 2015/2301 vom 25. November 2015), Richtlinie 94/47/EG zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien (nun aufgehoben ersetzt durch 2008/122/EG vom 14. Januar 2009), Richtlinie 97/7/EG vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Nun aufgehoben und ersetzt durch Richtlinie 2011/83/EU vom 25. Oktober 2011). Für eine weitere Auflistung siehe *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 11, Fn. 2 ff.
[104] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 13.
[105] Abrufbar unter www.doingbusiness.org.
[106] Doing Business Report, September 2003, S. 21: „Countries in the French civil law tradition take the longest time and have the most procedures and highest cost.“
[107] Vgl kritisch: *Vatinet*, RTD civ. 2006, 845; *Association Henri* Capitant, Réponse de l’Association Henri Capitant aux Rapports « Doing Business » de la Banque mondiale, abrufbar unter http://www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/rapports_doing_business/Les_droits_de_tradition_civiliste_en_question.pdf; *Rapport au Président de la République* betreffend die *Ordonnance; Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 28.
[108] Rede von Jacques Chirac, Colloque de célébration du bicentenaire du Code civil, abrufbar unter http://www.jacqueschirac-asso.fr/archives-elysee.fr/elysee/elysee.fr/francais/interventions/discours_et_declarations/2004/mars/fi001514.html

zwischen zwei konkurrierenden Vorschlägen, zum einen dem Reformprojekt *Catala*, zum anderen dem Reformprojekt *Terré.*

1. Das Reformprojekt *Catala* im Jahre 2005

Das Reformprojekt *Catala* wurde im September 2005 veröffentlicht.[109] Unter Leitung von Professor *Pierre Catala* schlugen Wissenschaftler[110] eine Reform mehrerer Bereiche des Zivilrechts vor, namentlich des allgemeinen Vertragsrechts, der zivilrechtlichen Haftung, des allgemeinen Schuldrechts und des Verjährungsrechts. Umfassend, aber konservativ: Die Reform solle kein Bruch sein, sondern nur eine Anpassung.[111] In diesem Sinne kodifizierten die Bearbeiter des Reformprojekts *Catala* die ständige Rechtsprechung und modernisierten den Gesetzeswortlaut. Auf europäische oder internationale Regelwerke wurde mit Bedacht kein Bezug genommen.[112] Die Gruppe wollte erklärtermaßen nicht, dass Frankreich seine Identität verliert, um seinen Platz auf internationaler Ebene wiederzuerlangen.[113]

Das Reformprojekt hatte jedoch keinen umfassenden Erfolg. Eine Arbeitsgruppe der *Cour de Cassation* unter der Leitung des Vorsitzenden *Canivet* zog eine gemischte Bilanz zum Projekt.[114] Dies war überraschend, da das Reformprojekt insbesondere auf der Rechtsprechung beruhte.[115] Das Projekt wurde dennoch als Grundlage für die Reform des Verjährungsrechts im Jahre 2008 verwendet.[116] Ob und gegebenenfalls inwieweit die Vorschläge der *Catala*-Arbeitsgruppe für die Reform des Vertragsrechts herangezogen worden sind, wird Teil der hier vorzulegenden Untersuchung sein.

2. Das Reformprojekt *Terré* im Jahre 2009

Ein Jahr nach der Reform des Verjährungsrechts wurde mit dem Reformprojekt *Terré* ein Gegenprojekt veröffentlicht. Die gewählte Ausgangslage stand in komplettem Widerspruch zum Reformprojekt *Catala*. Die Arbeitsgruppe unter der Leitung von *François Terré* legte die Annahme zu Grunde, dass das französische Recht

[109] *Catala* (Hg.), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La Documentation française, 2005.
[110] Für eine Auflistung siehe *Catala* (Hg.), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La Documentation française, 2005, S. 9 f.
[111] *Catala,* Présentation général de l'avant-projet, in *Catala* (Hg.), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La Documentation française, 2005, S. 13.
[112] *Catala,* Présentation général de l'avant-projet, in *Catala* (Hg.), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La Documentation française, 2005, S. 15 f.
[113] *Boucard,* La réforme, de la doctrine à l'ordonnance in *Schulze/Wicker/Mäsch/Mazeaud* (Hg.)*,* La réforme du droit des obligations en France, 5ème journées franco-allemandes, S. 30.
[114] Bericht der Arbeitsgruppe der Cour de Cassation betreffend des Vorprojekts über eine Reform des Schuldrechts und der Verjährung vom 15. Juni 2007. Abrufbar unter www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/groupe_travail_10699.html.
[115] *Boucard,* La réforme, de la doctrine à l'ordonnance in *Schulze/Wicker/Mäsch/Mazeaud* (Hg.)*,* La réforme du droit des obligations en France, 5ème journées franco-allemandes, S. 31.
[116] Gesetz Nr. 2008-561 vom 17. Juni 2008.

sich an die europäischen Regelwerke annähern sollte, um dadurch wieder ein Vorbild auf internationaler Ebene zu werden.[117] Das Projekt versuchte eine Brücke zwischen der französischen Rechtstradition und einer Erneuerung der Rechtskonzepte zu schlagen.[118]

Infolgedessen ist ein Einfluss der europäischen und internationalen Regelwerke auf das Reformprojekt erkennbar. Die Arbeitsgruppe nahm Bezug auf vier Quellen: die *Unidroit Principles of International Commercial Contract*, die *Principles of European Contract Law*, der *Draft Common Frame of Reference* und das *Avant-Projet de Code européen des Contrats de Pavie*. Jede vorgeschlagene Vorschrift wird kommentiert und im Lichte der Regelwerke erklärt und verglichen.

Die vier wesentlichen Änderungen, die das Reformprojekt vorschlug und die zu heftigen Debatten führten, sind die Abschaffung der *cause*[119], die Kontrolle missbräuchlicher Klauseln[120], die Anpassungsmacht des Richters bei Störung des vertraglichen Gleichgewichts[121] und bei wesentlichem Ungleichgewicht im Vertrag bei Ausnutzung einer Zwangslage[122].

Auf Grundlage dieser zwei gegensätzlichen Reformprojekte begann die *Chancellerie* zu arbeiten.

3. Die Bearbeitung der Reformprojekte durch die *Chancellerie*

Im Jahre 2008 kündigte die *Chancellerie*, das Justizministerium, an, dass die Reform des Schuldrechts in mehreren Teilen erfolgen wird. Nach der Reform des Verjährungsrechts sollte das allgemeine Vertragsrecht, dann das allgemeine Schuldrecht und der Beweis von Schuldverhältnissen, zum Schluss die zivilrechtliche Haftung bearbeitetet werden.[123] Die Erarbeitung der Projekte wurde dem *bureau du droit des obligations*[124] übertragen, das entschied, mit der Reform des allgemeinen Vertragsrechts zu beginnen. Zu beachten ist, dass die Werke der *Chancellerie* nie offiziell veröffentlicht worden sind. In der Rechtswissenschaft und Literatur waren allerdings die Leitlinien widerzufinden.[125]

Die *Chancellerie* schlug drei Fassungen der Reform vor, bevor im Jahre 2015 ein endgültiges Projekt veröffentlicht wurde. 2008 fand ein Colloquium statt, auf dem die erste Version der Reform diskutiert wurde.[126] Diese Version hatte nur teilweise

---

[117] *Chantepie/Latina,* Commentaire théorique et pratique, Rn. 17.
[118] *Bien/Borghetti*, Vorwort und Einführung in das Tagungsthema, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. VIII.
[119] *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 198ff. Zur Debatte: *Aynès,* La cause, inutile et dangereuse, Droit et Patrimoine, Nr. 240, 1. Oktober, 2014; *Mazeaud,* La cause pour que survive la cause, en dépit de la réforme!, Droit et Patrimoine, Nr. 240, 1. Oktober 2014.
[120] Art. 67 Reformprojekt *Terré.*
[121] Art. 92 Reformprojekt *Terré.*
[122] Art. 66 Reformprojekt *Terré.*
[123] Zum Folgenden siehe *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 19 ff.
[124] Übersetzung: Büro des Schuldrechts.
[125] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 19 ff.; *Ghozi/Lequette*, D. 2008, 2609, Rn. 1. Für die Besprechung der ersten Fassung siehe RDC 2009, N°1.
[126] Die Zusammenfassung der Debatten und Vorträge sind in der Zeitschrift *Revue des Contrats* (2009) zu finden.

Erfolg. Sie beruhte auf dem Reformprojekt *Catala* und befürwortete eher ein *stand by* als eine Revolution. Die Debatten drehten sich um zwei wesentliche Themen. Zum einen wurde über die Einführung eines einleitenden Kapitels mit der Auflistung von Grundprinzipien diskutiert. Während sich einige Autoren dafür aussprachen, die zivilrechtlichen Prinzipien im Code civil zu verankern, um ihre Bedeutung zu stärken,[127] lehnten andere dies ab, um eine Einmischung der Richter in den Vertrag unter Missbrauch solcher Grundsätze zu vermeiden.[128] Insbesondere wurde der Grundsatz von Treu und Glauben[129], *la bonne foi*, als besonders gefährlich angesehen: „l'arme fatale du juge dans les contrats"[130]. Das zweite Thema, das heftige Debatten auslöste, war die *cause*. Weder aufgehoben, noch bestätigt, wurde die *cause* von der *Chancellerie* durch einen weiteren unbestimmten Rechtsbegriff ersetzt, nämlich *intérêt*, Interesse. Diese Änderung fand jedoch keine Zustimmung in der Rechtswissenschaft.

Die zweite Auflage erschien im Jahre 2009. Die *Chancellerie* überarbeitete das Projekt im Hinblick an die geäußerte Kritik und öffnete sich dem Reformprojekt *Terré.* In der dritten Version von 2013 wurden dem Projekt die Reform des allgemeinen Schuldrechts und des Beweises der Schuldverhältnisse hinzugefügt. Die letzte Auflage war also eine Zusammenfügung der zweiten Version mit einigen kleineren Änderungen und einer weiteren Reform des Schuldrechts. Bemerkenswert ist die Vorgehensweise mit der letzten Version. Die Arbeiten des Justizministeriums sollten wie oben gesagt nicht veröffentlicht werden. Ende 2013 wurde jedoch das Projekt der *Chancellerie* auf der Webseite der Zeitung *Les Echos* zugänglich gemacht. Dieser „Unfall" wurde von der Regierung organisiert, um einen ersten Eindruck von der Reaktion seitens der französischen Bevölkerung zu bekommen und sie gleichzeitig auf die Verabschiedung durch eine *ordonnance* vorzubereiten.[131]

D. Die *ordonnance* vom 10. Februar 2016

Nachdem die Lehre und die *Chancellerie* sich mit der Reform beschäftigt hatten, war es an der Zeit, die Regierung und das Parlament zu beteiligen. Die Regierung entschloss sich, die Reform durch *ordonnance* umzusetzen, was zu starken Kritiken und Schwierigkeiten führte. Trotz alledem wurde die *ordonnance* ratifiziert und der Code civil geändert.[132] Das Gesetzgebungsverfahren durch *ordonnance* ist eine französische Besonderheit. Daher sollen hier zunächst, die Voraussetzungen des Zustandekommens einer *ordonnance* dargestellt werden, um in einem zweiten Schritt konkret auf die *ordonnance* vom 10. Februar 2016 einzugehen.

---

[127] *Mazeaud,* D. 2008, 2675, Rn. 7; *Fabre-Magnan,* JCP 2008, Nr. 43, doctr. 199.
[128] *Ghozi/Lequette*, D. 2008, 2609, Rn. 5 ff.; *Cabrillac,* JCP 2008, Nr. 40, doctr. 190, Rn. 7.
[129] Art. 18 des Reformprojekts der *Chancellerie*: „chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi". Übersetzung: Jede Partei ist verpflichtet, nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu handeln.
[130] *Mazeaud*, D. 2008, 2675, Rn. 7.
[131] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 21.
[132] Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (1), JORF n°0093 du 21 avril 2018 texte n° 1.

1. Die Grundvoraussetzungen einer *ordonnance*

Grundsätzlich hat das Parlament gemäß Art. 24 Abs. 1 der *Constitution* die Gesetzgebungskompetenz.[133] Das Parlament ist in zwei Kammern aufgeteilt: die *Assemblée nationale* und den *Sénat*. Nur die Abgeordneten der Nationalversammlung sind unmittelbar durch das Volk gewählt.[134] Die Mitglieder des *Sénat* werden mittelbar durch einen *collège électoral de grands électeurs* bestimmt. Auf Départementsebene treffen sich diese Wahlkollegien, die mit Abgeordneten der Nationalversammlung, des Regionalrats und des Generalrats sowie aus Gemeindevertretern besetzt sind. Beide Kammern müssen ein Gesetz mit exakt gleichem Wortlaut verabschieden, damit es in Kraft treten kann. Die Gesetzgebungskompetenzen sind in Art. 34 der *Constitution* aufgelistet. Folgende Rechtsgebiete sind umfasst: Grundrechte und Grundfreiheiten, Fragen der Staatsangehörigkeit, des Personenstandes, der Rechts- und Geschäftsfähigkeit, Eherecht, Justiz, Wahlrecht, Steuerrecht, Strafrecht, Ausgabe von Banknoten, das Wahlsystem für die beiden Kammern und für die Gemeinderäte, Verstaatlichung und Reprivatisierung von Unternehmen, Landesverteidigung, Bildungswesen, Eigentum und Besitz, Arbeitsrecht, soziale Sicherheit sowie Aufbau der Gebietskörperschaften. Alle übrigen Bereiche fallen in den *pouvoir réglementaire* der Regierung.[135]

Gemäß Art. 38 der *Constitution* kann die Regierung[136], um die Umsetzung ihres Programms zu ermöglichen, das Parlament nach der Ermächtigung fragen, selbst die Gesetzgebungskompetenzen auszuüben.[137] Zunächst muss die Regierung einen Ermächtigungsgesetzentwurf – *projet de loi d'habilitation* – vorstellen. Das Vorhaben muss eine detaillierte Begründung,[138] präzise Maßnahmen und den voraussichtlichen Zeitplan beinhalten. Als Begründung werden oft die Dringlichkeit und die Notwendigkeit eines besonderen Fachwissens angeführt.[139] In einem zweiten

---

[133] Zum Folgenden siehe: *Hamon/Troper* (Hg.), Droit constitutionnel, S. 732 ff.

[134] Art. 24 Abs. 3 der *Constitution*: „Les députés à l'Assemblée nationale, dont le nombre ne peut excéder cinq cent soixante-dix-sept, sont élus au suffrage direct." Übersetzung: Die Mitglieder der *Assemblée nationale*, deren Zahl fünfhundertsiebenundsiebzig nicht überschreiten darf, werden unmittelbar gewählt.

[135] *Verpeaux,* Cahiers du Conseil constitutionnel, Nr. 19, 2006, 96 ff.

[136] Und nur die Regierung siehe Entscheidung vom *Conseil constitutionnel* vom 20. Januar 2005, Nr. 2004-510. Eine Ermächtigung, die in dem Gesetzesvorhaben stehen würde, ist nicht ausreichend.

[137] Zum Folgenden: *Hamon/Troper* (Hg.), Droit constitutionnel, S. 774 ff.; *Tusseau,* La législation déléguée, in: *Troper/Chagnollaud* (Hg.), Traité international de droit constitutionnel, Tome 2, S. 605 ff.; *Turpin,* Droit constitutionnel, S. 793 ff. Zum Vertiefen: *Boyer-Mérentier*, Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958, S. 23 ff.

[138] Conseil constitutionnel, 12. Januar 1977, Nr 76-72 DC: „Le texte doit être entendu comme faisant obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, lors du dépôt d'un projet de loi d'habilitation et pour la justification de la demande présentée par lui, quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre." Übersetzung: Der Text sollte so verstanden werden, dass die Regierung verpflichtet ist, dem Parlament bei der Einreichung eines Ermächtigungsgesetzesentwurfs und zur Begründung des von ihr gestellten Antrags den Zweck der von ihr vorgeschlagenen Maßnahmen genau anzugeben.

[139] Conseil constitutionnel, 16. Dezember 1999, Nr 99-421 DC: „l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution." Übersetzung: Die Dringlichkeit ist eine der Rechtfertigungen, auf die sich die Regierung berufen kann, um von Artikel 38 der Verfassung Gebrauch zu machen. Dazu: *Boyer-Mérentier*, Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958, S. 30 ff.

Schritt muss das Ermächtigungsgesetz im normalen Gesetzgebungsverfahren verabschiedet werden. Es finden mehrere Lesungen sowohl in der *Assemblée nationale* als auch im *Sénat* statt. Nachdem sich die Beteiligten auf den Text geeinigt haben, wird es vom *Président de la République* verabschiedet und innerhalb von fünfzehn Tagen im *Journal officiel* veröffentlicht. Erst dann kann die Erarbeitung der *ordonnance* beginnen. Die Regierung ist dabei auf die Bereiche beschränkt, die durch das Ermächtigungsgesetz vorgegeben sind. Der Text geht weiter an den *Conseil d'Etat,* der eine unverbindliche Meinung über das Vorhaben abgibt. Nachdem der *Conseil des ministres* über die *ordonnance* beraten hat, wird der Text vom *Premier Ministre* und den Ministern gegengezeichnet. Der *Président de la République* schließt das ganze Verfahren mit seiner Unterschrift ab.

Die letzte Hürde ist die Verabschiedung des Ratifizierungsgesetzes durch das Parlament. Die Regierung muss zwingend dem Parlament innerhalb der Ermächtigungsfrist einen Ratifizierungsgesetzentwurf vorstellen (Art. 38 Abs. 1 der *Constitution*). Wenn dies nicht rechtzeitig geschieht, ist das Vorhaben gescheitert und die *ordonnance* wird hinfällig.[140] Die Rechtslage wird dann in den Stand vor der *ordonnance* zurückgesetzt.[141] Hingegen wird bei rechtzeitiger Zustellung neu über das Vorhaben im Parlement beraten. Kommt das Parlement zu dem Schluss, dass die *ordonnance* nicht ratifiziert werden kann, bleibt die *ordonnance* erstmal wirksam. Allerdings wird sie nicht zum Gesetz; sie bleibt als Verordnung bestehen und hat demzufolge in der Normenhierarchie den Rang einer einfachen Verordnung. Wenn das Parlament den Entwurf ratifiziert, dann wird die *ordonnance* rückwirkend zum Gesetz.

Dieses Verfahren ist für die Regierung aus folgenden drei Gründen vorteilhaft. Erstens muss nicht das normale Gesetzgebungsverfahren eingehalten werden. Es finden keine lang andauernden und oft heftigen Debatten im Parlament statt. Das gewöhnliche Gesetzgebungsverfahren verursacht Verzögerungen, die die Regierung vermeiden will, um so schnell und effizient wie möglich zu handeln.[142] Zudem treten die vorgesehenen Maßnahmen schneller in Kraft, da sie schon mit der Unterschrift durch den *Président de la République* Geltung erlangen. Zweitens vereinfacht die *ordonnance* die Handhabung von technisch-komplizierten Bereichen.[143] Die gesetzesvertretende Verordnung spielt drittens eine Rolle, wenn ein Gesetzesvorhaben stark von der Mehrheit im Parlament kritisiert wird und somit wenig Chancen hat, durchgesetzt zu werden.[144]

---

[140] Siehe zum Beispiel die *ordonnance* n°2002-327 vom 7. März 2002, die mangels rechtzeitiger Abgabe eines Gesetzesprojekts vor dem 30. Juni 2002 hinfällig wurde.
[141] Conseil constitutionnel, 1. und 2. Juli 1986, Nr. 86-206 DC.
[142] *Bien/Borghetti,* Vorwort und Einführung in das Tagungsthema, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. VIII.
[143] *Tusseau,* La législation déléguée, in: *Troper/Chagnollaud* (Hg.), Traité international de droit constitutionnel, Tome 2, S. 612 f.
[144] *Tusseau,* La législation déléguée, in: *Troper/Chagnollaud* (Hg.), Traité international de droit constitutionnel, Tome 2, S. 613 f.

Zu beachten ist jedoch, dass die Gesetzgebung durch *ordonnance* auch Nachteile mit sich bringt. Das Parlament darf an dem Verfahren nur sehr beschränkt mitwirken. Zwar ist das Parlament nicht komplett ausgeschlossen, dennoch ist es in seiner Gesetzgebungskompetenz eingeschränkt. Die *Assemblée nationale* und der *Sénat* handeln stellvertretend für das französische Volk. Sie können aber ihrer Beschützerrolle in diesem Verfahren nicht gerecht werden und die Kette der demokratischen Legitimation wird nicht durchgehend gewährleistet.[145] Die Zahl der *ordonnances* ist in den vergangenen Jahren gestiegen.[146] Es besteht die Gefahr somit, dass das Parlament seine Gesetzgebungskompetenz in Zukunft nur sehr eingeschränkt ausüben wird. Dies wirft die Frage auf, ob das klassische Gesetz nicht durch die *ordonnance* ersetzt worden ist.[147]

Im Ergebnis handelt es sich um ein Gesetzgebungsverfahren eigener Art. Das oben beschriebene Verfahren kann sich jedoch im Fall von Streitigkeiten zwischen Regierung, *Assemblée nationale* und *Sénat* von seinem Anspruch entfernen, einen vereinfachten Gang der Gesetzgebung zu leisten. Es können zusätzliche Lesungen und der Einsatz einer besonderen Kammer hinzukommen. Diese Mechanismen lassen sich am besten am Beispiel der *ordonnance* vom 10. Februar 2016 darstellen, da diese gesetzesvertretende Verordnung jede vorgesehene Ausnahme vom einfachen Modell in Anspruch genommen hat.

2. Entstehung der *ordonnance* vom 10. Februar 2016

Die Entscheidung der französischen Regierung, durch *ordonnance* zu handeln, lässt sich aufgrund der oben genannten Vorteile gut vertreten wie kritisieren. Die *ordonnance* von 2016 kam nicht problemlos zustande. Es gab Streitigkeiten sowohl im Vorfeld als auch im laufenden Verfahren.

a) Der Streit zwischen dem *Sénat* und der *Assemblée nationale*

Am 27. November 2013 wurde der Ermächtigungsgesetzentwurf im Ministerrat vorgestellt und gleichzeitig in den *Sénat* eingebracht.[148] Dieses Projekt beruhte ausdrücklich auf den Reformprojekten *Catala* und *Terré* und auf den europäischen und internationalen Regelwerken. Art. 3 des Vorhabens erläuterte die Maßnahmen der zukünftigen *ordonnance*. Unter anderem wurde die Richtung der Arbeiten schon

---

[145] *Boucard*, La réforme, de la doctrine à l'ordonnance, in: *Schulze/Wicker/Mazeaud* (Hg.), La réforme du droit des obligations en France, 5ème journées franco-allemande, S. 38. Abgelehnt in *Tusseau,* La législation déléguée, in: *Troper/Chagnollaud* (Hg.), Traité international de droit constitutionnel, Tome 2, S. 606 ff.

[146] Zwischen 2004 und 2013 wurden 357 *ordonnances* veröffentlicht, d. h. 2,3-mal mehr als zwischen 1984 und 2003. Dazu: https://www.senat.fr/role/ordonnances/etude_ordonnances0.html#fnref16. Siehe auch *Tusseau,* La législation déléguée, in: *Troper/Chagnollaud* (Hg.), Traité international de droit constitutionnel, Tome 2, S. 614 ff.; *Boyer-Mérentier*, Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958, S. 41.

[147] Abgelehnt in *Guillaume*, Le Seuil, Pouvoirs 2005/3, S. 117-129. Bejaht in *Januel*, Dalloz actualité, 20 mars 2018.

[148] Zum Folgenden: *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, S. 42 ff.; *Boucard*, La réforme, de la doctrine à l'ordonnance, in: *Schulze/Wicker/Mazeaud* (Hg.), La réforme du droit des obligations en France, 5ème journées franco-allemande, S. 27, 32 ff.

festgelegt: Bestätigung „der allgemeinen Prinzipien des Vertragsrechts wie des guten Glaubens und der Vertragsfreiheit“, Vereinfachung der „Vorschriften über die Gültigkeit des Vertrags, die sich auf die Übereinstimmung, die Geschäftsfähigkeit, die Stellvertretung und den Vertragsinhalt beziehen, indem sie insbesondere die Informationspflicht sowie den Begriff der missbräuchlichen Klausel verankern und Vorschriften einführen, die das Verhalten eines Partners sanktionieren, der eine schwächere Lage des anderen missbraucht“.[149] Die *Assemblée nationale* zögerte nicht, ihr Einverständnis zu erklären.

Hingegen verweigerte der *Sénat* am 15. Januar 2014 die Zustimmung.[150] Der *Sénat* verwarf in dem Bericht jedes Argument der Regierung. Er sah zwar ebenso die Notwendigkeit einer Reform. Seiner Ansicht nach war jedoch die Reform viel zu wichtig, um sie allein der Regierung zu überlassen. Das Projekt solle unverzüglich auf die Tagesordnung der *Assemblée nationale* gesetzt werden, um öffentlich debattiert zu werden.[151] Zudem sei ihm die Dringlichkeit der Reform durchaus bewusst. Allerdings könne auch das Parlament schnell arbeiten, sodass dies kein Argument für das eingeschlagene Verfahren sei. Dass das Vertragsrecht technisch sei, sei eindeutig. Jedoch wüssten die Minister zu dem Thema nicht grundsätzlich mehr als Abgeordnete. Auch sei das Obligationenrecht politisch und wirtschaftlich wichtig, sodass tiefe Überlegungen stattfinden müssten, um die richtigen Entscheidungen zu treffen. Nachdem die Regierung über die Gesetzgebungskompetenzen verfüge, sei es unmöglich tiefgreifende Änderungen vorzunehmen. Nach Ansicht des *Sénat* verstieß das Verfahren durch *ordonnance* gegen das Demokratieprinzip.

Das Vorhaben ging zurück zur *Assemblée nationale*. Am 16. April 2014 fand eine zweite Abstimmung statt, die erneut positiv für die Regierung verlief.[152] Im Fall einer Meinungsverschiedenheit zwischen den zwei Kammern wird eine dritte Kammer gemäß Art. 45 Abs. 2 der Verfassung[153] aufgerufen, die *Commission mixte paritaire*. Dieser Vermittlungsausschuss besteht aus sieben Senatoren und sieben Abgeordneten. Ziel ist es, einen Kompromiss zwischen den zwei Kammern zu errei-

---

[149] Übersetzung Hans-Jürgen Sonnenberger in *Sonnenberger,* ZEuP 2017, 195.
[150] *Soihili,* Bericht Nr. 288 im Namen der *Commission des lois*. Aufrufbar unter: https://www.senat.fr/rap/l13-288/l13-288.html.
[151] Pressemitteilung vom 15. Januar 2014. Aufrufbar unter http://www.senat.fr/presse/cp20140115c.html.
[152] Zusammenfassung der öffentlichen Sitzung, JORF n°35 A.N. (C.R.), 17. April 2014, S. 2626 ff.
[153] Art. 45 Abs. 2 der *Constitution*: „Lorsque, par suite d'un désaccord entre les deux Assemblées, un projet ou une proposition de loi n'a pu être adopté après deux lectures par chaque Assemblée ou, si le Gouvernement a décidé d'engager la procédure accélérée sans que les Conférences des présidents s'y soient conjointement opposées, après une seule lecture par chacune d'entre elles, le Premier ministre ou, pour une proposition de loi, les présidents des deux assemblées agissant conjointement, ont la faculté de provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion.“ Übersetzung: Kann ein Gesetzentwurf oder Gesetzesvorschlag wegen Uneinigkeit zwischen den beiden Kammern nach zwei Lesungen in jeder Kammer oder im Falle einer Dringlichkeitserklärung der Regierung nach nur einer Lesung in jeder Kammer nicht angenommen werden, so können der Premierminister oder, im Fall eines Gesetzesvorschlags, die Präsidenten beider Kammern einen paritätisch besetzten Ausschuss einberufen, der eine Fassung der noch strittigen Bestimmungen vorzuschlagen hat.

chen und einen Mittelweg vorzuschlagen. Am 13. Mai 2014 traf sich die Kommission. Jedoch konnte erneut keine Lösung gefunden werden.[154] Dies löste ein zusätzliches Verfahren mit erneuten Aussprachen in beiden Kammern aus.

Zunächst musste die *Assemblée nationale* nochmals über den Text abstimmen. Die erste Lesung fand am 30. Oktober 2014 statt und die *Assemblée nationale* sprach erneut ihre Zustimmung zum Projekt und zur Handlungsermächtigung der Regierung aus.[155] Am 22. Januar 2015 verweigerte der *Sénat* die Ermächtigung[156], sodass die Regierung die *Assemblée nationale* beauftragte, einen endgültigen Beschluss auszusprechen.[157] In diesem Fall kann die Kammer gemäß Art. 45 Abs. 4 der *Constitution* entweder die von dem paritätisch besetzten Ausschuss ausgearbeitete Fassung oder die von ihr zuletzt verabschiedete Fassung wiederaufnehmen, die gegebenenfalls durch einen oder mehrere vom Senat angenommene Änderungsanträge abgeändert worden ist.[158]

Am 28. Januar 2015 verabschiedete die *Assemblée nationale* den Text ohne das Einverständnis des *Sénat*.[159] Der *Senat* rief daraufhin den *Conseil constitutionnel* an und verlangte eine Verfassungsmäßigkeitsprüfung des Ermächtigungsgesetzesentwurfs.[160] Seiner Ansicht nach verstößt die Ermächtigung der Regierung gegen Art. 38 der Verfassung, ist mithin verfassungswidrig. Aufgrund des Geltungsbereichs und der Bedeutung des Vertrags- und Schuldrechts in der Rechtsordnung

---

[154] Ergebnis der Arbeit der *Commission* in Résultat des travaux de la Commission mixte paritaire (N°530); Bericht Nr. 1933 und 529 im Namen der *Commission des lois* vom 13. Mai 2014.

[155] Gesetzesentwurf Nr. 1592 von der *Assemblée nationale* modifiziert, eingereicht am 14. Mai 2014: Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, déposé le 14 Mai 2014 et renvoyé à la Commission des lois, S. 9ff. Zusammenfassung der Verhandlung vom 30. Oktober 2014, JORF 2014 n° 107[3] A.N.(C.R.). Der Text wurde am nächsten Tag dem *Sénat* zugestellt: projet de loi n°76, adopté par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, zugestellt am 31. Oktober 2014.

[156] Gesetzesentwurf Nr. 53 von dem *Sénat* modifiziert: Projet de loi n°53 relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, modifié en nouvelle lecture par le Sénat, 22. Januar 2015.

[157] Bericht Nr. 2525 im Namen der *Commission des lois* vom 29. Januar 2015, S. 1.

[158] Art. 45 Abs. 4 der *Constitution* lautet: „Si la commission mixte ne parvient pas à l'adoption d'un texte commun ou si ce texte n'est pas adopté dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, le Gouvernement peut, après une nouvelle lecture par l'Assemblée nationale et par le Sénat, demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement. En ce cas, l'Assemblée nationale peut reprendre soit le texte élaboré par la commission mixte, soit le dernier texte voté par elle, modifié le cas échéant par un ou plusieurs des amendements adoptés par le Sénat." Übersetzung: Gelangt der Vermittlungsausschuss nicht zur Annahme einer gemeinsamen Fassung oder wird diese Fassung nicht gemäß den im vorangehenden Absatz genannten Bedingungen angenommen, so kann die Regierung nach einer erneuten Lesung in der Nationalversammlung und im Senat die Nationalversammlung um eine endgültige Beschlussfassung ersuchen. In diesem Falle kann die Nationalversammlung entweder die von dem Vermittlungsausschuss ausgearbeitete Fassung oder die von ihr zuletzt verabschiedete Fassung wieder aufnehmen, welche gegebenenfalls durch einen oder mehrere vom Senat angenommene Änderungsanträge abgeändert ist.

[159] Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, Text. Nr. 467 vom 28. Januar 2015, sog. „Kleines Gesetz".

[160] **S**aisine du Conseil constitutionnel en date du 29 janvier 2015 présentée par au moins soixante sénateurs, en application de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, et visée dans la décision n° 2015-710 DC. Einsehbar unter: www.legifrance.gouv.fr.

seien die Grenzen, die sich aus Art. 38 der Verfassung für die Anwendung von Verordnungen ergeben, überschritten worden. Die Dringlichkeit, die zur Rechtfertigung der Inanspruchnahme dieses Verfahrens geltend gemacht wurde, sei zudem nicht vorhanden.[161] Außerdem sei die Rechtssicherheit angesichts der Änderungen des Vertrags- und Schuldrechts, die von dem Parlament im Rahmen der Ratifizierung der *ordonnance* durchgeführt werden könnten, beeinträchtigt. Der *Conseil constitutionnel* entschied aber am 12. Februar 2015, dass die Ermächtigung verfassungskonform ist,[162] und beendete damit den Streit.

b) Öffentliche Konsultation und Veröffentlichung der *ordonnance*

Das Ermächtigungsgesetz Nr. 2015-177 trat am 16. Februar 2015 in Kraft. Gemäß Art. 27 des Gesetzes musste die *ordonnance* innerhalb von einem Jahr ab der Veröffentlichung verabschiedet werden.

Kurz nach der Ermächtigung veröffentlichte die *Chancellerie* den Entwurf und organisierte eine öffentliche Konsultation. Ziel war dabei, die öffentliche Debatte zu erzwingen und eine Beteiligung der Bürger und Bürgerinnen an dem Verfahren zu ermöglichen. Dies sollte ein Zeichen dafür sein, dass die Öffentlichkeit trotz *ordonnance* beteiligt ist. Das Vorgehen war erfolgreich: 300 Beiträge wurden eingereicht, die mehr als 3200 Seiten füllten, wobei Publikationen der Lehre nicht eingerechnet sind.[163] Auf dieser Grundlage erarbeitete die *Chancellerie* einen neuen Entwurf einer *ordonnance*, der dem *Conseil d'Etat* zur Stellungnahme übersandt wurde und am 10. Februar 2016 dem *Conseil des ministres* vorgestellt wurde. Die Veröffentlichung fand einen Tag später statt. Gleichzeitig wurde ein *rapport pour le Président de la République* veröffentlicht.[164] Es handelt sich um eine offizielle Kommentierung des Verordnungstextes, wobei dem Bericht keine normative Bedeutung zukommt.[165] Am 1. Oktober 2016 trat die *ordonnance* in Kraft und zum ersten Mal seit zwei Jahrhunderten galt wieder ein modernisiertes Vertragsrecht.

c) Die Ratifizierung der *ordonnance*

Die *ordonnance* musste noch eine letzte Hürde überwinden: die Ratifizierung durch das Parlament.

---

[161] **S**aisine du Conseil constitutionnel en date du 29 janvier 2015 présentée par au moins soixante sénateurs, en application de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, et visée dans la décision n° 2015-710 DC: „L'urgence de la réforme est reconnue par tous, mais son importance commande de la soumettre au Parlement." Übersetzung: Die Dringlichkeit der Reform wird von allen erkannt, aber ihre Bedeutung erfordert, dass sie dem Parlament vorgelegt wird.

[162] Conseil constitutionnel*,* 12. Februar 2015, Nr. 2015-710 DC.

[163] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 23.

[164] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Im Folgenden: *rapport.*

[165] *Chantepie/Latina (Hg.),* Commentaire théorique et pratique, Rn. 34.

Die Regierung brachte am 9. Juni 2017 einen Ratifizierungsgesetzentwurf in den *Sénat* ein. Es beinhaltete lediglich einen Artikel, der zur wörtlichen Übernahme der *ordonnance* führen sollte:[166]

„Article unique

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est ratifiée."[167]

Die *Commission des lois* des *Sénat*, die immer noch gegen eine Reform im Verordnungsweg opponierte, nutze diese Gelegenheit, um das Projekt inhaltlich zu bearbeiten, und machte vierzehn Änderungsanträge. Man sprach schon von „der Reform der Reform"[168]. Die wichtigsten Änderungen betrafen die Definition des Formularvertrags (*contrat d'adhésion*), die Rechtsfolge einer missbräuchlichen Klausel und die Anpassungsmacht des Richters im Rahmen der *théorie de l'imprévision*[169]. Das Projekt ging sodann am 18. Oktober 2017 in die *Assemblée nationale* zurück, die ihrerseits ebenfalls Modifizierungen vornahm.[170]

Nach zwei weiteren Lesungen konnten sich die beiden Kammern wiederum nicht auf einen gemeinsamen Gesetzestext einigen. Der Vermittlungsausschuss wurde erneut eingesetzt und konnte am 14. März 2018 einen Gesetzesentwurf veröffentlichen.[171] Diesmal mit Erfolg: Der vorgeschlagene Entwurf wurde zuerst am 22. März von der *Assemblée nationale*[172] und anschließend vom *Sénat* am 11. April[173] verabschiedet. Am 20. April 2018 wurde die *ordonnance* offiziell ratifiziert.[174] Sie trat am 1. Oktober 2018 in Kraft.[175]

II. Ziele der französischen Reform

Mit der Reform hat der Gesetzgeber drei Ziele verfolgt.

---

[166] Abrufbar unter https://www.senat.fr/leg/pjl16-578.html.
[167] Übersetzung: Die Ordonnance Nr. 2016-131 vom 10.02.2016 über die Reform des Schuldvertragsrechts, des allgemeinen Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten ist ratifiziert.
[168] Dossier: Vers une « réforme de la réforme » du droit des contrats ?, AJ contrat 2017, 459; *Mekki,* D. 2018, 900; *Mazeaud*, D. 2018, 912.
[169] Dazu siehe Kapitel 3 § 8.
[170] Text Nr 315 zugestellt an der *Assemblée nationale* am 18. Oktober 2017; Bericht Nr. 429 im Namen der *Commmission des* lois vom 29. November 2017; Text Nr. 46 vom 11. Dezember 2017 von der *Assemblée nationale* modifiziert.
[171] Commission mixte paritaire sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (14 Mars 2018); Bericht Nr. 352 (2017-2018) de M. F.Pillet et M. S. Houlié, zugestellt am 14. März 2018.
[172] Text Nr. 103 von der *Assemblée nationale* am 22. März 2018 verabschiedet.
[173] Text Nr. 92 (2017-2018) von dem Sénat am 11. April 2018 verabschiedet.
[174] Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[175] Art. 16 Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

A. Verbesserung der Verständlichkeit

Eines der Ziele der Reform war es, die Zugänglichkeit und die Lesbarkeit des französischen Vertragsrechts zu verbessern. In einem *pays de droit écrit* galt es, den Gesetzeswortlaut wieder Autorität zu verschaffen. Der Gesetzestext wurde von der Rechtsprechung ergänzt und vervollständigt. Auch entschieden sich die Richter seit 1804 mitunter im offenen Widerspruch zum Gesetzeswortlaut.[176] Zudem kam eine zweite Schwierigkeit hinzu, nämlich die Sprache. Die auf *Pothier* und *Portalis*, Juristen des 18. Jahrhunderts, zurückzuführenden Ausdrücke demonstrierten die Pracht der französischen Sprache. Doch sind sie für Angehörige der heutigen Gesellschaft nur schwer verständlich, wenn nicht sogar für Laien ganz unverständlich. Auch auf internationaler Ebene erschien dieser Zustand unbefriedigend. Gerade angesichts des zunehmenden Wettbewerbs der Rechtsordnungen und der vorangehenden Rechtsvereinheitlichung im Bereich des Vertragsrechts mussten der Zugang zum französischen Recht erleichtert und die Verständlichkeit erhöht werden.[177]

Um dieses Ziel zu erreichen, wurden mehrere Techniken verwendet. Zum einen wurde der Aufbau des Vertragsrechts geändert.[178] Vor der Reform fanden sich Vorschriften, die dasselbe Thema behandelten, verstreut und nicht systematisch organisiert. Nach der Reform entspricht der Code civil für das Vertragsrecht einer klaren Aufteilung und Systematik. Die Vorschriften folgen einem chronologischen Ablauf: Begründung, Durchführung und Rechtsfolgen von Schuldverhältnissen. Auch sind die Normen nicht mehr im Code civil zerstreut, sondern nach Thematik organisiert, was dem Gesetzgeber besonders gut gelungen ist.[179] Zweitens hat der Gesetzgeber eine Vielzahl an Definitionen eingeführt.[180] Die *ordonnance* zählt mehr als siebenundvierzig Definitionen. Viele stammen aus den Reformprojekten. Die Auflistung von Definitionen ermöglicht eine einfache Handhabung der Vorschriften und eine Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe.[181] Auch die Auslegung der Gesetze wird dadurch erleichtert.

Infolgedessen spricht viel dafür, dass das Ziel der besseren Lesbarkeit und Verständlichkeit erreicht wurde. Die einzelnen Vorschriften, die noch unklar sind, werden in den nächsten Jahren durch die Rechtsprechung ausgelegt und erklärt, sodass nichts deren Anwendung im Wege stehen sollte. Die Folge der verbesserten Zugänglichkeit führt zum zweiten Ziel des Gesetzgebers, nämlich der Steigerung der Attraktivität.

---

[176] *Bien/Borghetti*, Vorwort und Einführung in das Tagungsthema, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. X.

[177] *Bien/Borghetti*, Vorwort und Einführung in das Tagungsthema, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. X. Siehe dazu Kapitel 4 § 10 und die Rechtsprechung zu Art. 1142 Code civil aF.

[178] Zum Folgenden siehe: *Bien/Borghetti,* Vorwort und Einführung in das Tagungsthema, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. X ff.; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 32 ff.; *Babusiaux/Witz*, JZ 2016, 496, 497 f.

[179] Zum Beispiel das Unterkapitel über die Nichtigkeit Art. 1178 ff. Code civil. Streitig aber für Art. 1194 Code civil, siehe Kapitel 3 § 7 III.

[180] Unter anderem Art. 1106, 1107, 1108, 1109, 1110, 1111, 1111-1 Code civil.

[181] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 33.

B. Steigerung der Attraktivität

Der Code civil von 1804 war ein Modell für viele ausländische Rechtsordnungen.[182] Das französische Recht wurde für seine Qualität bewundert und einige Grundprinzipien wurden in anderen Staaten übernommen, unter anderem hat der Code civil in Südamerika eine starke Resonanz gefunden.[183] Jedoch hat Frankreich diese Stellung als politisches Modell in juristischer Hinsicht verloren. Staaten, die den Code civil früher zum Vorbild nahm, finden heute andere Inspirationsquellen. Unter anderem hat Deutschland dank der Reform von 2002 seine Stellung auf internationaler und europäischer Ebene verstärkt. Wirtschaftlich betrachtet ist die französische Rechtslage ebenfalls veraltet. Zwar ist der Doing Business-Bericht[184] kritisierbar. Doch wurde in der Auseinandersetzung mit ihm die Rückständigkeit der französischen Rechtslage auf den Punkt gebracht, so schwer es Frankreich fiel, diese zuzugeben.

Dieses zweite Ziel hängt mit dem ersten eng zusammen, da die Kodifizierung von ständiger Rechtsprechung und die Verbesserung der Verständlichkeit auch bei der Steigerung der Attraktivität eine Rolle spielen. Der französische Gesetzgeber ist jedoch weiter gegangen und hat akzeptiert, eine seiner Grundideen aufzugeben. Im Code civil von 1804 war die Einseitigkeit im Vertragsrecht nur selten möglich. Infolgedessen mussten sich die Vertragsparteien entweder einigen oder vor Gericht gehen, um den Streit entscheiden zu lassen. Zwar hatte die Rechtsprechung schon einen Schritt in diese Richtung gemacht.[185] Dies war aber für die wirtschaftlichen Akteure nicht genug. Dieser Schwäche ist der Gesetzgeber nachgegangen und hat nun einseitige Möglichkeiten geschaffen, wie die einseitige Preisbestimmung,[186] die Einrede des nichterfüllten Vertrags[187] oder die einseitige Vertragsaufhebung[188]. Ob diese Mechanismen ausreichend sind, um den Code civil wirtschaftlich wieder attraktiv zu machen, wird die Zukunft zeigen müssen.

C. Verbesserung des Schutzes der schwächeren Vertragspartei

Nicht nur die Vorteile der wirtschaftlichen Akteure sollten in Betracht gezogen werden, sondern auch der Schutz der schwächeren Vertragsparteien. Im Code civil von 1804 ging man davon aus, dass beide Vertragsparteien auf der gleichen Ebene stehen, dass es kein Ungleichgewicht zwischen den beiden gibt. Im Gegenteil wurde

---

[182] Dazu: *Société d'études législatives,* Le Code civil 1804 – 1904, Livre du centenaire, T.2, Le Code civil à l'étranger, S. 587 ff.; *Lequette* (Hg.), Le Code civil: un passé, un présent, un avenir, S. 823 ff.; Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Troisième partie: le destin du Code civil, L'influence du Code civil dur les codifications étrangères récentes, S. 477 ff.

[183] Zum Beispiel die Übernahme der *cause* in Belgien und Südamerika u.a.: *Génicon*, D.2015, 1551; *Wald,* L'influence du Code civil en Amérique latine, in *Lequette* (Hg.), Le Code civil: un passé, un présent, un avenir, S. 855 ff.; *Casas*, ZEuP 2017, 68 ff.; *Bossert*, Bicentenaire du Code civil: l'Afrique, in: Le Code civil, 1804-2004 Livre du bicentenaire, S. 539 ff.

[184] Siehe Kapitel § 1 I B.

[185] 1ère Civile, 13. Oktober 1998, Nr. 96-21.485, Bull. civ. I, Nr. 300; 1ère Civile, 20. Februar 2001, Nr. 99-15.170**,** Bull. civ. I Nr. 40; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 643 ff.

[186] Art. 1164, 1165 Code civil.

[187] Art. 1220 Code civil.

[188] Art. 1124, 1226 Code civil.

damals der Versuch, Mechanismen zum Schutz einer Partei einzufügen, als politisches Manöver gesehen, um dem Richter eine Möglichkeit zu geben, sich in dem Vertrag einzumischen.[189] Die Schwierigkeit für den Gesetzgeber lag darin, die Eigenschaften festzulegen, die eine schwächere Partei identifizierten. Im besonderen Vertragsrecht wird auf das wirtschaftliche und soziale Ungleichgewicht abgestellt (Verbraucher, wirtschaftliche Not), im Familien- und Personenrecht wird auf psychische und physische Eigenschaften rekurriert (Geisteskrankheit, Alter). Fraglich war, wie es nun im *allgemeinen* Vertragsrecht zu regeln sei, das für jede Vertragsart gelten soll.

Die Einführung von vier Artikeln zeigt den politischen Willen, den Schutz der schwächeren Vertragsparteien zu stärken. Der neue Anfechtungsgrund der Drohung zeigt dies besonders gut. Art. 1143 Code civil gibt demjenigen eine Anfechtungsmöglichkeit, der sich in einer wirtschaftlichen Not befindet, die der Vertragspartner zu seinen Gunsten ausnutzt. Erforderlich ist hierfür eine besonders stark ausgeprägte Abhängigkeit, die missbraucht wird. Art. 1112-1 Code civil führt eine allgemeine vorvertragliche Informationspflicht ein. Ziel ist hier, durch die Informationen, die Aufklärung des Vertragspartners über die wesentlichen Eigenschaften des Vertrags zu erreichen. Weiterhin ist eine Klauselkontrolle neu eingeführt worden, wobei es zu heftigen Debatten kam.[190] Letztlich ist die Opposition zwischen *contrat de gré à gré* und *contrat d'adhésion* deutlich geworden und somit ihre unterschiedliche rechtliche Behandlung. Diese Klarstellung wurde durch die Einfügung der Definitionen der beiden Vertragsarten erreicht.[191]

Der französische Gesetzgeber hatte sich somit hohe Ziele gesetzt. Um diese zu erreichen und den Code civil wieder auf dem letzten Stand zu bringen, könnte sich der Gesetzgeber von den europäischen und internationalen Regelwerken inspiriert haben lassen. Wie diese zustande gekommen sind, welche Ziele verfolgt werden und welches Verhältnis sie zueinander haben, wird in dem nächsten Abschnitt untersucht.

[189] Zum Folgenden *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 36 ff.
[190] Zur Debatte: *Gratton*, D. 2016, 22; *Revet*, D. 2015, 1217.
[191] Art. 1110 Code civil.

§ 2 Europäische und internationale Regelwerke

Die Rechtsvereinheitlichung auf europäischer und internationaler Ebene hat mangels geeigneter formeller Instrumente auf informeller und privater Basis begonnen.[192] Das Ergebnis dieser Entwicklung ist *peu à peu* zur Inspirationsquelle der nationalen Gesetzgeber geworden (III.). Im Laufe der Zeit haben sich die *soft-law*-Instrumente vermehrt. Die in dieser Arbeit untersuchten Regelwerke weisen Gemeinsamkeiten auf, allerdings auch viele Unterschiede, die ihre Besonderheiten ausmachen: Sie verfolgen unterschiedliche Ziele, sie haben andere Anwendungsbereiche, sie legen andere Regelungen zugrunde. Alldies ist auf ihre Entstehungsgeschichte zurückzuführen. Die Historie der europäischen Regelwerke (I.) und des internationalen Instruments (II.) ist somit für den späteren Erfolg der Grundsätze ausschlaggebend.

I. Die europäischen Regelwerke: PECL, Gandolfi-Code und DCFR

Die Erarbeitung der unterschiedlichen europäischen Regelwerke ist eng mit der Entwicklung der Europäischen Union verknüpft. Nach einer kurzen Darstellung der Entstehungsgeschichte der europäischen Regelwerke (A.) wird das Verhältnis zwischen ihnen erläutert (B.).

A. Entstehungsgeschichte der europäischen Regelwerke

Die Suche nach einem europäischen Vertragsrecht begann in den 1980er Jahren. In über zwanzig Jahren wurden drei besonders prägende Regelwerke veröffentlicht: die PECL (1.), der Gandolfi-Code (2.) und der DCFR (3.).

1. 1980er Jahre: Idee eines europäischen vereinheitlichten Vertragsrechts und *Principles of European Contract Law*

Im Jahre 1974 trafen sich in Kopenhagen Juristen zu einem Symposium, das sich dem Entwurf eines Übereinkommens der EWG über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht annahm. *Winfried Hauschild* und *Ole Lando* kamen ins Gespräch und verständigten sich über die Notwendigkeit eines europäischen Schuldrechtsgesetzbuches. Zwei Jahre später fand ein neues Symposium in Florenz zu „neuen Perspektiven eines gemeineuropäischen Rechts" statt. Es wurde weiter über das Ob und Wie eines europäischen Vertragsrechts diskutiert. 1980 wurde die erste Kommission für Europäisches Vertragsrecht gebildet.[193] Die Arbeitsgruppe wurde nach dem Namen ihres Initiators genannt, die sog. „Lando-Kommission". Ab 1982 trafen sich die beteiligten Rechtswissenschaftler aus allen Mitgliedstaaten mindestens einmal im Jahr, um das Projekt auf die Beine

[192] *Bonell,* An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts, S. 9 ff.; *Berger,* Formalisierte oder „schleichende" Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, S. 136 ff.; *ders.,* JZ 1999, 369 ff.

[193] *Lando/Hugh* (Hg.), Principles of European Contract Law, Parts I und II, 2000, S. XI f.; deutsche Ausgabe durch *Christian von Bar und Reinhard Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, 2002, S. XV.

zu stellen.[194] Es wurde entschieden, das Vorgehen in Etappen zu erarbeiten, um auf diesem Weg das gesamte allgemeine Schuldrecht zu erfassen.[195]

Am 26. Mai 1989 forderte zum ersten Mal das Europäische Parlament die Europäische Kommission auf, dass mit der „Ausarbeitung eines einheitlichen Europäischen Gesetzbuches für das Privatrecht begonnen“ werde.[196] Das Parlament stellte fest, dass die gesetzliche Regelung von Einzelfragen nicht mit der Zielsetzung des Binnenmarkts übereinstimmte. Erforderlich sei die Vereinheitlichung von Bereichen des Privatrechts, um die Erfordernisse des Binnenmarktes zu erfüllen. Nur durch die Harmonisierung des Privatrechts auf europäischer Ebene könne der Binnenmarkt vollendet werden. Dementsprechend verlangte das Parlament, dass die Kommission die Erarbeitung eines einheitlichen Europäischen Gesetzbuches für das Privatrecht unterstütze und dass die Vorbereitungsarbeiten beginnen sollten.[197] Die Resolution des Europäischen Parlaments fand auf europäischer Ebene jedoch keine sofortige Resonanz. In der Literatur wurde dieses Nichteingreifen als Vorteil gesehen, da „auf diese Weise ein weit gefächertes Engagement von Juristen aus Wissenschaft und Praxis entstanden ist und so in institutionalisierter Form die weitere Entwicklung des Europäischen Vertragsgesetzbuchs verfolgt werden kann“.[198]

Das Europäische Parlament sah dies anders und beschloss am 6. Mai 1994 eine zweite Resolution.[199] Das Parlament forderte die Kommission erneut auf, „die Arbeiten im Zusammenhang mit der möglichen Ausarbeitung eines einheitlichen Europäischen Gesetzbuches für das Privatrecht in Angriff zu nehmen“.[200] Es rief die Europäische Kommission zudem auf, „den ‚Ausschuss für europäisches Vertragsrecht’, besser bekannt unter der Bezeichnung ‚Lando-Ausschuss’, auch weiterhin in seinen Arbeiten zur Angleichung des Vertragsrechts zu unterstützen.“[201]

Die Arbeit der Lando-Kommission erhielt jedoch nicht die notwendige Unterstützung der Europäischen Kommission. Dennoch kam die Arbeit an dem Entwurf eines europäischen Privatgesetzbuches voran. Im Jahre 1995 stellte die Lando-Kommission den ersten Teil ihrer Zusammenstellung vor: die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, die sog. *Principles of European Contract Law*.[202] Ergänzt wurde diese Arbeit bis 2003 durch zwei weitere Teile. Die Grundregeln behandeln ausschließlich Materien des allgemeinen Vertragsrechts, ohne Beschränkung auf Handelsverträge oder Auslandssachverhalte. Der erste Teil beginnt mit allgemeinen

---

[194] *Lando/ Beale* (Hg.), Principles of European Contract Law, Parts I und II, 2000, S. XII; *von Bar/ Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, 2002, S. XV f.; *Zimmermann* in *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts, S. 1177.
[195] *Raben*, Das Modellgesetz als geeignetes Instrument europäischer Vertragsrechtsharmonisierung, S. 57 ff.
[196] Resolution vom 26.5.1989, ABl. 1989 C 158/400.
[197] Entschließung vom 26.5.1989, ABl. 1989 C 158/400, C 158/401.
[198] *Sonnenberger,* RIW 2001, 409.
[199] Entschließung vom 6.5.1994, ABl. 1994 C 205/518.
[200] Entschließung vom 6.5.1994, ABl. 1994 C 205/519.
[201] Entschließung vom 6.5.1994, ABl. 1994 C 205/519.
[202] *Lando/Beale*, The Principles of European Contract Law, Part I, Performance, Non Performance and Remedies, 1995. Die deutsche Übersetzung wurde veröffentlicht in: *Drobnig*/*Zimmermann,* ZEuP 1995, 864 ff.

Bestimmungen und enthält unter anderem Regeln über die Wirkungen des Vertrages, über die Nichterfüllung und die Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung. Teil II der PECL wurde in eine überarbeitete Version der PECL I integriert und veröffentlicht.[203] Ergänzt wurde der erste Teil durch Regeln über den Vertragsschluss, die Gültigkeit und die Auslegung von Verträgen. Der dritte und letzte Teil der Grundregeln befasst sich mit Regelungen zu vertraglichen Dreipersonen-Verhältnissen wie der Abtretung von Ansprüchen, der Schuldübernahme, der Vertragsübertragung, aber auch mit Regelungen zur Aufrechnung, Verjährung, Rechtswidrigkeit, Bedingungen und Kapitalisierung von Zinsen.[204]

Die PECL sind aber nicht die einzigen Grundregeln, die Anfang der 2000er Jahre veröffentlicht worden sind.

2. 2000er Jahre: Beginn der Beteiligung der Europäischen Kommission und *Avant-projet de Code européen des contrats de Pavie*

Bald nach der Veröffentlichung des ersten Teils der PECL wurde eine andere Gruppe von Juristen aktiv. Im November 1992 wurde die *Accademia dei Giusprivatisti Europei* oder auch *Académie des privatistes européens* gegründet und ab 1995 begann die *Académie* mit der Erarbeitung eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs.[205] Giuseppe Gandolfi gilt als wichtiges Gründungsmitglied[206] und Promotor[207] des im Jahre 2001 veröffentlichten Werkes.

Ziel der Akademie war nicht, den PECL Konkurrenz zu machen oder eine weitere Formulierung von Grundsätzen anzubieten.[208] Vielmehr ging es darum, ein Gesetzbuch auszuformulieren.[209] Nach dem Art. 1 der Satzung der Akademie trafen sich die Juristen, um „durch wissenschaftliche Forschung auf dem Boden der Gemeinschaftsverträge einen Beitrag zur Vereinheitlichung, Auslegung und Anwendung des europäischen Privatrechts zu leisten". Als Grundlage für die Beratungen wurde zum einen das vierte Buch des *Codice civile* von 1942 herangezogen, insbesondere die Titel I und II, die den Allgemeinen Teil des Obligationen- und Vertragsrechts regeln. Grund dafür war, dass das italienische Recht „brückenschlagend zwischen dem deutschen und den französischen Recht steht und Elemente beider zu einer eigenständigen Synthese verarbeitet hat".[210] Zum anderen wurde die Arbeit auf den Entwurf eines im Auftrag der englischen *Law Commission* ausgearbeiteten

---

[203] *Lando/Beale* (Hg.)*,* Principles of European Contract Law, Parts I and II, 2000. Die deutsche Übersetzung ist 2002 erschienen: *von Bar/Zimmermann* (Hg.), Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, 2002.
[204] *Lando/Clive/Prüm/Zimmermann* (Hg.)*,* Principles of European Contract Law, Part III, 2003. Die deutsche Übersetzung ist 2005 erschienen: *von Bar/Zimmermann* (Hg.)*,* Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil III, 2005.
[205] *Gridel*, Gazette du Palais 2003, 3; *Gandolfi,* RTD civ. 1992, 707.
[206] *Gridel*, Gazette du Palais 2003, 3; *Gandolfi,* RTD civ. 1992, 707.
[207] *Sonnenberger*, RIW 2001, 409.
[208] *Sonnenberger*, RIW 2001, 409, 410.
[209] *Gridel*, Gazette du Palais, 2003, 3 f.; *Garcia-Cantero,* Studia Universitatis Babeş-Bolyai Jurisprudentia, 2005, 55, 58 ff.; *Sonnenberger,* RIW 2001, 409, 410.
[210] *Sonnenberger,* RIW 2001, 409, 410. Siehe auch *Gandolfi*, RTD civ. 1992, 707.

Contract Code[211] gestützt. Der englische *Contract Code* ermöglichte, das Common Law einzubeziehen und so dessen Besonderheit in der Kodifizierung zu berücksichtigen.[212] Das erste Buch wurde im Jahre 1999 fertig gestellt und 2001 als *Livre Premier* des *Code européen des Contrats* veröffentlicht.[213] Es befasst sich mit dem allgemeinen Teil der Verträge (*des contrats en général*), was aus deutscher Sicht sowohl den Allgemeinen Teil des BGB als auch des Schuldrechts umfasst. Mitte 2006 wurde das zweite Buch, das sich mit den einzelnen Verträgen befasst, insbesondere dem Kaufvertrag, offiziell der Europäischen Union vorgestellt.

Die Europäische Kommission zögerte aber, sich zu beteiligen. Sowohl der Europäische Rat[214] als auch das Europäische Parlament[215] forderten die Europäische Kommission auf, sich der Frage der Erforderlichkeit einer weiteren Rechtsharmonisierung im Zivilrecht anzunehmen. Erst ab 2001 begann auf Anfrage der Europäischen Kommission ein Konsultations- und Diskussionsprozess über die Art und Weise, wie Probleme, die sich aus Unterschieden nationaler Vertragsrechte in der Europäischen Union ergeben, auf europäischer Ebene behandelt werden sollen.[216] Vier Lösungsansätze wurden von der Europäischen Kommission vorgeschlagen, falls die Frage bejaht werden sollte. Nach der ersten Lösungsmöglichkeit sollten dem Markt diese Probleme überlassen werden. Der zweite Vorschlag bestand darin, unverbindliche Vertragsrechtsgrundsätze auszuarbeiten, auf die sowohl Vertragsparteien, Gerichte und Schiedsgerichte, als auch nationale Gesetzgeber zurückgreifen könnten. Weiterhin schlug die Kommission vor, die bereits existierenden Rechtsvorschriften zu überarbeiten und mit dem Ziel der Vereinheitlichung zu verbessern. Der letzte Lösungsansatz bestand darin, neue Rechtsvorschriften zu erlassen, die allgemeine und spezifische vertragsrechtliche Fragen beantworten sollten, wobei das geeignete Rechtsinstrument (Richtlinie, Verordnung, Empfehlung) nicht von der Europäischer Kommission vorgegeben wurde.[217] Das Europäische Parlament erließ daraufhin eine weitere Entschließung[218] und schlug einen Zeitplan für die Ausarbeitung

---

[211] *McGregor*, Contract Code draw up on behalf of the English Law Commission, 1993 (sog. Code Harvey McGregor).
[212] *Sonnenberger,* RIW 2001, 409, 410; *Gandolfi,* RTD civ. 1992, 707.
[213] Das erste und zweite Buch sind aufrufbar unter http://www.eurcontrats.eu/acd2/.
[214] Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Tampere, 15./16.10.1999, A5-0256/2003, Schlussfolgerung Nr. 39: „Im Bereich des materiellen Zivilrechts bedarf es einer allgemeinen Studie über die Frage, ob zur Beseitigung von Hindernissen für das reibungslose Funktionieren von zivilrechtlichen Verfahren, die zivilrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten angeglichen werden müssen." Zu dem Beschluss siehe auch *von Bar*, ZEuP 2001, 799 ff.
[215] Entschließung vom 29.12.2000, ABl. 2000 C 377/323, 326 Rn. 28: „ist der Ansicht, daß eine verstärkte Harmonisierung im Bereich des bürgerlichen Rechts im Binnenmarkt unerläßlich geworden ist, und fordert die Kommission auf, eine diesbezügliche Studie auszuarbeiten".
[216] Mitteilung der Kommission an den Rat und das europäische Parlament, zum europäischen Vertragsrecht, KOM(2001) 398, S. 1 und S. 7, Rn 10 ff.
[217] Zum Ganzen siehe Mitteilung der Kommission an den Rat und das europäische Parlament, zum europäischen Vertragsrecht, KOM(2001) 398, S. 14 ff, Rn. 41 ff.
[218] Entschließung des Europäischen Parlaments zur Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten vom 15. November 2001, ABl. C 140E/538. Siehe dazu *von Bar*, ZEuP 2002, 629 ff.

eines Europäischen Zivilgesetzbuches[219] vor, wobei es sich mit der Einschränkung auf das Vertragsrecht nicht einverstanden erklärte.[220]

Die Schlussfolgerungen des Konsultationsprozesses wurden 2003 in einem Aktionsplan vorgestellt.[221] Der Aktionsplan schlug eine Mischung aus nicht-gesetzgeberischen und gesetzgeberischen Maßnahmen vor, um die Probleme des Binnenmarktes zu lösen.[222] Es sollte durch wissenschaftliche Forschung ein gemeinsamer Referenzrahmen oder *Common Frame of Reference* (CFR) ausgearbeitet werden. Anhand dessen sollte die Qualität des gemeinschaftlichen Besitzstands auf dem Gebiet des Vertragsrechts verbessert werden.[223] Auch sollte es sich dabei um einen „Werkzeugkasten" handeln, auf den die Kommission für künftige Gesetzgebungsakte im Bereich des Vertragsrechts zurückgreifen mochte. Die Kommission hat mehrmals die Möglichkeit erwähnt, diesen CFR als „optionales Instrument" festzulegen.[224] Damit ist eine Vertragsrechtsordnung gemeint, auf deren Anwendung sich die Parteien eines grenzüberschreitenden Vertrags einigen können.[225] Nachdem die Europäische Kommission ihre Vorgehensweise im Jahre 2004 konkretisiert hatte,[226] setzte sie die Erarbeitung des Referenzrahmens in Gang.

3. 2005: Beginn der Erarbeitung des *Draft Common Frame of Reference*

Im Jahre 2005 beauftragte die Europäische Kommission das *Joint Network on European Private Law* (auch CoPECL-Netzwerk), den gemeinsamen Referenzrahmen zu entwerfen.[227] Das CoPECL-Netzwerk umfasste mehrere Forschergruppen, unter anderem die *Study Group on a European Civil Code* (auch *Study Group*) unter Leitung von *Christian von Bar* und die *European Research Group on Existing EC Private Law* (auch genannt *Acquis Group*) unter Leitung von *Hans Schulte-Nölke*. Beide Arbeitsgruppen hatten eine führende Rolle und bildeten mit der *Insurance Contract Law* „the so-called ‚drafting teams' of the CoPECL-Network".[228]

---

[219] Entschließung des Europäischen Parlaments zur Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten vom 15. November 2001, ABl. C 140E/538, Rn. 14.
[220] Entschließung des Europäischen Parlaments zur Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten vom 15. November 2001, ABl. C 140E/538, Rn. 9.
[221] Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht: Ein Aktionsplan, KOM(2003) 68.
[222] Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht: Ein Aktionsplan, KOM(2003) 68, Rn. 52 ff.
[223] Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht: Ein Aktionsplan, KOM(2003) 68, Rn. 55 ff.
[224] Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht: Ein Aktionsplan, KOM(2003) 68, Rn. 89 ff.
[225] Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht: Ein Aktionsplan, KOM(2003) 68, Rn. 93 ff.; *Jansen/Zimmermann* NJW 2009, 3401.
[226] Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen, KOM(2004) 651.
[227] Zur Entstehung des gemeinsamen Referenzrahmens siehe *Schmidt-Kessel* (Hg.), Der gemeinsame Referenzrahmen, Entstehung, Inhalte, Anwendung, 2009.
[228] *Zimmermann* in *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts, S. 176.

Die Mitglieder der *Study Group* wirkten zum Teil an der Ausarbeitung der PECL mit, sodass eine gewisse Kontinuität zwischen den Projekten bestand.[229] Diese Arbeitsgruppe war dafür zuständig, die zivilrechtlichen Grundregeln für die Bereiche des Vertragsrechts und angrenzender Rechtsgebiete (wie Kauf- und Dienstleistungsverträge, Versicherungsverträge, Kreditsicherheiten, Geschäftsführung ohne Auftrag, Delikt und ungerechtfertigte Bereicherung) zu erarbeiten.[230] Die *Acquis Group* wurde schon 2002 als Reaktion auf die Entscheidung des Europäischen Parlaments zur Annäherung des Zivil- und Handelsrechts gegründet. Ihre Aufgabe bestand darin, das bestehende Gemeinschaftsrecht systematisch anzuordnen, um die hinter dem Gemeinschaftsprivatrecht stehenden gemeinsamen Strukturen aufzudecken.[231] Um dies zu erreichen, sollte ein „Restatement des bestehenden Unionsvertragsrechts"[232] ausgearbeitet werden. Das Ergebnis beider Arbeitsgruppen wurde in dem *Draft Common Frame of Reference* zusammengefasst. Im Februar 2008 wurde eine Interim Outline Edition des DCFR veröffentlicht[233] und ein Jahr später die endgültige Version[234]. *Christian von Bar* betont in der Einleitung des DCFR, dass er als eine wissenschaftliche und nicht als eine politische Leistung anzusehen sei und ein Entwurf für einen späteren CFR darstelle.[235]

Auf europäischer Ebene und für das gleiche Rechtsgebiet wurden mithin drei Regelwerke erarbeitet. Es stellt sich somit die Frage, wie das Verhältnis zwischen diesen Werken zu beurteilen ist.

B. Das Verhältnis zwischen den europäischen Regelwerken untereinander

Bei der Erarbeitung der europäischen Regelwerke haben sie sich gegenseitig beeinflusst. Dennoch bestehen wichtige Unterschiede, die jeweils ihre Besonderheit ausmachen. Nicht nur beruhen die drei europäischen Regelwerke auf unterschiedlichen Ausgangslagen (1.). Auch verfolgen sie unterschiedliche Ziele (2.).

1. Unterschiedliche Ausgangslagen

Den Regelwerken liegen unterschiedliche Methoden zugrunde. Die PECL haben sich von den US-amerikanischen *Restatements* inspirieren lassen.[236] *Restatement*

---

[229] *Jud,* Die Principles of European Contract Law als Basis des Draft Common Frame of Reference, in: *Schmidt-Kessel* (Hg.)*,* Der gemeinsame Referenzrahmen, Entstehung, Inhalte, Anwendung, S. 71 ff.

[230] *Riesenhuber,* Systembildung durch den CFR – Wirkungen auf die systematische Auslegung des Gemeinschaftsrechts, in: *Schmidt-Kessel/Dierks*, Der gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung, 2009, S. 173, 177.

[231] *Riesenhuber,* Systembildung durch den CFR – Wirkungen auf die systematische Auslegung des Gemeinschaftsrechts, in: *Schmidt-Kessel/Dierks*, Der gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung, 2009, S. 173, 178. Die *Acquis Group* hat das Ergebnis ihrer Arbeit in zwei Bücher aufgeteilt: Principles of Existing EC Contract Law, Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms in 2007 und Contract II, General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services in 2009.

[232] *Acquis Group,* Principles of Existing EC Contract Law, Contract I, Preface, S. IX; Kommentierung zu Art. 1:101 Acquis Principle, Rn. 1 ff.

[233] *Von Bar/Clive* (Hg.), DCFR, Outline Edition, Sellier European Law Publishers, 2008.

[234] *Von Bar/Clive* (Hg.), DCFR, Full Edition, Sellier European Law Publishers, 2009.

[235] *Von Bar/Clive* (Hg.), DCFR, Full Edition, 2009, Introduction, Rn. 6 ff., 59 ff.

[236] *Lando/Beale* (Hg.), Principles of European Contract Law, S. XXVI (= *von Bar/Zimmermann,* Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. XXIX).

bedeutet Neuformulierung.[237] Es handelt sich dabei um Regeln (sog. „black-letter-rule"), die von einer kurzen Kommentierung (sog. „comments") und rechtsvergleichenden Anmerkungen (sog. „notes") gefolgt werden. Die Kommentierung hilft dabei, den Zweck der Regeln zu erläutern. Die rechtsvergleichenden Anmerkungen dienen dazu, die analysierten und in Betracht gezogenen Rechtsquellen zu verdeutlichen. Zu beachten ist, dass die PECL nicht das Ziel hatten, übereinstimmende Regeln darzustellen. Vielmehr wollte die Lando-Kommission Regelungen erarbeiten, die die Bedürfnisse des Binnenmarktes befriedigen und somit ein funktionsfähiges System schaffen würden.[238] Die Regelungen wurden mittels Rechtsvergleichung entwickelt: Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten dienten somit als Grundlage für die Erarbeitung des Regelwerks. Als Ergebnis haben es die PECL vermocht, den gemeinsamen Grundbestand an Regelungen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen widerzuspiegeln.[239]

Auf den ersten Blick scheint der DCFR auch von der *Restatement*-Methode beeinflusst worden zu sein.[240] Zum einen dienten die PECL als Basis für die Erarbeitung des DCFR.[241] Zum anderen ähnelt das äußere Erscheinungsbild sehr dem der *Restatements*. Die Regelungen des DCFR sind nämlich in ähnlicher Form aufgebaut: Einzelvorschrift („black-letter-rule") gefolgt von einem ausführlichen Kommentar („comments") und von rechtsvergleichenden Hinweisen („notes"). Es gibt jedoch mehrere Gründe, warum der DCFR nicht als „europäisches Restatement"[242] gelten kann. Erstens geht der DCFR weit über den Status quo hinaus.[243] Indem die Verfasser des DCFR sowohl den besonderen Teil des Schuldrechts als auch das Haftungsrecht regeln wollten, war es angesichts der Vielfalt der Rechtsordnungen in den Mitgliedstaaten nicht möglich, übereinstimmende Grundsätze zu finden.[244]

---

[237] Zum Folgenden: *Michaels* in in *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts, S. 1295 ff.

[238] *Lando/Beale* (Hg.), Principles of European Contract Law, S. XXVI (= *von Bar/Zimmermann,* Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. XXIX).

[239] *Jud,* Die Principles of European Contract Law als Basis des Draft Common Frame of Reference, in: *Schmidt-Kessel* (Hg.), Der gemeinsame Referenzrahmen, Entstehung, Inhalte, Anwendung, S. 71, 80.

[240] So *Schulte-Nölke,* NJW 2009, 2161, 2162.

[241] Dazu *Jud,* Die Principles of European Contract Law als Basis des Draft Common Frame of Reference, in: *Schmidt-Kessel* (Hg.), Der gemeinsame Referenzrahmen, Entstehung, Inhalte, Anwendung, S. 71 ff.

[242] *Schulte-Nölke,* NJW 2009, 2161, 2162.

[243] *Michaels* in *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts, S. 1297; *Pichonnaz,* Harmonization of European Private Law: What Can Roman Law Teach Us; What Can It Not?, in *Fogt* (Hg.), Unification and Harmonization of International Commercial Law, S. 28.

[244] *Jansen/Zimmemann*, NJW 2009, 3401, 3403; *Pichonnaz,* Harmonization of European Private Law: What Can Roman Law Teach Us; What Can It Not?, in *Fogt* (Hg.), Unification and Harmonization of International Commercia Law, S. 28; *von Bar/Lando/Swann*, ERPL 2002, 183, 221 Rn. 62: "The concept of a restatement of law is not an unambiguous one. It would be better to speak simply of "Principles". That is because a formulation of shared law in terms of a mere reflection of the existing rules is not feasible in view of the existing multitude of systems of private law in Europe. The results of comparative law research must be consolidated instead in the form of norms. Moreover, a mere description of deviations from the existing national legal systems is insufficient. What is called for is the composition of uniform basic rules ("Principles"), based on a careful analysis of pros and cons, which overcome the existing substantive differences."

Infolgedessen mussten die Verfasser über den *Consensus* hinaus eine Lösung finden. Zweitens spricht auch gegen die Qualität als *Restatement*, dass die rechtsvergleichenden Hinweise erst zwei Jahre nach der Veröffentlichung der *Interim Version* hinzugefügt wurden. Es stellt sich somit die Frage, inwiefern sie für die Erarbeitung und die zukünftige Anwendung der Vorschriften von Nutzen sind.[245] Darüber hinaus bezweckt der DCFR die Integration des Gemeinschaftsprivatrechts, insbesondere des Verbrauchervertragsrechts, durch die Einarbeitung des *acquis communautaire*, das im Gegentsatz dazu in den PECL kein Eingang gefunden hat.[246] Das zur Erarbeitung der *acquis* verwendete europäische Gemeinschaftsrecht wurde jedoch nicht auf Basis der Rechtsvergleichung formuliert, sondern folgt einer besonderen Schutzrichtung und wurde unabhängig von den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen entwickelt. Infolgedessen muss die Qualität als *Restatement* dem DCFR abgesprochen werden.

Der Gandolfi-Code ist hingegen eindeutig kein *Restatement*. Die Arbeit beruht auf zwei Hauptquellen, einmal dem Codice civile, zum anderen dem von *McGregor* entworfenen Contract Code.[247] Dementsprechend hält sich der Rechtsvergleich im Vergleich zu den anderen Regelwerken in Grenzen. Zudem werden die Regelungen nicht mit Anmerkungen kommentiert. Der Gandolfi-Code enthält nur die reinen Vorschriften, sodass das äußere Erscheinungsbild dem eines Gesetzes ähnelt.

Die Unterschiede in den Methoden führen dazu, dass die daraus resultierenden Vorschriften anders ausfallen. Ähnlichkeiten sind durchaus vorhanden, aber keine absolute Identität ist zu finden. Dies beruht auf einem weiteren Grund: Die europäischen Regelwerke verfolgen unterschiedliche Ziele.

2. Unterschiedliche Ziele

Hinter jedem europäischen Regelwerk steckt ein besonderer Zweck. Die Verfasser der PECL hatten sogar fünf Ziele im Visier:[248] Zunächst sollten die Grundregeln auf europäischer Ebene bei der Rechtsetzung und bei der Rechtsanwendung von Gemeinschaftsrecht die betroffenen Organe unterstützen; die PECL sollten auch der erste Meilenstein zu einem europäischen Zivilgesetzbuch sein; weiterhin sollte die Möglichkeit bestehen, die Grundregeln als Gegenstand einer Rechtswahl durch

---

[245] *Jansen/Zimmemann*, NJW 2009, 3401, 3404; *Michaels* in *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts, S. 1297; *Pichonnaz,* Harmonization of European Private Law: What Can Roman Law Teach Us; What Can It Not?, in *Fogt* (Hg.), Unification and Harmonization of International Commercial Law, S. 28.

[246] *Jud,* Die Principles of European Contract Law als Basis des Draft Common Frame of Reference, in: *Schmidt-Kessel* (Hg.), Der gemeinsame Referenzrahmen, Entstehung, Inhalte, Anwendung, S. 71, 80; *Schulte-Nölke,* Ziele und Arbeitsweisen von Study Group und Acquis Group bei der Vorbereitung des DCFR, in: *Schmidt-Kessel* (Hg.), Der gemeinsame Referenzrahmen, Entstehung, Inhalte, Anwendung, S. 9, 10 ff.; *Zimmermann* in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts, S. 279.

[247] Siehe Kapitel 1 § 2 I A 2.

[248] *Lando/Beale* (Hg.), Principles of European Contract Law, S. XXIII f. (= v*on Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, S. XXV ff.).

Parteivereinbarung auszuwählen. Letztlich sollten die PECL dem nationalen Gesetzgeber im Fall einer Reform und für die Gerichte und Schiedsgerichte eine Orientierungshilfe geben, falls eine Lücke in dem anzuwendenden Recht bestünde.

Im Gegensatz dazu wollten die Bearbeiter des Gandolfi-Code – wie der Name *Avant-Projet du Code européen des Contrats* verdeutlicht - einen Gesetzentwurf für ein europäisches Zivilgesetzbuch schaffen: „Er ist vielmehr der erste öffentliche Probeauftritt eines künftigen europäischen Vertragsrechts selbst."[249] Ähnlich wie beim Gandolfi-Code wurde bei der Veröffentlichung des DCFR keine „sofortige Rechtsvereinheitlichung"[250] bezweckt. Diese zwei Regelwerke unterscheiden sich jedoch darin, dass der DCFR nicht die Absicht hat, wörtlich übernommen zu werden.[251] Der DCFR sollte die Grundlage für einen künftigen politischen CFR[252] legen, wobei der CFR kein Entwurf für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch sein sollte.[253] Nach den Verfassern des Regelwerks sollte nämlich das Projekt keinen politischen, sondern lediglich wissenschaftlichen Zwecken dienen.[254] Daher gehen die aufgelisteten Regeln weit über den von der Kommission aufgestellten Anwendungsbereich hinaus.[255]

Somit verfolgen die europäischen Regelwerke drei unterschiedeliche Ziele und verwenden jeweils eine eigene Vorgehensweise. Auf internationaler Ebene haben Wissenschaftler und Praktiker bereits früher damit begonnen, eine Zusammensetzung von Grundregeln zu formulieren.

II. Das internationale Regelwerk: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

Die ursprüngliche Idee, *Principles of International Commercial Contracts* zu erarbeiten, entstand schon in den 1970er Jahren. Allerdings zeigt die Darstellung der Entstehungsgeschichte, dass es noch einen langen Weg bis zur tatsächlichen Veröffentlichung der ersten Fassung gab (A.). Seitdem wird der Erfolg der Grundregeln nicht in Frage gestellt. Klärungsbedürftig ist jedoch das Verhältnis zu den anderen in dieser Arbeit untersuchten Regelwerken (B.).

---

[249] *Zimmermann* RIW 2001, 409, 410.
[250] *Raben*, Das Modellgesetz als geeignetes Instrument europäischer Vertragsrechtsharmonisierung, S. 259.
[251] *Raben*, Das Modellgesetz als geeignetes Instrument europäischer Vertragsrechtsharmonisierung, S. 259.
[252] *Von Bar/Clive* (Hg.), DCFR, Full Edition, 2009, Introduction, Rn. 6; bezweifelt in *Jansen/Zimmermann,* NJW 2009, 3401, 3406.
[253] *Von Bar,* Die Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens, in: *Schmidt-Kessel* (Hg.)*,* Der gemeinsame Referenzrahmen, Entstehung, Inhalte, Anwendung, S. 23, 28 ff.; *Riesenhuber,* Systembildung durch den CFR- Wirkungen auf die systematische Auslegung des Gemeinschaftsrechts, in: *Schmidt-Kessel* (Hg.)*,* Der gemeinsame Referenzrahmen, Entstehung, Inhalte, Anwendung, S. 173, 193 f., wobei letzterer jedoch über eine gewisse Skepsis in der Wissenschaft aufmerksam macht.
[254] *Von Bar/Clive* (Hg.), DCFR, Full Edition, 2009, Introduction, Rn. 4.
[255] *Von Bar/Clive* (Hg.), DCFR, Full Edition, 2009, Introduction, Rn. 6, 34-39, 59. Für die Beschränkung auf das Vertragsrecht siehe Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht: Ein Aktionsplan, KOM(2003) 68; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen, KOM(2004) 651.

A. Entstehungsgeschichte

Das Internationale Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (UNIDROIT) wurde 1926 als Unterorganisation des Völkerbundes gegründet. Im Jahre 1940 wurde dessen Statut mit der Folge geändert, dass es ab diesem Zeitpunkt als eine unabhängige intergouvernementale Einrichtung fungierte.[256] Ziel der Organisation ist es, „die Möglichkeiten der Harmonisierung und Koordinierung des Privatrechts zwischen Staaten oder Staatengruppen zu prüfen und nach und nach die Annahme einheitlicher Vorschriften des Privatrechts durch die verschiedenen Staaten vorzubereiten."[257]

Im Jahre 1968 schlug *Matteucci,* damalige Generalsekretär von UNIDROIT, vor, ein internationales Restatement des allgemeinen Vertragsrechts nach dem amerikanischen Vorbild zu erarbeiten.[258] Hintergrund hierfür war der Misserfolg der Haager Kaufgesetze von 1964 und die Übertragung der weiteren Vereinheitlichung auf dem Gebiet des Kaufrechts auf die neu gegründete UNCITRAL.[259] Drei Jahre später stand das Projekt auf dem offiziellen Arbeitsplan des Instituts unter dem Titel „essai d'unification portant sur la partie générale des contrats (en vue d'une codification progressive du droit des obligations ‚ex contractu')".[260] Der Titel sorgte für Verwirrung, weil damals noch nicht entschieden war, welche Form das Projekt annehmen sollte.[261] 1973 wurde das *Steering Committee* gegründet. Dieser Lenkungsausschuss bestand aus drei Repräsentanten der bedeutendsten Rechtsfamilien: Professor *René David* für das Civil Law, Professor *Tudor Pospescu* für das seinerzeitige kommunistische Rechtssystem und Professor *Clive M. Schmitthoff* für das Common Law.[262] Die Gruppe setzte den Rahmen für die Erarbeitung der Grundprinzipien. Die Professoren beschränkten das Vorhaben auf das internationale Vertragsrecht, weil sich andere Institutionen schon um die Regelung besonderer Vertragsarten kümmerten,[263] und diskutierten über die Methode der Harmonisierung.

Die Ausarbeitung der Grundregeln des Rechts der internationalen Handelsverträge begann im Jahre 1980, als der Direktionsrat von UNIDROIT eine Arbeitsgruppe, geleitet von *Michael Joachim Bonell*, zu diesem Zweck einsetzte.[264] Ausschlagge-

[256] Zur Gründungsgeschichte von UNIDROIT siehe: *Berger*, The Creeping Codification, S. 180 ff.; *Kronke* in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts, S. 1542 ff.; *ders.,* JZ 2001, 1149 ff.; *Vogenauer*, ZEuP 2013, 7.
[257] Art. 1 Statute of UNIDROIT.
[258] Comptes-rendus, in: *Unidroit* (Hg.), L'unification du droit, Annuaire 1967-1968, II, S. 267 ff.
[259] *Meyer,* Principles of Contract Law und nationales Vertragsrecht, S. 76; *Magnus* in *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts, S. 1746**.**
[260] Siehe dazu *Bonell,* Uniform Law Review, 1996, 299, 230; *ders.,* An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts, S. 28.
[261] *Bonell*, ICLQ 27 (1978), 413, 440 f.; *ders.*, An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts, S. 29.
[262] Zu den Professoren siehe *Berger,* The Creeping Codification, S. 181, Fn. 23 ff.
[263] *Bonell*, ICLQ 27 (1978), 413, 414 f.
[264] *UNIDROIT* (Hg.), Principles of International Commercial Contracts, 1994 S. vii; *Zimmermann* ZEuP 2005, 264.

bend war die Unzufriedenheit mit dem damaligen transnationalen Handelsvertragsrecht.[265] Grenzüberschreitende Verträge waren den nationalen Privatrechten unterworfen, welche die Bedürfnisse von Schnelligkeit und Sicherheit des internationalen Handelsverkehrs nicht befriedigten.[266] Auch konnten die internationalen Konventionen dieses Bedürfnis nicht erfüllen, da oft die Komplexität des von ihnen geschaffenen Einheitsrechts entgegenstand.[267]

Die eingesetzte Arbeitsgruppe bestand aus 19 Vertreter aller bedeutenden Rechtsordnungen der ganzen Welt.[268] Die Arbeitsgruppe setzte sich mit folgenden Themen auseinander: Vertragsschluss, Gültigkeit von Verträgen, Auslegung und Inhalt von Verträgen, Erfüllung sowie Nichterfüllung und Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung.[269] 1994 wurde das Regelwerk veröffentlicht:[270] die UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* mit 120 Grundregeln, aufgeteilt in sieben Kapitel. Jeder Artikel ist kommentiert, jedoch ohne rechtsvergleichende Hinweise, im Gegensatz zu den PECL.[271] Ziel ist dabei, den internationalen Charakter hervorzuheben.[272] Die Stärke der Grundregeln zeichnet sich dadurch aus, dass sie leicht zu verstehen und durch Beispiele in den offiziellen Kommentaren illustriert sind. Dies vereinfacht ihre Handhabung und ermöglicht die Überbrückung rechtskultureller Unterschiede.[273]

Im Jahre 1997 begann eine neue Arbeitsgruppe, eine zweite Version der Grundregeln zu erarbeiten. Diese erneut von *Bonell* geleitete Arbeitsgruppe nahm sich die Erweiterung der ersten Fassung auf weitere Rechtsgebiete zur Hauptaufgabe.[274] Im Jahr 2004 wurde der Auftrag mit der Fertigstellung der zweiten Edition erfüllt.[275] Fünf Kapitel wurden eingeführt, die unter anderem Vertretungsrecht, Abtretung und Aufrechnung behandeln. Eine weitere Ausgabe wurde 2010 veröffentlicht. Diese brachte nur wenige Änderungen und 26 neu eingefügte Artikel mit sich.

Im Juni 2016 beschloss der Direktionsrat die zuletzt erschienene Ausgabe der Grundregeln. Erst im April 2017 wurden sie mit überarbeiteter offizieller Kommentierung herausgegeben.[276] Grundlegende Änderungen sind nicht erfolgt. Dennoch

---

[265] *Bonell,* An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts, S. 11 ff.
[266] *Bonell,* An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts, S. 11 ff.*; Raben*, Das Modellgesetz als geeignetes Instrument europäischer Vertragsrechtsharmonisierung, S. 203.
[267] *Raben*, Das Modellgesetz als geeignetes Instrument europäischer Vertragsrechtsharmonisierung, S. 203 f.
[268] Aufzählung der Mitglieder in *UNIDROIT* (Hg.), Principles of International Commercial Contract, 1994, S. XIII f.
[269] *Zimmermann* ZEuP 2005, 264, 265.
[270] *UNIDROIT* (Hg.), Principles of International Commercial Contracts, 1994.
[271] *UNIDROIT* (Hg.), Principles of International Commercial Contracts, 1994, S. VIII; *Zimmermann* ZEuP 2005, 264, 265.
[272] *UNIDROIT* (Hg.), Principles of International Commercial Contracts, 1994, S. VIII.
[273] *Brödermann,* RIW 2017, 1. Vgl. *Zimmermann,* ZEuP 2005, 264, 265.
[274] *UNIDROIT* (Hg.), Principles of International Commercial Contracts, 2004, S. VIII.
[275] *UNIDROIT* (Hg.), Principles of International Commercial Contracts, 2004.
[276] *UNIDROIT* (Hg.), Principles of International Commercial Contracts, 2016. Siehe auch *Brödermann,* RIW 10/2017, 1.

gibt es eine wichtige Ergänzung, nämlich die Einführung von Regeln über Langzeitverträge. Ursprünglich waren die Grundregeln für Verträge gedacht, die sofort erfüllt werden können, zum Beispiel Kaufverträge. Da sich die Wirtschaft im Laufe der Zeit geändert hat und komplizierter geworden ist, wurden dringend erforderlichen Grundregeln über Langzeitverträge erarbeitet, um den Bedürfnissen der Wirtschaft zu entsprechen. Dies wurde erreicht, indem sechs Vorschriften geändert und einige Kommentarstellen mit Anmerkungen zu Langzeitverträgen ergänzt wurden.[277]

Das Vertragsrecht wird somit auch von den UPICC geregelt. „For the purpose of unification or harmonisation of law there is nothing worse than duplication of work leading to the adoption of different instruments competing with one another in the same area."[278] Dementsprechend muss das Verhältnis zu den europäischen Regelwerken geklärt werden.

B. Das Verhältnis zu den europäischen Regelwerken

Die PECL und die UPICC wurden relativ zeitnah erarbeitet und dann veröffentlicht. Infolgedessen waren sowohl der Kontext von deren Bearbeitung als auch die zu befriedigenden Bedürfnisse ähnlich. Auch wurde dieselbe Arbeitsmethode verwendet. Die Erarbeitung beider Grundregeln beruht auf funktionaler Rechtsvergleichung.[279] Unter Zugrundlegung dieser Methode werden Rechtsnormen in ihrem Umfeld untersucht, d. h. nicht nur die rechtlichen Aspekte werden in Betracht gezogen, sondern auch die rechtskulturellen oder außerrechtlichen, letztlich realen Funktionen.[280] „Dahinter steht die Erkenntnis, dass Rechtsinstitute keine abstrakten Konstrukte sind, sondern letztlich immer der Lösung realer zwischenmenschlicher, gesellschaftlicher oder wirtschaftlicher Probleme dienen. Im Zentrum des Rechtsvergleichs steht also der Vergleich der Lösungen, die die jeweiligen Rechtsordnungen für konkrete Sachprobleme bereithalten."[281] Wenn die Vertragsrechte tatsächlich zu unterschiedlichen Lösungen führten, musste die jeweilige Arbeitsgruppe diskutieren und sich auf eine Lösung einigen, wobei die Bearbeiter die entsprechenden Ziele vor Augen hatten: Die Eignung des Rechtssatzes als Grundlage für eine europäische Lösung für die PECL[282] und die weltweite Verwendbarkeit für internationale Handelsverträge für die UPICC[283].

Dennoch unterscheiden sich die zwei Regelwerke sowohl inhaltlich als auch im Aufbau. Zum einen verfügen die UPICC im Gegensatz zu den PECL (und den DCFR) nicht über rechtsvergleichende Hinweise.[284] Zum anderen haben die zwei

---

[277] *UNIDROIT* (Hg.), Principles of International Commercial Contracts, 2016, S. VII, VIII.
[278] *Bonell,* Uniform Law Review, 1996, 229, 244.
[279] *Meyer,* Principles of Contract Law und nationales Vertragsrecht, S. 83ff, 98 f.; *Berger,* The Creeping Codification, S. 183 ff.
[280] *Kischel*, Rechtsvergleichung, S. 6 f., Rn. 14 ff.; *Zweigert/Kötz* (Hg.), Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33 ff.; *Ebert*, Rechtsvergleichung, S. 26 ff.
[281] *Kischel*, Rechtsvergleichung, S. 6, Rn. 14.
[282] *Meyer,* Principles of Contract Law und nationales Vertragsrecht, S. 98.
[283] *Bonell,* An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts, S. 47; *Meyer*, Principles of Contract Law und nationales Vertragsrecht, S. 84 f.
[284] Siehe Kapitel 1 § 2 II A.

Regelwerke unterschiedliche Anwendungsbereiche. Zunächst der örtliche Anwendungsbereich: Die PECL werden als „europäische *lex mercatoria*“[285] vorgestellt. Infolgedessen sind sie hauptsächlich auf eine Anwendung in Europa ausgerichtet. Ziel der PECL ist es, Bezugspunkt für die Organe der Europäischen Union bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung zu sein. Im Gegensatz dazu sind die UPICC für eine weltweite Anwendung geschaffen.[286] Dies wurde auch von Rechtspraktikern[287] bestätigt. Während die PECL nur für den europäischen Binnenmarkt eine Rolle spielen sollten, wollen die Verfasser der UPICC auf den internationalen Handelsverkehr Einfluss nehmen.

Weiterhin sind die Unterschiede in dem sachlichen Anwendungsbereich zu untersuchen. Nach der Präambel der UPICC ist das Regelwerk nur auf Handelsverträge anwendbar. Aus diesem Grund sind nur *B2B*-Geschäfte betroffen und der Verbraucherschutz wird nicht behandelt. Hingegen enthalten die PECL verbraucherschützende Regelungen. Die PECL finden auf jede Art von Verträgen Anwendung. Infolgedessen ist der sachliche Anwendungsbereich der PECL breiter als der Anwendungsbereich der UPICC. Dementsprechend ist die Gefahr, zwischen zwei *leges mercatoriae* entscheiden zu müssen, nicht zu fürchten.

Ähnlich hierzu ist das Verhältnis zwischen DCFR und UPICC. Der DCFR wurde für die Europäische Union entwickelt und von der Europäischen Union gefördert. Sein örtlicher Anwendungsbereich ist somit die Europäische Union. Auch für den sachlichen Anwendungsbereich gilt das oben Gesagte entsprechend. Die Bearbeiter des DCFR verfolgen ausdrücklich das Ziel des Verbraucherschutzes und haben zahlreiche verbraucherschützende Regelungen entwickelt. Dies gilt unter anderem für die vorvertragliche Informationspflicht, für die sogar die Regeln je nach Vertragspartei unterscheiden.[288] Des Weiteren stellt der DCFR einen Entwurf für einen künftigen CFR dar. Somit verfolgen UPICC und DCFR auch andere Ziele. Die UPICC sollen nämlich keine Grundlage für ein späteres internationales Zivilgesetzbuch anbieten, sondern die anerkannten Grundprinzipien zusammenfassen.

Der letzte Punkt gilt auch für das Verhältnis zwischen dem Gandolfi-Code und den UPICC. Im Gegensatz zu den UPICC zielt der Gandolfi-Code darauf, ein künftiges Gesetzbuch vorzubereiten. Zudem beruht die Erarbeitung des Gandolfi-Code nicht auf einer rechtsvergleichenden Arbeitsweise. Nicht nur wurden für die Bearbeitung

---

[285] *Lando/Beale* (Hg.), The Principles of European Contract Law, Part I, S. XXIV (= v*on Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, S. XXVI).

[286] International Institute for the Unification of Private Law, Principles of International Commercial Contracts, Introduction, S. XXIX: “the objective of the UNIDROIT Principles is to establish a balanced set of rules designed for use throughout the world irrespective of the legal traditions and the economic and political conditions of the countries in which they are to be applied.”

[287] Chambre commerciale, 17. Februar 2015, Nr. 12-29.550, 13-18.956, 13-20.230: “les principes Unidroit forment un code des contrats internationaux proposé par une organisation internationale interétatique, dont sont membres la France et la Pologne qui leur confère une autorité plus importante que les principes du droit européen des contrats […].“ Übersetzung: Die Unidroit-Grundsätze bilden ein Regelwerk für internationale Verträge, das von einer internationalen zwischenstaatlichen Organisation vorgeschlagen wurde, der Frankreich und Polen angehören, das ihnen eine größere Autorität verleiht als den Grundsätzen des europäischen Vertragsrechts.

[288] Siehe Kapitel 2 § 5 I.

der UPICC nationale Rechtsordnungen analysiert. Auch wurden das CISG, das MLEC und andere Konventionen herangezogen.[289] Diese Vielzahl an verwendeten Materialien steht im Kontrast zu den zwei Werken, die dem Gandolfi-Code zugrunde gelegt worden sind.

Mithin steht fest, dass die untersuchten Regelwerke einzigartig sind. Jedes Regelwerk hat eine Besonderheit, die es zum Unikat macht und die Vielfalt der Rechtsinstrumente vergößert.

III. Die europäischen und internationalen Regelwerke als Vorbild für nationale Gesetzgeber

Die europäischen und internationalen Regelwerke kommen in unterschiedlicher Weise zur Geltung. Die Vertragsparteien können sich auf die Anwendung der Regelwerke einigen und ihren Vertrag den Grundprinzipien unterwerfen.[290] Jedoch sind nicht nur Privatpersonen Adressat der Regelwerke. Vielmehr zählen auch nationale Gesetzgeber zu den Zielgruppen. Die Grundregeln dienen in diesem Fall dem nationalen Gesetzgeber als Inspirationsquelle und ermöglichen durch ihren Einfluss, das Vertragsrecht mittelbar zu vereinheitlichen.

Ausdrücklich formuliert die Präambel der UPICC, dass die Grundregeln dem nationalen Gesetzgeber als Modell dienen sollen.[291] Es handelt sich jedoch nicht um den ersten verfolgten Zweck. Als „ratio scripta des internationalen Wirtschaftsrechts“[292] wurden die UPICC für internationale Handelsverträge konzipiert und somit in erster Linie für die Rechtswahl der Vertragsparteien.[293] Zusätzlich können die UPICC als Inspirationsquelle für nationale Gesetzgeber dienen. Nach der Kommentierung zu der Präambel sollen die Grundregeln besonders für diejenigen Staaten nützlich sein,

> „which lack a developed body of legal rules relating to contracts and which intend to update their law, at least with respect to foreign economic relationships, to current international standards. Not too different is the situation of those countries with a well-defined legal system, but which after the dramatic changes in their socio-political structure have an urgent need to rewrite their laws, in particular those relating to economic and business activities.“[294]

Die Lage Frankreichs vor der Reform war davon nicht weit entfernt. Zwar verfügte der Code civil über vertragsrechtliche Vorschriften. Jedoch waren sie lückenhaft und veraltet. Infolgedessen war ein *update* zwingend erforderlich. Der französische Gesetzgeber konnte sich nur in der von den UPICC beschriebenen Situation angesprochen fühlen.

---

[289] *Bonell,* An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts, S. 48; *Raben*, Das Modellgesetz als geeignetes Instrument europäischer Vertragsrechtsharmonisierung, S. 207.
[290] Siehe Präambel UPICC; Art. 1:101 (2) PECL.
[291] Präambel Abs. 7: “They may serve as a model for national and international legislators.”
[292] *Berger*, JZ 1999, 373.
[293] Siehe Comment, Preamble, UPICC.
[294] Comment 7., Preamble, UPICC.

Gemäß Art. 1:101 (1) PECL haben die europäischen Grundregeln zum Hauptzweck, ein allgemeines Regelwerk des Vertragsrechts der Europäischen Union anzubieten, das bei der Schaffung europäischer Gesetzgebung und der Anwendung des Gemeinschaftsrechts helfen soll.[295] Allerdings ist dies nicht der einzig verfolgte Zweck. Nebenziel ist auch, „ein Modell für die Weiterentwicklung des Vertragsrechts durch die Gerichte und den Gesetzgeber" sowie „eine Grundlage für die Harmonisierung" zu werden.[296] Die angebotenen Lösungen sollen den nationalen Gesetzgebern helfen, ihr Vertragsrecht zu reformieren.[297] Langfristig soll das Regelwerk helfen, das Vertragsrecht der Mitgliedstaaten zu harmonisieren.

Auch der DCFR strebt keine unmittelbare Rechtsangleichung an. Als Vorstufe zum künftigen CFR soll er nur die Grundzüge des Referenzrahmens schaffen. Der CFR sollte „a legislator's guide or toolbox"[298] werden, der DCFR aber das Modell hierzu. In der Einleitung zum DCFR wird also betont, dass Ziel des Referenzrahmens sei, eine konkrete Grundlage für einen späteren CFR festzulegen, jedoch auch eine „mögliche Inspirationsquelle"[299] zu sein. Die Verfasser des DCFR hofften auf einen ähnlichen Erfolg wie für die PECL, nämlich auf eine reiche Bezugnahme, sei es in gerichtlichen oder in Gesetzgebungsverfahren.[300] Denn

> „(i)f the content of the DCFR is convincing, it may contribute to a harmonious and informal Europeanisation of private law."[301]

Der Gandolfi-Code hat hingegen eine andere Richtung gewählt. Als Hauptziel wurde festgelegt, ein europäisches Vertragsgesetzbuch zu entwerfen und somit ein Vorbild für den europäischen, nicht für den nationalen Gesetzgeber zu werden. Den Verfassern geht es zwar auch darum, einen Beitrag zur Vereinheitlichung zu leisten.[302] Primäres Ziel ist dennoch, die Grundlinie eines Vertragsrechts zu formulieren. Somit muss ihm die Vorbildintention abgesprochen werden, da die Verfasser weder unmittelbar noch mittelbar bezweckten, nationale Gesetzgeber zu inspirieren.

Ohne es jedoch zu wollen, hat der Gandolfi-Code alle Eigenschaften, eine Inspirationsquelle zu sein. Er verfügt nämlich über sehr präzise Regeln, die für Neukodifikationen von Privatrecht von Vorteil sein können.[303] Zudem wurde erfolgreich das Common Law in die Beratung einbezogen, sodass beide Rechtssysteme vertreten

---

[295] Art. 1:101 (1) PECL; *Von Bar/Zimmermannn,* Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, S. XXV.
[296] *Von Bar/Zimmermannn,* Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, S. XXVI.
[297] *Von Bar/Zimmermannn,* Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, S. XXVI.
[298] Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen, KOM(2004) 651; *von Bar/Clive* (Hg.), Draft Common Frame of Reference, Full Edition, 2009, Introduction, Rn. 80.
[299] *Von Bar/Clive* (Hg.), DCFR, Full Edition, 2009, Introduction, Rn. 64: "Rather the aim is top rovide rules from which the legislator may draw inspiration".
[300] *Von Bar/Clive* (Hg.), DCFR, Full Edition, 2009, Introduction, Rn. 8.
[301] *Von Bar/Clive* (Hg.), DCFR, Full Edition, 2009, Introduction, Rn. 8.
[302] Art. 1 der Satzung der Akademie.
[303] *Siehr* in *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts, S. 262.

sind. Heutzutage wird der Gandolfi-Code als wichtiges informelles Rechtsinstrument angesehen und wurde auch als eine Hauptquelle für das Reformprojekt *Terré* ausgewählt.[304] Mithin zielt der Gandolfi-Code nicht auf eine Vorbildfunktion, löst sie aber dennoch aus.

Die UPICC und die PECL haben es geschafft, das mittelbare Ziel umzusetzen, ein Vorbild für nationale Gesetzgeber zu sein. Zwar sind sie nicht in ihrer Gesamtheit in nationalen Rechtsordnungen umgesetzt worden. Doch haben sie weltweit Gesetzgeber inspiriert: Russland, China, Litauen, Polen, Niederlande, Québec, Deutschland haben an ihnen Maß genommen.[305] Der DCFR und der Gandolfi-Code müssen ihre Vorbildeigenschaft noch beweisen. Die Integrationschancen beider Regelwerke hängen von ihrer Akzeptanz und Autorität ab, jedoch nicht von Kompetenz und Legitimation mangels Geltungsanspruch und Verbindlichkeit.[306] Der Integrationserfolg der UPICC und PECL erklärt sich daraus, dass sie zwar Modellregelungen in bereits vollständig ausgeformten Regelungsmaterien anboten, jedoch inhaltlich und sachlich überzeugende Regelungen schufen, die nach Übernahme zu einer Verbesserung des nationalen Rechts führten.[307] Ob der DCFR und der Gandolfi-Code diese Qualität auch aufweisen, wird sich in der Zukunft herausstellen. Frankreich könnte hierfür ein guter Test bezüglich der Vorbildwirkung sein.[308]

---

[304] Zum Beispiel *Witz,* Contrat ou acte juridique?, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 51, 57 ff.; *Remy,* Plans d'exposition et catégories du droit des obligations, ?, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 83, 88 ff.; *Aubert de Vincelles,* Les principes généraux relatifs au droit des contrats, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 113 ff.

[305] Für eine Aufzählung siehe *Raben*, Das Modellgesetz als geeignetes Instrument europäischer Vertragsrechtsharmonisierung, S. 63 f., 66, 213 ff.; *Bonell,* An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts, 268 ff. Zum Einfluss der Regelwerke auf die deutsche Schuldrechtsreform siehe *Meyer,* Principles of Contract Law und nationales Vertragsrecht, S. 155 ff. Siehe zudem *Doudko*, Hardship in contract: The Approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia, Uniform Law Review, 2000, 483 ff.; *Xi*, The Impact of the UP on Chinese Legislation, in: *Cashin-Ritaine/Lein* (Hg.), Die UNIDROIT Principles 2004, S. 107 ff.; *Zukas*, Einfluss der „Unidroit principles of international commercial contracts" und der „Principles of European contract law" auf die Transformation des Vertragsrechts in Litauen, Stämpfli Verlag AG Bern, 2010.

[306] *Röthel,* Der Referenzrahmen als Modellgesetz, in: *Schmidt-Kessel* (Hg.)*,* Der gemeinsame Referenzrahmen, Entstehung, Inhalte, Anwendung, S. 287, 308.

[307] *Röthel,* Der Referenzrahmen als Modellgesetz, in: *Schmidt-Kessel* (Hg.)*,* Der gemeinsame Referenzrahmen, Entstehung, Inhalte, Anwendung, S. 287, 299 f.

[308] In der Literatur wird diskutiert, ob die untersuchten Regelwerke zusätzlich als Modellgesetz kategorisiert werden können. Dazu *Raben*, Das Modellgesetz als geeignetes Instrument europäischer Vertragsrechtsharmonisierung; *Schmidt,* Das Potential gesellschaftsrechtlicher Modellgesetze, in: *Behmen* (Hg.), Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft, S. 198 ff.; *Berger*, JZ 1999, 369 ff.; *Max Planck Institute*, RabelsZ 75 (2011), 371, 381; *Meyer,* Principles of Contract Law und nationales Vertragsrecht trennt die Darstellung von Modellgesetzen (S.45 f.) und der Regelwerke (S. 65 ff.).

§ 3 Ergebnis und Zusammenfassung

Die Historie der französischen Reform zeigt, wie kompliziert und schmerzhaft es für Frankreich war, den Code civil zu ändern. Als Zeichen der Stabilität und Ausprägung einer französischen Wirkungsmacht in der Welt ist der Code civil eine wichtige Größe der französischen Gesellschaft. Der *Doyen Carbonnier* beschrieb den Code civil als die echte Verfassung Frankreichs.[309] Eine Reform war indes zwingend erforderlich, um die Machtstellung des Code civil zu erhalten. Die Zusammenarbeit von Wissenschaftlern und Politikern war erfolgreich und ein modernisiertes Vertragsrecht ist in Kraft getreten. Zu beachten ist jedoch, dass ohne den Einfluss der Europäischen Union eine Reform vielleicht nie zustande gekommen wäre. Dieser Impuls Europas war ausschlaggebend für die spätere *ordonnance*, sowohl politisch als auch inhaltlich. Um den Code civil wieder auf europäischer und internationaler Ebene attraktiv zu machen, musste der Gesetzgeber das Gesetzesbuch den Bedürfnissen der heutigen Wirtschaft und Gesellschaft anpassen. Inspiration hierfür könnte er in den europäischen und internationalen Regelwerken gefunden haben.

„Informelle Rechtsvereinheitlichung ist keine Zukunftsmusik."[310] Die Rechtswissenschaft hat neue Wege entwickelt, um einheitliche Rechtsstrukturen zu schaffen, ohne sich der traditionellen Methoden der Rechtsvereinheitlichung zu bedienen. Als flexible und anpassungsfähige Rechtsintrumente ermöglichen die Regelwerke die einfache Handhabung, über die traditionelle Methoden nicht verfügten. Die Regelwerke schaffen es, sich den ständig wechselnden Bedürfnissen anzupassen, und ermöglichen eine überschaubare Zusammenfassung der auf europäischer und internationaler Ebene anerkannten Grundsätze auf dem Gebiet des Vertragsrechts. Das Verhältnis zwischen den Regelwerken ist klar und die zahlreichen Anwendungen der Regelwerke bestätigen, dass Überschneidungen und Widersprüche nicht zu beklagen sind.

Für nationale Gesetzgeber ist es nur von Vorteil, über Regelwerke zu verfügen, die praxisbezogene Lösungen anbieten. Wie die französische Geschichte gezeigt hat, sind die Erwartungen in Bezug auf die Reform des Code civil hoch und der Bedarf an Modernisierung ist groß. Die Regelwerke boten die Rechtssätze und Lösungen an, die Frankreich für seinen Code civil brauchte. Wie die Regelwerke in die Reform einbezogen wurden und wie ihre Integration stattgefunden hat, ist Untersuchungsgegenstand der nächsten Kapitel.

---

[309] *Carbonnier*, Le Code civil, in: *Nora,* Les lieux de mémoire, T. II, La nation, S. 293, 309: „Sa véritable constitution, c'est le Code civil – véritable non pas au sens formel, mais au sens matériel […]."
[310] *Berger*, JZ 1999, 369, 377.

Kapitel 2: Das vorvertragliche Leistungsstörungsrecht – Art. 1112 bis Art. 1112-2 Code civil

Das vorvertragliche Leistungsstörungsrecht umfasst alle Störungen und Pflichtverletzungen, die vor dem Vertragsschluss stattfinden. Weil solche Störungen sich sowohl auf das Gleichgewicht in den Vertragsverhandlungen als auch auf die spätere Durchführung des Vertrages auswirken können, ist das vorvertragliche Stadium für die Praxis von großer Bedeutung.

Der Code civil von 1804 enthielt keine Vorschrift zu den vorvertraglichen Leistungsstörungen. Zwar war es Rechtsprechung und Lehre im Laufe der Zeit gelungen, ein schlüssiges System zu entwickeln. Doch reichte es auch dieses nicht aus, um alle offenen Fragen zu beantworten, sodass der Bedarf einer Kodifizierung stets fühlbar blieb.

Aus französischer Sicht ist die vorvertragliche Phase gleichbedeutend mit Vertragsverhandlungen. Das vorvertragliche Leistungsstörungsrecht hat somit einen schmalen Anwendungsbereich und setzt die Aufnahme von Vertragsverhandlungen als eine unverzichtbare Bedingung voraus. Infolgedessen beschränkte sich der Gesetzgeber auf die Einführung von drei Vorschriften über die Vertragsverhandlung (Art. 1112 Code civil), die vorvertragliche Informationspflicht (Art. 1112-1 Code civil) und die Verschwiegenheitspflicht in den Vertragsverhandlungen (Art. 1112-2 Code civil).

Die Einführung eines Unterkapitels zu diesem Problemkreis hat eine besondere Signalwirkung. Jedes als Vergleich herangezogene Regelwerk sowie das deutsche Recht verfügen nämlich über eine oder mehrere Vorschriften hierzu. Dies verdeutlicht den europäischen und internationalen Konsens, der insoweit über die Notwendigkeit geschriebener Regeln herrscht.

Die drei neu eingeführten Artikel sind nach einer kurzen Rückschau über die französische Rechtslage vor der Reform Untersuchungsgegenstand des kommenden Kapitels und werden aus europäischer und internationaler Sicht analysiert.

§ 4 Die Haftung bei Fehlverhalten in den Vertragsverhandlungen, Art. 1112 Code civil

Das Unterkapitel über das vorvertragliche Stadium beginnt mit Art. 1112 Code civil, der in zwei Absätze aufgeteilt ist. Zuerst werden die Grundsätze der Verhandlungsfreiheit und von Treu und Glauben erläutert (I.), bevor die Haftung für Fehlverhalten in den Vertragsverhandlungen angesprochen wird (II.).

I. Der Grundsatz der Verhandlungsfreiheit und von Treu und Glauben in der vorvertraglichen Phase

Mit der Einführung des Art. 1112 Abs. 1 Code civil wurden wichtige Prinzipien des vorvertraglichen Stadiums im Code civil verankert. Die Grundsätze galten schon vor der Reform, sodass sich die Rechtslage nicht grundlegend verändert hat (A.). Bemerkenswert ist, dass dem deutschen Recht und den europäischen und internationalen Regelwerken dieselben Prinzipien des Vertragsrechts zugrunde liegen. Es stellt sich somit die Frage, ob und wie sich der französische Gesetzgeber davon inspirieren ließ. (B.)

A. Die Kodifizierung der früheren französischen Rechtslage, Art. 1112 Abs. 1, 1104 Code civil

Der Code civil von 1804 enthielt keine Vorschriften zur vorvertraglichen Phase. Der *Titre troisième* über den Vertrag und die allgemeinen vertraglichen Schuldverhältnisse begann mit einem einführenden Kapitel, in dem die Arten von Verträgen definiert wurden. Das zweite Kapitel regelte die Wirksamkeitsbedingungen und Art. 1108 Code civil aF listete die vier notwendigen Voraussetzungen auf: Willensübereinstimmung, Geschäftsfähigkeit, *objet* und *cause*. Infolgedessen ging der Code civil von einem schon geschlossenen Vertrag aus. Zu der Frage, wie es dazu kommt, dass Parteien durch ein Rechtsgeschäft gebunden und verpflichtet werden, nahm der Code civil keine Stellung. Diese Lücke wurde mit der Reform gefüllt. Es wurde ein Abschnitt im Kapitel II des Titels III zum Vertragsschluss und eine Untersektion zu den Vertragsverhandlungen in der vorvertraglichen Phase (Art. 1112 bis 1112-2 Code civil) eingeführt.

Die Einführung dieser Vorschriften ist zu begrüßen, denn die Verhandlungsphase ist in der Praxis sehr wichtig geworden. Drei Gründe dafür sind hervorzuheben: „die erheblichen finanziellen Risiken, juristische Komplexität und globale Dimension vieler wichtiger Vertragsvorhaben in der Geschäftswelt“.[311] Das Vorhandensein solcher Regelungen passt das Rechtssystem an die heutigen Gegebenheiten an und bringt den Stellenwert von Vertragsfreiheit und Treu und Glauben zum Ausdruck.[312] Denn genau diesen zwei Grundprinzipien unterliegen die Vertragsverhandlungen.[313] Die spezielle Regelung dazu für Vertragsverhandlungen findet sich in Art. 1112 Abs. 1 Code civil:

> „L’initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.“[314]

---

[311] *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13, 15.
[312] Vgl. *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13, 15.
[313] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 185.
[314] Die Übersetzung der Vorschriften stammt aus *Bien/Mouterde/Morbach/Welzenbach* in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 253 ff.: „Die Aufnahme, der Ablauf und der Abbruch vorvertraglicher Verhandlungen sind frei. Sie müssen zwingend den Erfordernissen von Treu und Glauben genügen.“

Daneben wird in allgemeiner Form in Art. 1102 Code civil[315] die Vertragsfreiheit hervorgehoben und in Art. 1104 Code civil[316] der Grundsatz von Treu und Glauben verankert.

1. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit

Was heutzutage eine Selbstverständlichkeit ist, war früher weniger eindeutig. Die Anerkennung der Vertragsfreiheit als Verfassungsprinzip hat lange gedauert.[317] Der *Conseil constitutionnel* sah nämlich früher in die Vertragsfreiheit keine verfassungsrechtlich geschützte Freiheit. In seiner Entscheidung vom 3. August 1994 lehnte der *Conseil constitutionnel* ausdrücklich die Anerkennung ab.[318] Die Begründung lautete wie folgt: Was keine verfassungsrechtliche Grundlage hat, genieße keinen Verfassungsrang.[319] Diese Sichtweise überzeugte kaum. Denn der *Conseil constitutionnel* hatte schon in der Vergangenheit Grundprinzipien zu Verfassungsprinzipien erklärt, die sich nicht unmittelbar aus der Verfassung ergeben, sondern lediglich durch Auslegung der Verfassung entdeckt wurden.[320] Dass dies nicht für die Vertragsfreiheit geschah, hatte politische Gründe. Im Namen der Vertragsfreiheit konnte der Gesetzgeber den Vertragsinhalt kontrollieren. Der Gesetzgeber versuchte, durch die legislative Einschränkung der Vertragsfreiheit die Schwächeren zu schützen.[321]

Im Jahre 1997 begann der *Conseil constitutionnel*, seine Haltung zu ändern.[322] Die Vertragsfreiheit erlangte Verfassungsrang, allerdings nur, wenn ihre Missachtung mit der Verletzung eines weiteren Verfassungsprinzips verbunden war. Die Kombination mit einem in der Verfassung verbrieften Verfassungsprinzip ermöglichte dem Schutzsuchenden, sich auf die Vertragsfreiheit zu berufen. Diese Rechtsprechung führte jedoch dazu, dass eine Hierarchie zwischen den Verfassungsprinzipien innerhalb der Verfassung bestand und dass die Vertragsfreiheit als einer neuen Art von Grundsätzen zugehörig galt nämlich als ein „principe garant d'un principe

[315] Art. 1102 Code civil: Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 254: „Innerhalb der gesetzlichen Schranken ist jedermann frei, einen Vertrag zu schließen oder nicht zu schließen, seinen Vertragspartner zu wählen sowie den Inhalt und die Form des Vertrags zu bestimmen. Die Vertragsfreiheit gestattet es nicht, von den Vorschriften abzuweichen, die den ordre public betreffen."
[316] Art. 1104 Code civil: Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 255: „Verträge müssen unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben verhandelt, abgeschlossen und erfüllt werden. Diese Vorschrift ist unabdingbar."
[317] Zum Folgenden siehe: *Gahdoun,* Cahiers du Conseil constitutionnel, Nr. 31, März 2011, S. 51 ff.; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 72.
[318] Conseil constitutionnel, 3. August 1994, Nr. 94-348 DC.
[319] *Gahdoun,* Cahiers du Conseil constitutionnel, Nr. 31, März 2011, S. 51 f.
[320] Zum Beispiel die Unternehmensfreiheit, Conseil Consitutionnel, 16. Januar 1982, Nr. 81-132 DC.
[321] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 72.
[322] Conseil constitutionnel, 20. März 1997, Nr. 97-388 DC.

constitutionnel“[323]. Am 19. Dezember 2000[324] änderte der *Conseil constitutionnel* seine Rechtsprechung und erkannte die Vertragsfreiheit als eigenständiges Verfassungsprinzip an. Er leitete das Prinzip aus dem Art. 4 der *Déclaration des Droits de l'Homme*[325] her: „la liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Déclaration“[326].

Diese Umkehr des *Conseil constitutionnel* ermöglichte es, die Vertragsfreiheit als Verfassungsprinzip zu verankern und somit ihren Schutz zu erhöhen. Der Gesetzgeber konnte ab diesem Zeitpunkt die Vertragsfreiheit nur unter strengen Voraussetzungen einschränken. In einer Entscheidung vom 13. Juni 2013[327] legte der *Conseil constitutionnel* die Schranken der gesetzgeberischen Intervention fest:

> „Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi.“[328]

Demzufolge muss der Gesetzgeber, um die Vertragsfreiheit einschränken zu dürfen, einen dem öffentlichen Interesse dienenden Zweck und einen verhältnismäßigen Eingriff formulieren können.

Die Vertragsfreiheit ist für eine funktionierende Marktwirtschaft von besonderer Bedeutung.[329] Mit Art. 1102 Code civil setzt der Gesetzgeber ein starkes Zeichen dafür, dass die Vertragsfreiheit ein wichtiger und notwendiger Bestandteil der französischen Rechtsordnung ist.[330] Mit Art. 1112 Abs. 1 Code civil betont der Gesetzgeber, dass die Vertragsfreiheit jederzeit in den Vertragsverhandlungen zu beachten ist.[331]

---

[323] *Mathieu/Verpeaux,* Petites affiches, 1997, Nr. 125, 10, 13. Übersetzung: Grundsätze zur Gewährleistung eines Verfassungsgrundsatzes.
[324] Conseil constitutionnel, 19. Dezember 2000, Nr. 2000-437 DC.
[325] Art. 4 *Déclaration des Droits de l'Homme:* La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. Übersetzung: Die Freiheit besteht darin, alles tun zu können, was einem anderen nicht schadet. So hat die Ausübung der natürlichen Rechte eines jeden Menschen nur die Grenzen, die den anderen Gliedern der Gesellschaft den Genuß der gleichen Rechte sichern. Diese Grenzen können allein durch Gesetz festgelegt werden.
[326] Übersetzung: Die Vertragsfreiheit folgt aus dem Art. 4 der *Déclaration.*
[327] Conseil constitutionnel, 13. Juni 2013, Nr. 2013-672 DC.
[328] Übersetzung: Dem Gesetzgeber ist es gestattet, Einschränkungen der sich aus Artikel 4 der *Déclaration* von 1789 ergebenden Unternehmensfreiheit und Vertragsfreiheit vorzunehmen, die den verfassungsmäßigen Anforderungen entsprechen oder durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt sind, sofern dies nicht zu einer Verletzung führt, die zu dem verfolgten Ziel unverhältnismäßig ist.
[329] *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13, 18; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations*,* Rn. 185.
[330] Rapport au Président de la République, relatif à l'ordonnance du n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[331] *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13, 18; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 170 ff.

Während der verfassungsrechtliche Rang der Vertragsfreiheit streitig war, bereitete hingegen die Beurteilung ihres Inhalts keine Schwierigkeiten. Die Vertragsfreiheit umfasst vier Bestandteile: die Freiheit, Verträge abzuschließen oder nicht, die Freiheit, seinen Vertragspartner auszuwählen, die Freiheit, den Inhalt und schließlich die Form des Vertrages selbst zu bestimmen.[332] Aus der ersten Ausprägung wird die Verhandlungsfreiheit hergeleitet, die auch die Freiheit umfasst, die Vertragsverhandlungen abzubrechen und den Vertrag nicht abzuschließen. Die Vertragsparteien müssen insofern frei bleiben, als sie die Möglichkeit haben müssen, gleichzeitig mehrere Verhandlungen zu führen, die Vorschläge zu vergleichen und das dienlichste Angebot auszuwählen.[333] Auch besteht beim Führen mehrerer Verhandlungen grundsätzlich keine Informationspflicht.[334] Dies gilt jedoch nur, solange die Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben durchgeführt werden.

2. Der Grundsatz der *bonne foi*

Die Einführung einer Vorschrift in den Code civil zu dem Grundsatz der *bonne foi* verursachte eine heftige Debatte.[335] Der berühmte Art. 1134 Abs. 3 Code civil aF[336] wird jedoch nun durch Art. 1104 Code civil in einem einleitenden Kapitel ersetzt und eine spezielle Regelung für Vertragsverhandlungen befindet sich in Art. 1112 Abs. 1 Code civil. Die tragende Rolle des Grundsatzes der *bonne foi* wurde anhand dieser zwei Vorschriften bekräftigt sowie konkretisiert. Der Grundsatz ist somit „der Gewinner der Reform".[337]

Die Frage, ob dieser Grundsatz auch für Verhandlungen galt, war vor der Reform nicht einheitlich beantwortet. Grund hierfür war der Wortlaut des Art. 1134 Abs. 3 Code civil aF. Wie erwähnt, ging der Gesetzgeber im Jahre 1804 davon aus, dass ein Regelungsbedarf nur nach Vertragsschluss bestand und setzte sich somit nicht mit der vorvertraglichen Phase auseinander. Infolgedessen war in Art. 1134 Abs. 3 Code civil aF von den *conventions* die Rede, und nicht von den *négociations.* Auf Grundlage dessen entschied die dritte Zivilkammer der *Cour de Cassation,* dass „l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels".[338] Diese Entscheidung verursachte eine Welle der Kritik,[339] da hier der zuvor allgemeine Konsens, dass auch während der Verhandlungen die *bonne foi* einzuhalten sei, in Frage gestellt wurde. Im Jahre 2012 änderte die dritte Zivilkammer ihre Rechtsprechung und betonte, dass die *bonne foi* als zivilrechtliches Grundprinzip zu betrachten ist

[332] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 88 ff.
[333] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations*,* Rn. 185; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 236.
[334] Chambre commerciale, 15. Dezember 1992, Nr. 90-19.608, Bull. civ. IV, Nr. 415, S. 293.
[335] Siehe Kapitel 1 § 1 I C 3.
[336] Art. 1134 Abs. 3 Code civil aF: „[les conventions] doivent être exécutées de bonne foi." Übersetzung: Vereinbarungen müssen nach Treu und Glauben ausgeführt werden.
[337] *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13,18.
[338] 3ème Civile, 14. September 2005, Nr. 04-10.856. Übersetzung: die Verpflichtung zur Einhaltung von Treu und Glauben setzt das Bestehen eines Vertragsverhältnisses voraus.
[339] *Mazeaud*, D. 2006, 761, Rn. 4 ff.; *Mestre/Fages,* RTD civ. 2005, 776 ff.; *Stoffel-Munck/Aynès*, Droit et patrimoine, 2006, Nr. 144, 86, 87 f.; *Loiseau,* JCP 2005, II, 10173.

und somit auch in der vorvertraglichen Phase zur Geltung kommt.[340] Mit Art. 1104, 1112 Abs. 1 Code civil wird diese Frage endgültig geklärt. Der Grundsatz gilt nicht nur bei der Durchführung von Verträgen, sondern auch während der Verhandlungen.

Was ist unter dem Begriff *bonne foi* zu verstehen? Weder Art. 1104 noch Art. 1112 Abs. 1 Code civil definieren den Begriff. Auch in den Reformprojekten ist keine Definition zu finden. Die Bearbeiter des Reformprojekts *Terré* haben sogar bewusst darauf verzichtet, um der Rechtsprechung Freiraum zu lassen.[341] Schon die Bedeutung des Art. 1134 Abs. 3 Code civil aF war problematisch.[342] Die Schwierigkeit liegt darin, dass der Rechtsbegriff zwei unterschiedliche Komponenten beinhaltet.[343] Es stellt sich somit nicht nur die Frage, wie die *bonne foi* zu definieren ist, sondern welche dieser Komponenten im Vertragsrecht zur Anwendung kommt.

Bei dem ersten Teil der *bonne foi* handelt es sich um die Gutgläubigkeit, das berechtigte Nichtwissen über eine Angelegenheit.[344] Es liegt nahe, diese Rolle als Exkulpationsgrund anzusehen.[345] Besonders im Sachenrecht wird auf dem Gedanken der Gutgläubigkeit zurückgegriffen.[346] Diese Seite wird auch „subjektive Seite" genannt, da sie vollständig auf die subjektive Vorstellung des Handelnden abstellt.[347]

Die zweite Komponente ist hingegen eher objektiv. Man versteht die objektive *bonne foi* als eine Verhaltensnorm, die sowohl passiv die fehlende *mauvaise foi* als auch aktiv eine Loyalitätspflicht beinhaltet. Beurteilt wird dieses Verhalten anhand der ehemaligen Rechtsfigur des „bon père de famille" und des heutigen Äquivalents der vernünftigen Durchschnittsperson.[348] Trotz Objektivität bleibt allerdings eine subjektive Nuance bestehen. Insbesondere durch das negative Pendant wird die subjektive Komponente zum Ausdruck gebracht, die *mauvaise foi*.[349] Die *mauvaise foi* steht nämlich als Hauptbegriff für den Missbrauch, die Täuschung und den Betrug.[350] Sie ermöglicht den Richtern, konkret auf das individuelle Verhalten einzugehen. Damit wird also eine Person, die ihr Versprechen nicht einhält oder bewusst gegen die Rechte ihres Vertragspartners verstößt, sanktionniert.[351] Die *bonne foi,*

---

[340] 3ème Civile, 18. Dezember 2012, Nr. 11-28.251.
[341] *Aubert de Vincelles*, Les principes généraux relatifs au droit des contrats, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 113, 117.
[342] Siehe dazu *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 102; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 43.
[343] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 79 ff.; *Le Tourneau/Poumarède,* Bonne foi, Répertoire de droit civil, Rn. 2 ff. Einige sehen noch eine dritte Möglichkeit: die *bonne foi* als Auslegungsmittel, siehe dazu Ausführung in Kapitel 3 § 7 III A.
[344] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 79; *Le Tourneau/Poumarède,* Bonne foi, Répertoire de droit civil, Rn. 3.
[345] *Le Tourneau/Poumarède,* Bonne foi, Répertoire de droit civil, Rn. 3.
[346] Zum Beispiel Art. 549, 550, 1352-1, 1352-2, 1357-2 Code civil.
[347] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 79; *Le Tourneau/Poumarède,* Bonne foi, Répertoire de droit civil, Rn. 3.
[348] Loi Nr. 2014-873 vom 4. August 2014. Siehe auch Kapitel 4 § 10 I A 1.
[349] *Le Tourneau/Poumarède,* Bonne foi, Répertoire de droit civil, Rn. 4.
[350] *Le Tourneau/Poumarède,* Bonne foi, Répertoire de droit civil, Rn. 123.
[351] *Le Tourneau/Poumarède,* Bonne foi, Répertoire de droit civil, Rn. 123.

genommen in ihrer zweiten Fassung, ähnelt dem deutschen Pendant. „C'est la *Treu und Glauben* allemande."[352]

Im Vertragsrecht versteht sich also der Grundsatz der *bonne foi* als Treu und Glauben. Für die Vertragsverhandlungen gilt nun die besondere Vorschrift des Art. 1112 Abs. 1 Code civil. Den Verhandlungsparteien sind ausdrücklich Loyalitätspflichten auferlegt worden. Diese wurden sogar inhaltlich in Art. 1112-2 Code civil mit der Verschwiegenheitspflicht[353] und zeitlich in Art. 1112 Abs. 1 Code civil mit der Auflistung der drei Phasen der Verhandlungen präzisiert.

3. Die drei Phasen der Vertragsverhandlungen

Wie aus Art. 1112 Abs. 1 Code civil hevorgeht, ist zwischen drei Phasen zu differenzieren: Aufnahme, Ablauf und Beendigung. Zu beachten ist, dass der Code civil im Unterkapitel über die Vertragsverhandlungen die drei Phasen nicht näher beschreibt. Dennoch gibt der Code civil für die Beendigung der Vertragsverhandlungen eine wichtige Information in Art. 1114 Code civil. Sie finden dann ein Ende, wenn eine Partei der anderen ein Angebot macht. Es stellt sich nun die Frage, wie dieses Angebot von den Vertragsverhandlungen zu trennen ist.[354] Darauf gibt Art. 1114 Code civil eine Antwort:

> „L'offre faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation."[355]

Wichtig ist vor allem der zweite Satz:

> „À défaut, il y a seulement une invitation à entrer en négociation."[356]

Daraus ist zu entnehmen, dass es zwei Abgrenzungskriterien gibt, nämlich die Bestimmtheit der Erklärung und den Rechtsbindungswillen. Der Code civil beinhaltet eine Definition dieser zwei Kriterien, ohne sie ausdrücklich zu nennen. Die Erklärung ist bestimmt, wenn sie die *essentialia negotii* oder *éléments essentiels* beinhaltet. Der Rechtsbindungswillen liegt vor, wenn der Erklärende den Willen zum Ausdruck bringt, im Falle der Annahme gebunden zu sein. Fehlt auch nur eines von beiden, wird das Angebot zu einer *invitatio ad offerendum* herabgestuft. Hier ist zu beachten, dass die Einordnung als Angebot nicht dadurch entfällt, dass es sich um

---

[352] *Le Tourneau/Poumarède,* Bonne foi, Répertoire de droit civil, Rn. 4.
[353] Siehe dazu Kapitel 2 § 5 II.
[354] Siehe *Saleilles,* Rev. trim. dr. civ. 1907, 697, 701: „L'offre implique un projet définitif, auquel il n'y a plus rien à changer. Les négocitaions supposent un projet en préparation, et qui est en perpétuel changement, en perpétuel devenir." Übersetzung: Das Angebot besteht aus einem Abschlussprojekt, an dem es nichts mehr zu ändern gibt. Bei den Verhandlungen geht es um ein Projekt in Vorbereitung, das sich in ständiger Veränderung, in ewigem Werden befindet.
[355] Art. 1114 S. 1 Code civil. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 259: „Das an eine bestimmte oder unbestimmte Person gerichtete Angebot enthält die wesentlichen Bestandteile des beabsichtigen Vertrags und bringt den Willen des Offerenten zum Ausdruck, im Falle der Annahme daran gebunden zu sein."
[356] Art. 1114 S. 2 Code civil. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 259: „In Ermangelung dessen handelt es sich lediglich um eine Einladung, in Verhandlungen zu treten."

eine öffentlich getätigte Willenserklärung handelt.[357] Solange die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, bleibt die Qualifizierung bestehen. Der Erklärende muss sich also ausdrücklich vorbehalten, den Vertrag noch zu bestätigen, damit seine Erklärung nicht als bloße *invitatio* bewertet werden kann.[358] Dies entspricht der französischen Rechtstradition.[359]

Für die Durchführung der Vertragsverhandlungen bleibt es bei den zwei genannten Grundprinzipien, den Grundsätzen der Vertragsfreiheit und von Treu und Glauben. Sie werden durch zwei weitere Normen, Art. 1112-1, 1112-2 Code civil, ergänzt, die jeweils die vorvertragliche Informationspflicht und die Vertraulichkeitspflicht regeln.[360] Auch die Beendigung der Vertragsverhandlungen unterliegt den beiden Grundsätzen. Infolgedessen steht es den Vertragsparteien grundsätzlich jederzeit frei, die Vertragsverhandlungen abzubrechen. Auch wenn der Abbruch zu einem Vermögensschaden der anderen Vertragspartei führt, bleibt das Verhalten rechtmäßig, solange die Beendigung nach Treu und Glauben pflichtgemäß stattgefunden hat.[361] Anders liegen die Dinge, wenn eine Partei eine *faute* begangen hat.[362]

B. Der europäische und internationale Konsens

Auch auf europäischer und internationaler Ebene sind die beiden Grundsätze zu beachten. Sie gelten sowohl im Allgemeinen für das Vertragsrecht als auch im Besonderen für die Vertragsverhandlungen.

1. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit auf europäischer und internationaler Ebene

„When it comes to freedom of contract, private lawyers sometimes allow themselves a healthy dose of pathos."[363] Die Privatautonomie ist die „Magna Charta of international contract law",[364] die Vertragsfreiheit das „key principle"[365] des Vertragsrechts. In jedem Regelwerk befindet sich eine Regelung dazu: Art. 1.1 UPICC, Art. 1:102 (1) PECL, Art. II.-1:102 DCFR, Art. 2 Abs. 1 Gandolfi-Code. Auch ist zu beachten, dass diese Vorschriften stets in einem einleitenden Kapitel aufgenommen wurden. Durch diese Stellung ganz zu Beginn der Regelwerke wird ihre symbolische Bedeutung unterstrichen.[366] Dies ist auch im Code civil nach der Reform der Fall: Der französische Gesetzgeber hat die Systematik und den Aufbau der Regelwerke übernommen und hat die wichtigsten Grundsätze in einem gemeinsamen

---

[357] Zur Abgrenzung zwischen einem Angebot *incertas personas* und einer *invitation ad offerendum* im deutschen Recht siehe BeckOK BGB/*Eckert* BGB § 145 Rn. 40 ff.; MüKoBGB/*Busche* BGB § 145 Rn. 10; Staudinger/*Bork* BGB § 145 Rn. 2 ff., 19.
[358] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 258; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 201.
[359] 3ème Civile, 28. November 1968, Bull. civ. III, Nr. 507.
[360] Siehe Kapitel 2 § 5.
[361] Chambre commerciale, 20. November 2007, Nr. 06-20.332; Chambre commerciale, 9. März 1999, Nr. 96-16.559.
[362] Siehe Kapitel 2 § 4 II.
[363] Commentaries on European Contract Laws/*Hosemann*, Art. 1:102 Rn. 1.
[364] *Berger*, The Creeping Codification, S. 204.
[365] Comments, Art. II.-1:102 DCFR.
[366] Commentaries on European Contract Laws/*Hosemann*, Art. 1:102 Rn. 3.

Kapitel aufgelistet. Allerdings versuchte der Gesetzgeber hierbei, weniger die Symbolwirkung des Grundsatzes im Vordergrund zu stellen, sondern dessen Aussagekraft und Bedeutung für die französische Rechtsordnung zu stärken.[367]

Die Vertragsfreiheit[368] ist im deutschen Recht Teil der Privatautonomie, des zivilrechtlichen Entsprechungsbegriffs der Handlungsfreiheit.[369] Unter der Weimarer Reichsverfassung war die Vertragsfreiheit ausdrücklich in Art. 152 Abs. 1 WRV geregelt.[370] Heute ist die Vertragsfreiheit nicht explizit im Grundgesetz geregelt. Doch wird die Vertragsfreiheit dem Grundrechtsbereich prinzipiell zugeordnet.[371] Das Bundesverfassungsgericht hat schon früh entschieden, dass die „Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit“[372] ist und somit von dem sachlichen Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG[373] umfasst ist.[374] Allerdings kommt Art. 2 Abs. 1 GG nur zur Anwendung, soweit dasjeweilige Interesse nicht durch besondere Grundrechtsbestimmungen gewährleistet ist.[375] Insoweit sind insbesondere Art. 14 Abs. 1 GG, der die Befugnis zum Abschluss obligatorischer und dinglicher Veräußerungs-, Nutzungs- und Belastungsverträge und die erbvertragliche Abschluss- und Inhaltsfreiheit regelt[376], Art. 12 Abs. 1 GG, der die vertragliche Gestaltung über die berufliche Tätigkeit umfasst[377], Art. 9 Abs. 1 GG, der die Gesellschaftsverträge einbezieht[378], und letztlich Art. 6 GG[379], der die ehevertraglichen Regelungen gewährleistet, spezieller. Infolgedessen genießt die Vertragsfreiheit nach deutschem sowie französischem Recht durch ihre Ausprägung in weiteren Grundrechten Verfassungsrang.

---

[367] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 85.
[368] Zum Folgenden: *Weller,* Die Vertragstreue, S. 167 ff.
[369] *Di Fabio* in *Maunz/Dürig*, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 101.
[370] Art. 152 Abs. 1 WRV: Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze.
[371] BVerfG, Beschl. 12. November 1958, 2 BvL 4, 26, 40/56, 1, 7/57, zitiert nach *Juris*, Tz. 206; *Höfling,* Vertragsfreiheit, S. 6; *Cornils,* Die Ausgestaltung der Grundrechts, S. 165 ff.; *Sachs,* in: Stern, Staatsrecht, BD. III/1, S. 605 f.; a.A. *Struck*, DuR 1988, 39 ff., der die Grundrechtsqualität der Vertragsfreiheit verneint, weil er die Durchsetzung vertraglicher Ansprüche als eine staatliche Leistung ansieht.
[372] BVerfG, Beschl. 19. Oktober 1993, 1 BvR 567/89 = NJW 1994, 36, 38 – Bürgschaft I.
[373] Art. 2. Abs. 1 GG: Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.
[374] BVerfG, Urteil vom 08.04.1997 – 1 BvR 48/94 = NJW 1997, 1975, 1976; BVerfG, Beschl. 10. Mai 1986, 1 BvR 1542/98 = NJW 1986, 1859, 1860; BVerfG, Beschl. 6. Februar 2001, 1 BvR 12/92 = NJW 2001, 957, 958; BVerfG, Urteil 3. April 2001, 1 BvR 2014/95 = NJW 2001, 1709 f.; BVerfG, Beschl. 27 Juli 2005, 1 BVR 2501/04 = NJW 2006, 596, 598; *Di Fabio* in *Maunz/Dürig*, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 101.
[375] BVerfG, Beschl. 12. November 1958, 2 BvL 4, 26, 40/56, 1, 7/57, zitiert nach *Juris*, Tz. 206; *Di Fabio* in *Maunz/Dürig*, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 103; *Höfling,* Vertragsfreiheit, S. 9 ff.
[376] BVerfG, Beschl. 12. März 1980, 1 BvR 759/77 = NJW 1980, 1617 ff.
[377] BVerfG, Beschl. 9. Oktober 2000, 1 BvR 1627/9 = GRUR 2001, 266, 267; BVerfG, Beschl. 12. Dezember 2006, 1 BvR 2576/04 = NJW 2007, 979, 980; BVerfG, Beschl. 23. Oktober 2013, 1 BvR 1842/11, 1 BvR 1843/11 = NJW 2014, 46, 47; BVerfG, Beschl. 29. Juni 2016, 1 BvR 1015/15 = NJW-RR 2016, 1349, 1356 f.
[378] *Reul,* DNotZ 2007, 184 ff.
[379] BVerfG, Beschl. 29. März 2001, 1 BvR 1766/92 = NJW 2001, 2248; BVerfG, Urteil 6. Februar 2001, 1 BvR 12/92 = NJW 2001, 957, 958.

Auch im BGB wird die Vertragsfreiheit nicht ausdrücklich erwähnt. Doch bildet sie „eine prägende Größe des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Bereich des Schuldrechts".[380] Grund hierfür sind die verwendeten Konzepte für die Gesetzgebungstechnik. Demnach musste nicht kodifiziert werden, was selbstverständlich ist.[381] Dies gilt für die Vertragsfreiheit.[382] Allerdings legt § 311 Abs. 1 BGB das Vertragsprinzip fest.[383] Diese Rechtsgrundlage eröffnet dem Einzelnen die Befugnis, Rechtsverhältnisse durch Willenserklärungen nach dem eigenen Willen zu gestalten.[384] Mithin ist, trotz ihrer fehlenden ausdrücklichen Erwähnung im BGB und im Grundgesetz, die Vertragsfreiheit in der deutschen Rechtsordnung genauso wichtig und anerkannt wie in der französischen und in den europäischen und internationalen Regelwerken.

Bezüglich ihres Inhalts ist die französische Vorschrift präziser und detaillierter als die anderen untersuchten Vorschriften. Art. 1102 Abs. 1 Code civil zählt alle vier Bestandteile der Vertragsfreiheit auf: positive und negative Abschluss-, Inhalts- und Formfreiheit und die Freiheit, seinen Vertragspartner auszuwählen. Die UPICC, die PECL und der DCFR bestimmen hingegen nur, dass die Parteien frei sind, einen Vertrag zu schließen und den Inhalt festzulegen.[385] Der Gandolfi-Code spricht lediglich in Art. 2 Abs. 1 von der Inhaltsfreiheit. Folglich behandeln die Regelwerke jeweils nur eine bestimmte Facette der Vertragsfreiheit, obwohl sie die anderen Bestandteile der Vertragsfreiheit auch anerkennen.[386] Die französische Vorschrift bringt die einzelnen Bestandteile der Vertragsfreiheit am genausten zum Ausdruck.[387]

Um die Vertragsfreiheit und die Privatautonomie hervorzuheben, ermöglichen es einige Regelwerke den Vertragsparteien, die Regeln des jeweilig anwendbaren Regelwerks teilweise oder komplett auszuschließen.[388] So regelt Art. 1.5 UPICC:

> "The parties may exclude the application of these Principles or derogate from or vary the effect of any of their provisions, except as otherwise provided in the Principles."

Diese Regel verdeutlicht die Flexibilität in der Anwendung des Regelwerks. Eine ähnliche Regelung kann in Art. II.-1:102 (2) DCFR und in Art. 1:102 (2) PECL gefunden werden. Hingegen verfügen der Code civil und das BGB nicht über vergleichbare Regelungen. Allerdings gilt auch für diese zwei Rechtsquellen der

---

[380] *Basedow,* ERPL 6, 2008, 901, 904: die Vertragsfreiheit "as a central principle of German private law".
[381] HKK/*Zimmermann* vor § 1 Rn. 21.
[382] HKK/*Zimmermann* vor § 1 Rn. 21; Commentaries on European Contract Laws/*Hosemann*, Art. 1:102 Rn. 5.
[383] HKK/*Thier* § 311 I Rn. 1 ff.; MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 1 ff.
[384] *Weller,* Die Vertragstreue, S. 170; MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 1; HKK/*Thier* § 311 I Rn. 1.
[385] Art. 1.1 UPICC, Art. 1:102 (1) PECL, Art. II.-1:102 (1) DCFR.
[386] Commentary on PICC/*Vogenauer,* Art. 1.1 Rn. 5 ff.; Comments, Art. II.-1:102 DCFR; Comment, Art. 1:102 PECL.
[387] Commentaries on European Contract Laws/*Hosemann*, Art. 1:102 Rn. 24.
[388] *Bonell,* An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts, S. 90 ff.

Grundsatz: Alles, was nicht ausdrücklich oder stillschweigend als zwingendes Recht gilt, ist dispositiv.[389]

Die Vertragsfreiheit gilt also nicht uneingeschränkt. Die UPICC nennen zwar in Art. 1.1 UPICC keine Grenze. In der Kommentierung zu Art. 1.1 UPICC wird jedoch auf die Schranken der Vertragsfreiheit und insbesondere auf Art. 1.4 UPICC verwiesen. In den anderen Regelwerken werden die Grenzen der Vertragsfreiheit in der Vorschrift über die Vertragsfreiheit aufgelistet,[390] wobei im Ergebnis die Regelwerke über die gleichen Grenzen verfügen.

Die Vertragsfreiheit wird durch zwingendes Recht eingeschränkt. Die Regelwerke betonen, dass zwingendes Recht vor den geregelten Prinzipien Vorrang hat.[391] Es kann sich sowohl um nationales als auch um supranationales zwingendes Recht handeln.[392] Die Vertragsfreiheit kann zusätzlich durch zwingende Regelungen der Regelwerke selbst eingeschränkt werden. Dabei stellt sich jedoch die Frage, wie *soft law*-Instrumente auch zwingende Wirkung haben können. Es erscheint widersprüchlich, wenn unverbindliche Regelwerke die Vertragsparteien verpflichten könnten. *Bonell* löst den Widerspruch in folgender Weise auf:

> „[…] by declaring some of its provisions to be mandatory, the UNIDROIT Principles corroborate their aspiration to be a self-sufficient autonomous legal system for international commercial contracts. Not only judges and arbitrators but also parties, when choosing the UNIDROIT Principles as the *lex mexcatoria* may find it useful to know that their contractual agreement is fairer if they do not exclude or derogate from fundamental provisions."[393]

Auch in dieser Hinsicht stimmen die europäischen und internationalen Regelwerke und das französische Recht miteinander überein. Gemäß Art. 1102 Abs. 1 aE Code civil sind die Parteien nur innerhalb der gesetzlichen Grenzen frei. Die französische Gesetzgebungstechnik ähnelt insoweit der Regelungstechnik des DCFR.

Die PECL stellen zusätzlich die Vertragsfreiheit unter den Vorbehalt des Grundsatzes von *good faith and fair dealing*. Auch in der ersten Fassung des DCFR stand der Grundsatz der Privatautonomie unter diesem Generalvorbehalt.[394] Kritisiert wurde, dass damit ein allgemeiner Kontrolltatbestand geschaffen und eine umfassende richterliche Kontrolle ermöglicht werde.[395] Nachdem die Vorschrift auf diese

---

[389] Zum Beispiel Art. 1104 Abs. 2 Code civil: Cette disposition est d'ordre public. Siehe auch Art. 1112-1 Abs. 5, 1162 Code civil oder §§ 305 ff., 675u, 1518, 2220 BGB.
[390] Art. 1:102 (1) PECL, Art. II.-1:102 (1) DCFR, Art. 2 Abs. 1 Gandolfi-Code.
[391] Art. 1.4 UPICC, Art. 1:103 PECL, Art. II.-1:102 (1) DCFR, Art. 2 Abs. 1 Gandolfi-Code.
[392] Für Beispiele von zwingenden Regeln auf nationaler und supranationaler Ebene siehe *Bonell,* An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts, S. 91 ff.
[393] *Bonell,* An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts, S. 95.
[394] Art. II.-1 102 DCFR Interim: (1) Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its content, subject to the rules on good faith and fair dealing and any other applicable mandatory rules.
[395] NK-BGB/*Krebs* BGB § 242 Rn. 34; MüKoBGB/*Schubert* BGB § 242 Rn. 163; Commentaries on European Contract Laws/*Hosemann*, Art. 1:102 Rn. 2.

Weise kritisiert worden war,[396] wurde sie nicht in die aktuelle Fassung übernommen. Art. 1:102 (1) PECL wurde hingegen trotz Kritik[397] nicht neu formuliert. Der Vorbehalt wird allerdings als Wiederholung der spezielleren Vorschrift über die *good faith* ausgelegt und bringt keinen zusätzlichen Inhalt mit sich.[398]

2. Der Grundsatz von *good faith and fair dealing* auf europäischer und internationaler Ebene

Der Grundsatz von *good faith and fair dealing* wird in dem einleitenden Kapitel der UPICC[399] und der PECL[400] geregelt. Eine allgemeine Pflicht, sich nach dem Grundsatz zu verhalten, beinhaltet der DCFR[401] im dritten Buch über die Schuldverhältnisse. Im Gandolfi-Code taucht die Norm in dem Kapitel über die Entstehung des Vertrags auf.[402] § 242 BGB ist die für das deutsche Recht anzuwendende Norm. Demnach ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Die deutsche Norm ist keine Anspruchsgrundlage.[403] Sie benennt nur die Pflicht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, wobei die Vorschrift insgesamt konkretisierungsbedürftig ist. Die Anwendung von § 242 BGB wurde somit durch Rechtsprechung und Lehre anhand von Fallgruppen präzisiert.[404]

Während die UPICC, PECL und der Gandolfi-Code bloß auf dem Grundsatz verweisen, versucht der DCFR in Art. I-1:103 (1) DCFR eine Definition zu geben. Diese lautet:

> „The expression ‚good faith and fair dealing' refers to a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question."

Auch für den Grundsatz von *good faith and fair dealing* stellt sich die Frage, ob der Grundsatz einer objektiven oder subjektiven Betrachtungsweise folgt.[405] Mit Art. I.-1:103 (1) DCFR versucht das Regelwerk eine Antwort zu geben. Durch den Verweis auf den „standard of conduct" bringt der DCFR zum Ausdruck, dass die

---

[396] *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann,* JZ 2008, 529, 538; *Dajczak,* GPR 2/09, 63 ff.
[397] Commentaries on European Contract Laws/*Hosemann*, Art. 1:102 Rn. 2, 23.
[398] Commentaries on European Contract Laws/*Hosemann*, Art. 1:102 Rn. 2. Zudem verweist die Kommentierung zu Art. 1:102 PECL auf Art. 1:201 PECL, siehe Commentaries on European Contract Laws/*Hosemann*, Art. 1:102 Rn. 2, Fn. 25.
[399] Art. 1.7 UPICC: (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty.
[400] Art. 1:201 PECL: (1) Jeder Partei hat im Einklang mit den Geboten von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs zu handeln. (2) Die Parteien können diese Pflicht nicht ausschließen oder beschränken.
[401] Art. III.-1:103 DCFR: (1) A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship.
[402] Art. 6 Abs. 1 Gandolfi-Code: Jede Partei kann frei Vertragsverhandlungen führen, ohne dass sie bei Nichtabschluss haftet, es sei denn, ihr Verhalten widerspricht Treu und Glauben.
[403] NK-BGB/*Krebs* BGB § 242 Rn. 2, 17.
[404] NK-BGB/*Krebs* BGB § 242 Rn. 2, 39 ff., 73 ff.
[405] Für das französische Recht siehe Kapitel 2 § 4 I A 2.

Paarformel *good faith and fair dealing* einen objektiven Bezug hat.[406] Der Verhaltensstandard wird in einem zweiten Schritt konkretisiert und mit den Grundsätzen von Redlichkeit, Offenheit und Rücksicht auf die andere Partei umschrieben. Infolgedessen ist der Maßstab objektiv, hat aber auch subjektive Bezüge.[407] Hingegen zielt die Verwendung des Begriffs *good faith* ähnlich wie in Frankreich lediglich auf die Gutgläubigkeit und ist rein subjektiv zu bestimmen.[408]

Anders als im DCFR ist die Paarformel *good faith and fair dealing* in den PECL nicht als gleichbedeutend zu verstehen. Nach der Kommentierung des Art. 1: 201 PECL bringt der Ausdruck *good faith* eine subjektive Komponente mit sich, während *fair dealing* als objektive Verhaltensnorm zu verstehen ist.[409] Dies wird dadurch verstärkt, dass die deutsche Übersetzung des Art. 1:201 PECL die Formel mit „Grundsatz von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs" verwendet. Allerdings sollte die Paarformel einheitlich verstanden werden, da sonst die Bedeutung des Grundsatzes verloren geht.[410]

Die UPICC präzisieren das Verständnis von Treu und Glauben in einer Betonung der Internationalität. Es ist nämlich die Rede von „good faith and fair dealing in international trade". In der Kommentierung wird erläutert, dass die Beurteilung des Grundsatzes anhand der spezielleren Bedingungen der internationalen Wirtschaft erfolgen soll, wobei die „business standards" je nach Branchen und Sektor anders ausfallen können.[411] Infolgedessen ist der Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne von „reasonable commercial standards of fair dealing" zu verstehen.[412] Dieser ausschließliche objektive Maßstab entfernt sich vom französischen Maßstab, da in dem Begriff der *bonne foi* noch eine Spur Subjektivität vorhanden ist.

Die Abgrenzung zwischen objektivem und subjektivem Verständnis wird im deutschen Recht dadurch verdeutlicht, dass zwei Rechtsbegriffe verwendet werden: die Gutgläubigkeit und der Grundsatz von Treu und Glauben. Der gute Glaube wird als „die Bewusstseinslage einer Person [definiert] und bezieht sich auf ihre subjektive Kenntnis, in den für die Gutgläubigkeit im Privatrechtssystem charakteristischen Abstufungen (vgl. § 122 Abs. 2, § 932 Abs. 2, § 15 Abs. 1 HGB, Art. 17 WG)"[413]. Dabei wird also auch unter Umständen auf das Kennenmüssen abgestellt. Bei der

---

[406] Commentaries on European Contract Laws/*Schmidt*, Art. 1:201 Rn. 8.
[407] MüKoBGB/*Schubert* BGB § 242 Rn. 162; *Mekki/Kloepfer-Pelèse,* ERCL 4, 2008, 338, 345 ff.
[408] Siehe die Definition in der Annexe des DCFR unter „Good faith": "Good faith" is a subjective mental attitude characterised by honesty and an absence of knowledge that an apparent situation is not the true situation.
[409] Comment 5, Art. 1: 201 PECL; vgl. auch Staudinger/*Olzen/Looschelders* BGB § 242 Rn. 1231; MüKoBGB/*Schubert* BGB § 242 Rn. 159; *Zimmermann,* JZ 1995, 477, 490 f.
[410] Commentaries on European Contract Laws/*Schmidt*, Art. 1:201 Rn. 10 ff.
[411] Comment 3, Art. 1.7 UPICC; Commentary on PICC/*Vogenauer,* Art. 1.7 Rn. 14 ff. Siehe dazu *Bonell,* An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts, S. 132.
[412] So *Bonell,* An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts, S. 131: „it is to be understood in an objective sense, as synonymous with what in the same UNIDROIT Principles is elsewhere referred to as "reasonable commercial standards of fair dealing", and not in a subjective sense, as a state of mind or just "acting honestly"."
[413] MüKoBGB/*Schubert* BGB § 242 Rn. 9.

Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB wird grundsätzlich eine objektive Interessenbewertung vorgenommen,[414] um Pflichten zu begründen oder zu konkretisieren, Rechte zu gewähren und die Privatautonomie einzuschränken.[415] Ganz ausgeschlossen ist die subjektive Betrachtung nicht. Innerhalb der vorgenommenen Interessenabwägung spielen subjektive Elemente bei der Risikoverteilung eine wichtige Rolle.[416] So können unter anderem Verschulden, Dauer und Intensität der Vertragsbeziehung bei der Anwendung des Grundsatzes ins Gewicht fallen.[417]

Somit ist festzuhalten, dass der Grundsatz von *good faith and fair dealing*, der Grundsatz von Treu und Glauben und hier die für das Vertragsrecht verwendete *bonne foi* gleichbedeutend sind. Bis auf die UPICC verwenden die untersuchten Rechtsquellen einen objektiven Maßstab mit subjektiven Bezügen. Mit der Kodifizierung dieses Grundsatzes in einer getrennten Vorschrift steht Frankreich in Einklang mit den untersuchten Rechtsquellen. Zu prüfen ist, ob dies auch in Bezug auf die Vertragsverhandlungen der Fall sein wird.

3. Die Grundsätze in der vorvertraglichen Phase auf europäischer und internationaler Ebene

Wie nun auch das französische Recht verfügen die Regelwerke über Regelungen zu den Grundsätzen, die lediglich die vorvertragliche Phase betreffen. Zu beachten ist jedoch, dass der französische Gesetzgeber nicht die Reihenfolge der Regelwerke übernommen hat. In den Regelwerken steht die Vorschrift über die Vertragsverhandlungen nach den Vorschriften über das Angebot und die Annahme. Im neuen Code civil wird zuerst die vorvertragliche Phase behandelt. Erst in einem zweiten Unterkapitel folgen die Vorschriften über das Angebot und die Annahme. Der französische Gesetzgeber hat sich somit für eine chronologische Darstellung entschieden.

Die Regeln in den untersuchten Regelwerken sind relativ ähnlich aufgebaut. Zunächst stellen sie den Grundsatz fest, dass die Parteien frei sind, Verhandlungen zu führen, und sich nicht Schadensersatzpflichtig machen, wenn keine Einigung zustande kommt.[418] Dass die französische Regelung stärker als die Regelwerke auf die Vertragsfreiheit verweist, weil sie die drei Etappen der Vertragsverhandlungen erwähnt,[419] ist in Anbetracht der *comments* und *notes*, die jeweils die Verhandlungsfreiheit ausführlich beschreiben, nachrangig. Besonders in der Kommentie-

[414] MüKoBGB/*Schubert* BGB § 242 Rn. 9, 46 ff.; Jauernig/*Mansel* BGB § 242 Rn. 3.
[415] MüKoBGB/*Schubert* BGB § 242 Rn. 78 ff.
[416] NK-BGB/*Krebs* BGB § 242 Rn. 15.
[417] NK-BGB/*Krebs* BGB § 242 Rn. 15; MüKoBGB/*Schubert* BGB § 242 Rn. 51 f.
[418] Art. 2.1.15 (1) UPICC: A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.; Art. 2:301 (1) PECL: Die Parteien sind frei zu verhandeln und haften nicht, wenn keine Einigung erzielt wird.; Art. II.-3:301 (1) DCFR: A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.; Art. 6 Abs. 1 Gandolfi-Code: jede Partei kann frei Vertragsverhandlungen führen, ohne dass sie bei Nichtabschluss haftet […].
[419] So *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13, 18.

rung zu Art. 2:301 PECL wird zwischen den drei Phasen der Vertragsverhandlungen getrennt, die anhand von Beispielen näher konkretisiert werden. Es spricht somit viel dafür, dass die Vertragsfreiheit in Form der Verhandlungsfreiheit die gleiche Stellung wie im französischen Recht hat.

In einem zweiten Schritt schränken die unterschiedlichen Regeln die Verhandlungsfreiheit ein und verweisen in diesem Zusammenhang auf den Grundsatz von Treu und Glauben.[420] Der DCFR erlegt den Parteien in Art. II.-3:301 (2) DCFR eine ausdrückliche Pflicht auf, sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu verhalten,[421] und in Art. II.-3:301 (3) DCFR wird die Rechtsfolge einer solchen Pflichtverletzung, nämlich die Haftung des treuwidrig Handelnden, geregelt.[422] Die Überschrift zu Art. 6 Gandolfi-Code lautet „Redlichkeitspflicht". Eine solche Pflicht wird auch stillschweigend für Art. 2:301 PECL angenommen.[423] Im Gegensatz zu den anderen Regelwerken verwenden die UPICC die Formulierung „negotiations in bad faith" und nicht „contrary to good faith and fair dealing", sodass sich die Frage stellte, ob die UPICC-Autoren damit einen anderen Maßstab zugrunde legen wollten.[424] Allerdings,

> „since Art. 2.1.15 [UPICC] is a particular application of Art. 1.7 [UPICC], Art. 2.1.15 (2) [UPICC] should be understood as imposing a general obligation to act in accordance with good faith and fair dealing in the negotiation process."[425]

Im Kommentar zum Art. II.-3:301 DCFR wird jedoch präzisiert, dass die „duty" keine „obligation" sei.[426] Die Rechtsbegriffe *duty* und *obligation* werden oft als Synonym verwendet, obwohl ihre Bedeutung unterschiedlich ist. Eine *duty* oder *devoir* ist eine Schutzpflicht ohne einklagbaren Anspruch und knüpft eher an sittliche und moralische Erwägungen an. Erst der Verstoß gegen eine *duty* begründet einen Schadensersatzanspruch. Infolgedessen kann erst nach Verletzung die ursprüngli-

---

[420] Art. 2.1.15 (2) UPICC: However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.; Art. 2:301 (2) PECL: Wenn jedoch eine Partei entgegen den Geboten von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs verhandelt oder Verhandlungen abgebrochen hat, haftet sie für die Schäden, die sie der anderen Partei zugefügt hat.; Art. II.-3:301 (2) DCFR: A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract.; Art. 6 Abs. 1 Gandolfi-Code: Jede Partei kann frei Vertragsverhandlungen führen, ohne dass sie bei Nichtabschluss haftet, es sei denn, ihr Verhalten widerspricht Treu und Glauben.

[421] Art. II.-3:301 (2) DCFR: „a duty to negociate in accordance with good faith and fair dealing".

[422] Art. II.-3:301 (3) DCFR: A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach.

[423] Comment A, B, Art. 1:201 PECL; Commentaries on European Contract Laws/*Schmidt*, Art. 1:201 Rn. 54 ff.

[424] Commentary on PICC/*Rios,* Art. 2.1.15 Rn. 18. Dazu siehe unten Kapitel 2 § 4 II B 2 b).

[425] Commentary on PICC/*Rios,* Art. 2.1.15 Rn. 18.

[426] Comment C, Art. II.-301 DCFR. Siehe auch im Vergleich Comment 3, Art. 2.1.15 UPICC über die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen eine vertragliche Vereinbarung, Verhandlungen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu führen. Zum Unterschied zwischen *obligation* und *duty* siehe *Fauvarque-Cosson/Racine/Mazeaud, et al.,* European Contract Law, S. 39 ff.

che Einhaltung der Schutzpflicht verlangt werden. Hingegen entsteht eine *obligation* (auch so auf Französisch) aus festgesetzten Regeln und kann ohne Zwischenschritte Gegenstand einer Klage sein.[427]

> „It could be impracticable to try to enforce specifically a duty to negociate fairly and in good faith."[428]

Aus deutscher Sicht kommt die Abgrenzung zwischen *obligation* und *duty* der Unterscheidung zwischen Leistungs- und Rücksichtspflicht nahe.[429] Eine Leistungspflicht kann gemäß § 241 Abs. 1 BGB sowohl in einem Tun als auch in einem Unterlassen bestehen. Der Schuldner ist somit aufgrund eines Schuldverhältnisses verpflichtet, etwas zu tun oder zu unterlassen.[430] Die Rücksichtspflicht wird in § 241 Abs. 2 BGB geregelt und verpflichtet die Rechte, Rechtsgüter und Interesse des anderen Teils zu berücksichtigen. Während die Klagbarkeit der Leistungspflichten unstreitig ist, ist umstritten, ob auch Rücksichtspflichten als solche klagbar sind.[431] Allerdings besteht Einigkeit darüber, dass bei Verstoß gegen eine Rücksichtspflicht ein klagbarer Schadensersatzanspruch gegeben ist.[432] Infolgedessen kann der Begriff *obligation* mit der Leistungspflicht und der Begriff *duty* mit der Rücksichtspflicht verglichen werden.

Ob Art. 1112 Abs. 1 Code civil von einer *duty* oder einer *obligation* ausgeht, wird aufgrund der Verwendung des Terminus „impérativement" in Frage gestellt. Der Gesetzgeber bringt damit zum Ausdruck, dass die Parteien gezwungen sind, sich gemäß der *bonne foi* zu verhalten. Zudem handelt es sich um eine zwingende Norm gemäß Art. 1112 Abs. 1 S. 2 Code civil. Allerdings kann der Gläubiger den Schuldner nicht verpflichten, sich treugemäß zu verhalten. Erst bei Verstoß erhält der Gläubiger einen klagbaren Anspruch. Daraus ergibt sich also, dass es sich trotz der Betonung und dem Befehl, den Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten, um eine „duty to negociate in accordance to good faith and fair dealing" handelt, wie der DCFR es formuliert.

Im Vergleich zu der französischen Vorschrift und zu den europäischen und internationalen Regelwerken ist die deutsche Regelungstechnik abstrakter und allgemeiner konzipiert.[433] Für das vorvertragliche Stadium sind §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2

---

[427] *Fauvarque-Cosson/Racine/Mazeaud, et al.,* European Contract Law, S. 40. In Bezug auf die Informationspflicht siehe die Abgrenzung von *Fabre-Magnan*, De l'obligation d'information dans les contrats, Rn. 4 ff.
[428] Comment C, Art. II.-301 DCFR.
[429] Der Begriff „Rücksichtspflicht" ist nicht unumstritten. In der Literatur werden weitere Bezeichnungen verwendet, siehe dazu NK-BGB/*Krebs* BGB § 241 Rn. 4; *Weller,* Die Vertragstreue, S. 240 ff. Allerdings ist der Streit um die Bezeichnung für diese Arbeit irrelevant. Somit wird dem Wortlaut des § 241 Abs. 2 BGB folgend von Rücksichtspflichten gesprochen. Siehe dazu *Weller,* Die Vertragstreue, S. 242.
[430] Vgl. Mit der Definition von *obligation* in *Von Bar/Clive* (Hg.), DCFR, Full Edition, 2009, Annex 1, Definition; Art. III.-1:102 (1) DCFR; Comment A, Art. III.-1:102 DCFR.
[431] Staudinger/*Olzen* BGB § 241 Rn. 554 ff.; MüKoBGB/*Bachmann* BGB § 241 Rn. 66 ff.
[432] MüKoBGB/*Bachmann* BGB § 241 Rn. 65; BeckOK BGB/*Sutschet* BGB § 241 Rn. 106.
[433] *Gsell,* Die Neuregelungen zu den Vertragsverhandlungen, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 31, 43 ff.

BGB heranzuziehen. Diese Rechtsgrundlage wurde mit der Schuldrechtsmodernisierung eingeführt und sie kodifiziert die ständige Rechtsprechung zu der *culpa in contrahendo*.[434]

Gemäß § 311 Abs. 2 BGB entsteht ein Schuldverhältnis mit Pflichten im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder durch eine andere vergleichbare Herangehensweise. Mit Eintritt in das vorvertragliche Stadium werden den Parteien also Pflichten auferlegt: Sie müssen auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der anderen Partei Rücksicht nehmen. Die Verbindung zwischen § 241 Abs. 2 BGB und § 242 BGB lässt sich somit leicht erkennen. Mit der deutschen Schuldrechtsreform wurde eine Entlastung des § 242 BGB bezweckt. [435] § 241 BGB ist infolgedessen die Spezialvorschrift, wobei § 242 BGB auf jedes Rechtsverhältnis im Sinne von § 241 BGB Anwendung findet.[436]

Welche konkrete Rücksichtspflichten während der Vertragsverhandlungen bestehen, ist nicht ausdrücklich geregelt. Vielmehr ist § 241 Abs. 2 BGB eine ausfüllungsbedürftige Vorschrift.[437] Der Inhalt und Umfang der Pflichten hängen von dem Zweck des Schuldverhältnisses, den Verkehrssitten und den Anforderungen des redlichen Geschäftsverkehrs ab. [438] Unstreitig ist die Einordnung der sog. Schutzpflichten im engeren Sinne, die dazu dienen, die Integritätsinteresse des anderen Teils zu wahren.[439] Bezüglich der leistungssichernden Nebenpflichten, Aufklärungs- und Loyalitätspflichten ist die Zuordnung zu Abs. 2 umstritten. Einige Stimmen in der Literatur sind der Meinung, dass sie unter § 241 Abs. 1 BGB fallen. Grund hierfür ist die historische Betrachtung, da Abs. 2 gerade die Schutzpflichten umfassen sollte, die man nicht unter den Leistungsbegriff von Abs. 1 fassen konnte.[440] Dagegen spricht allerdings, dass der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung die Schutzpflichten und die „weiteren Verhaltensweisen" gleichgesetzt hat, sodass nicht nur die Schutzpflichten im engeren Sinne unter § 241 Abs. 2 BGB fallen sollten.[441] Zudem spiegelt die Rechtsfolge der Verletzung einer Leistungspflicht die Abgrenzung wider. Denn bei Verletzung einer Nebenpflicht kann der Schadensersatzanspruch statt der Leistung unpassend sein.[442]

---

[434] Begr. SchuldRModG BT-Drucks. 14/6040 S. 161 f.
[435] NK-BGB/*Krebs* BGB § 242 Rn. 3.
[436] NK-BGB/*Krebs* BGB § 241 Rn. 1, 11.
[437] Staudinger/*Olzen* BGB § 241 Rn. 435 m.w.N.; Palandt/*Grüneberg* BGB § 241 Rn. 1, 7.
[438] Palandt/*Grüneberg* BGB § 241 Rn. 7; MüKoBGB/*Bachmann* BGB § 241 Rn. 55; BGH, Urteil vom 30. September 2009 – VIII ZR 238/08 = NJW 2010, 1135, 1137; BGH, Urteil vom 14. März 2013 – III ZR 296/11 = NJW 2013, 3366, 3368, Rn. 25.
[439] MüKoBGB/*Bachmann* BGB § 241 Rn. 56.
[440] Staudinger/*Olzen* BGB § 241 Rn. 153 ff.; AnwK-BGB/*Krebs* § 241 Rn. 4; *Huber,* in: *Huber/Faust,* Schuldrechtsmodernisierung, Kapitel 5, Rn. 13ff.; *Grigoleit*, FS Canaris, 2007, S. 275, 279.
[441] Begr. SchuldRModG BT-Drucks. 14/6040 S. 126: soll „deutlich [...] machen, dass auch Vermögensinteressen sowie andere Interessen wie zum Beispiel die Entscheidungsfreiheit zu schützen sein können". So auch MüKoBGB/*Bachmann* BGB § 241 Rn. 61.
[442] MüKoBGB/*Bachmann* BGB § 241 Rn. 64; *Gröschler*, FS Konzen, 2006, S. 109 ff.; *Grigoleit,* FS Canaris, 2007, S. 275, 278 f.

Infolgedessen gehört die Loyalitätspflicht auch zu den Rücksichtspflichten nach § 241 Abs. 2 BGB. Zusammenfassend gilt also, dass bei Aufnahme von Vertragsverhandlungen ein gesetzliches Schuldverhältnis begründet wird, das den Parteien die Pflicht auferlegt, Rücksicht auf die Interessen der anderen Partei zu nehmen und sich loyal zu verhalten. Daraus ergibt sich eine gewisse Ähnlichkeit zu dem Konzept der *good faith and fair dealing*.

Festzuhalten ist mithin, dass das deutsche Recht den Grundsatz von Treu und Glauben in der vorvertraglichen Phase nicht unmittelbar verwendet, sondern auf das Konstrukt des Schuldverhältnisses und dessen Rücksichtnahmepflichten zurückgreift. Infolgedessen steht der französische Art. 1112 Abs. 1 Code civil vom Aufbau und von der Gesetzgebungstechnik her eher in Einklang mit der europäischen und internationalen Privatrechtsentwicklung als mit dem deutschen Recht. In Bezug auf den Inhalt der untersuchten Grundsätze weisen jedoch alle herangezogenen Vorschriften ein ähnliches Verständnis auf.

II. Das Verschulden bei Vertragsverhandlungen, Art. 1112 Abs. 2 Code civil

Mit Art. 1112 Abs. 2 Code civil wird die Haftung bei Fehlverhalten in der vorvertraglichen Phase geregelt. Diese neue Vorschrift beruht auf einer langjährigen Rechtsprechung (A.). Ob sich der französische Gesetzgeber auch den europäischen und internationalen Regelwerken und/oder dem deutschen Recht angenähert hat, wird in einem zweiten Schritt untersucht (B.).

A. Die Rechtslage in Frankreich vor der Reform

Vor der Reform des französischen Vertragsrechts war das Rechtsinstitut des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen nicht im Code civil geregelt. Vielmehr hatte die Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen geschaffen.

1. Die Ablehnung der Theorie von *Rudolf von Jhering*

Rudolf von Jhering veröffentlichte im Jahre 1860 seine berühmte Theorie über die *culpa in contrahendo.*[443] Seine Lehre zieht ihren Ursprungsgedanken aus dem römischen Recht, genauer aus der Schadensersatzpflicht bei nichtigen Verträgen.[444] Nach der Übersetzung seines Werks ins Französische wurde seine Theorie in der Literatur diskutiert.[445] *Saleilles* untersuchte *Jherings* Theorie aus französischer

[443] *Jhering,* Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, in: *von Gerber/Jhering* (Hg.), Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 4, S. 1 ff.
[444] *Stoll*, FS Caemmerer, 1978, S. 435, 438.
[445] *Von Jhering*, De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites (1860), in *Œuvres choisies,* Traduction par de Meulenaere, T. II., S. 1 ff. Für die damalige Ausneinandersetzung mit der Theorie von *Jhering* siehe *Gaudemet*, Théorie générale des obligations, S. 195 ff.; *Saleilles,* Rev. trim. dr. civ. 1907, 697 ff.

Sicht und prägte den Begriff der „responsabilité précontractuelle“. [446] In diesem Zusammenhang erörtert er auch das Problem des Abbruchs von Vertragsverhandlungen.[447]

Jherings Lehre von der *culpa in contrahendo* besagt, dass durch die Aufnahme rechtsgeschäftlichen Kontakts ein gesetzliches Schuldverhältnis entsteht. Dadurch werden den Verhandlungspartnern Pflichten zur Rücksichtnahme und sorgfältigem Verhalten auferlegt. Bei schuldhafter Verletzung finden die Grundsätze der vertraglichen Haftung Anwendung.[448] Diese Lehre fand jedoch keine Unterstützung in Frankreich. Unter dem Gesichtspunkt, dass „keine vertragliche Haftung ohne Vertrag“ entstehe, lehnten die Lehre eine vertragliche Haftung ab.[449] Es bestand darüber Einigkeit, dass die Annahme eines durch rechtsgeschäftlichen Kontakt stillschweigend geschlossenen Vorvertrags ohne primäre Leistungspflichten eine unnötige Fiktion darstelle.[450] Für eine vertragliche Haftung bestand kein Bedürfnis, weil das französische nicht „die Schwächen des deutschen Deliktsrechts“[451] habe, und insbesondere die Haftung nicht auf absolute Rechtsverletzungen beschränke. Die deliktischen Anspruchsgrundlagen Art. 1382 ff. Code civil aF umfassten jede mögliche Schädigung, auch Vermögensschädigung.[452]

Infolgedessen beruhten die ersten gerichtlichen Entscheidungen auf Art. 1382 Code civil aF.[453] Einige Jahre später bestätigte die *Cour de cassation* ausdrücklich diesen Ansatz:

> „ […] en tout cas il fallait observer que des négociations aussi laborieuses ne pouvaient être rompues par un simple coup de téléphone, d’ailleurs plus que problématique, que c’était donc à bon droit que les premiers juges avaient constaté la rupture abusive des pourparlers par les établissements Vilber-Lourmat ;

---

[446] *Saleilles,* Rev. trim. dr. civ. 1907, 697 ff.
[447] *Saleilles,* Rev. trim. dr. civ. 1907, 697, 700 f., 706 ff., 717 ff.
[448] Dazu *Lorenz,* ZEuP 1994, 218.
[449] *Schmidt,* RIDC 1990, 545, 547; *Ghestin,* Les obligations, Rn. 228; *Marty/Raynaud,* Les obligations, Tome II, Rn. 214; *Weill/Terré,* Droit civil: Les obligations, Rn. 339 f.; *Mazeaud/Mazeaud/Tunc*, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Rn. 116 ff.: „Puisqu’il n’a pas de contrat, il semble clairement impossible de parler de responsabilité contractuelle. […] La question de la nature de la responsabilité dans la période des pourparlers doit donc se résoudre par une distinction pure et simple du principe général posé: pas de responsabilité contractuelle sans contrat.“
[450] *Mazeaud/Mazeaud/Tunc*, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Rn. 119; *Ghestin,* Les obligations, Rn. 228; *Schmidt,* RIDC 1990, 545, 547; *Lorenz* ZEuP 1994, 218, 220; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 434; *Marty/Raynaud,* Les obligations, Tome II, Rn. 367, Fn. 2: „La célèbre théorie de Ihering sur la *culpa in contrahendo* […] conduit au contraire à la responsabilité contracuelle, mais elle est fictive et divinatoire.“
[451] MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 38.
[452] *Ghestin*, Les obligations, Rn. 228; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 897 ff.; *Ferid/Sonnenberger*, Das Französische Zivilrecht, Rn. 1 F 267.
[453] Cour d’appel de Rennes, 8. Juli 1929, D.H. 1929, 548 f.; Cour d’appel de Nîmes, 13. Mai 1932, D.H. 1932, 404 f. Art. 1382 Code civil aF lautet: Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Übersetzung: Jede Handlung eines Menschen, von welcher Art sie auch sei, die einem anderen Schaden verursacht, verpflichtet denjenigen, durch dessen *faute* der Schaden entstanden ist, denselben zu ersetzen. Zum Begriff der *faute* siehe Kapitel 2 § 4 II B 2 a) (1).

> […] par ces énonciations, […] la cour d'appel, sans encourir les griefs du pourvoi, a pu retenir à l'encontre de la société Vilbert-Lourmat une responsabilité délictuelle […]."[454]

Erforderlich war also die Festellung eines Rechtsmissbrauchs – *abus de droit* –, um eine Haftung zu begründen. Die weiteren Entscheidungen folgten dieser Leitlinie, die sich zu einer ständigen Rechtsprechung entwickelte.[455]

2. Das Urteil im Fall *Manoukian* und seine Folgen

Das Urteil im Fall *Manoukian* vom 26. November 2003 gehört zu den berühmtesten Entscheidungen der zivilrechtlichen Rechtsprechung Frankreichs.[456] Es brachte wichtige Ausführungen zu den Voraussetzungen und insbesondere zu den Rechtsfolgen der Haftung bei Fehlverhalten in den Vertragsverhandlungen mit sich.

a) Sachverhalt und Entscheidungsgründe

Die Klägerin ist eine Gesellschaft, die im Frühling 1997 mit den Beklagten über einen Aktienkauf zu verhandeln begann. Sechs Monate lang trafen sich die Verhandlungspartner regelmäßig und unterhielten sich über den Kauf. Die Beklagte schlossen jedoch ein Vertragsversprechen mit einer Drittgesellschaft ab und setzten die Klägerin erst vierzehn Tage nach Abschluss in Kenntnis. Bis dahin hatten sie diese glauben lassen, dass lediglich die Abwesenheit des Wirtschaftsprüfers Grund für die Verzögerung des Vertragsabschlusses war.

Das Berufungsgericht verurteilte die Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 400 000 F.[457] Gegen das Urteil wandten sich sowohl die Klägerin als auch die Beklagten. Die Beklagten machten geltend, dass das Berufungsgericht den Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben nicht ausreichend begründet habe. Der Klägerin ging es zum einen darum, dass der Schadensersatz auf die während der Vertragsverhandlungen getätigten Aufwendungen begrenzt wurde, und nicht den aus dem Geschäftsbetrieb zu erwartendem Gewinn umfasste. Die Klägerin wollte zudem erreichen, dass das Gericht das Fehlverhalten der drittbeteiligten Gesellschaft ihr gegenüber feststellte.

Die *Cour de cassation* begann ihr Urteil mit dem Antrag der Beklagten. Das Berufungsgericht habe das Verhalten der Beklagten zu Recht als treuwidrig beurteilt.

---

[454] Chambre commerciale, 20. März 1972, Nr. 10-14.154, Bull. civ. IV Nr. 93. Übersetzung: Auf jeden Fall ist darauf hinzuweisen, dass solche mühsamen Verhandlungen nicht durch einen einfachen Telefonanruf unterbrochen werden konnten, was mehr als problematisch war, und dass die ersten Richter daher zu Recht den missbräuchlichen Abbruch der Gespräche durch die Firma Vilber-Lourmat festgestellt hatten. […] Durch diese Aussagen konnte das Berufungsgericht, ohne der Beschwerde der Berufung ausgesetzt zu sein, die außervertragliche Haftung gegenüber der Firma Vilber-Lourmat aussprechen.

[455] 3ème Civile, 3. Oktober 1972, Nr. 71-12.993, Bull. civ. III, Nr. 491, S. 359; Chambre commerciale, 11. Januar 1984, Nr. 82-13.259, Bull. civ. IV, Nr. 16, S. 23; Chambre Commerciale, 12. Februar 2002, Nr. 98-13.778.

[456] Chambre commerciale, 26. November 2003, Nr. 00-10.243 und 00-10.949, Bull. civ. IV, Nr. 186, S. 206; *Capitant/Terré/Lequette/Chénedé* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, Nr. 142, S. 4 ff., Rn. 1 ff.; *Mestre/Fages* RTD civ. 2004, 80 ff.; *Viney,* JCP 2004, Nr. 39, Doctr. 163, Rn. 25 ff.; *Mazeaud* RDC 2004, 257 ff.

[457] Cour d'appel de Paris, 25. Kammer, 29. Oktober 1999.

Das Gericht gab hierfür zwei Gründe. Zum einen hätten sich die Beteiligten auf einem ausführlichen Entwurf schon geeinigt und die Klägerin habe somit darauf vertrauen dürfen, dass die Beklagten noch an dem Verkauf interessiert waren. Zum anderen hatten die Beklagten die Klägerin erst vierzehn Tage nach dem Abschluss des Vertragsversprechens über die Führung von gleichzeitigen Verhandlungen mit einem anderen Unternehmen informiert. Die Irreführung, die Verspätung habe der Wirtschaftsprüfer zu vertreten, war für den Richter ein zusätzliches Indiz dafür, dass sich die Beklagten sich entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben verhalten hatten.

Nachdem das Fehlverhalten der Beklagten festgestellt worden war, wandte sich das Gericht der zweiten Frage zu, dem Umfang des Schadensersatzes. Hier fällte die *Cour de cassation* eine klare und eindeutige Entscheidung. Der Antrag der Klägerin sei unbegründet, das Berufungsgericht habe zu Recht den Ersatz der zusätzlichen Schadensposten abgelehnt, da keine endgültige Einigung vorlag. Infolgedessen könne die Klägerin, den Ersatz des entgangenen Gewinns nicht verlangen:

> „les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat."[458]

b) Folgen der Entscheidung

Die Entscheidung *Alain Manoukian* bestätigte zunächst die frühere Rechtsprechung und enthielt eine wichtige Klarstellung im Hinblick auf die Voraussetzungen und den Umfang des Schadensersatzanspruchs fest.

Anknüpfend an die vorherigen Aussagen war als erste Voraussetzung ein Rechtsmissbrauch erforderlich. Nach der früheren Rechtsprechung musste hierfür eine Schädigungsabsicht nachgewiesen werden.[459] Diese strenge Ansicht wurde im Laufe der Zeit gelockert und seit den 1970er Jahren galt nach der Rechtsprechung der *Cour de cassation*, dass ein Verhandlungsabbruch auch ohne Schädigungsabsicht treuwidrig sein kann, wenn der Verhandlungspartner gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen hat.[460] Der Rechtsmissbrauch konnte somit dem treuwidrigen Verhalten während der Vertragsverhandlungen entnommen werden.[461]

---

[458] Leitsatz der Entscheidung der Chambre commerciale, 26. November 2003, Nr.00-10.243 und 00-10.949, Bull. civ. IV, Nr. 186, S. 206. Übersetzung: die Umstände, die ein Fehlverhalten bei der Ausübung des Rechts auf einseitige Beendigung vorvertraglicher Verhandlungen begründen, sind nicht kausal für den Schaden, der in dem Verlust der Chance besteht, bei Abschluss des Vertrages erwarteten Gewinne zu erzielen.

[459] *Capitant/Terré/Lequette/Chénedé* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, S. 6, Rn. 3.

[460] 3ème Civile, 3. Oktober 1972, Nr. 71-12.993, Bull. civ. III, Nr. 491, S. 359: „la responsabilité délictuelle prévue par les Articles 1382, 1383 du Code civil peut être retenue en l'absence d'intention de nuire"; 1ère Civile, 12. April 1976, Nr. 74-11.770, Bull. civ. I Nr. 122, S. 98; Chambre commerciale, 20. März 1972, Nr. 70-14.154, Bull. civ. IV, Nr. 93, S. 90.

[461] *Ghestin*, La formation du contrat, Rn. 732 f.

Das war zum Beispiel zu bejahen, wenn einer der Verhandlungspartei von vorneherein keinen Vertragsschluss beabsichtigt[462] oder wenn einer der Verhandlungspartner die Verhandlungen über einen Zeitpunkt hinaus weiterführt, in dem er den Abschlusswillen bereits endgültig aufgegeben hat.[463] Die Rechtsprechung ließ zudem in einigen Fällen die tadelnswerte Leichtfertigkeit ausreichen, wenn besonderes Vertrauen des Geschädigten bewiesen war.[464] Je länger und fortgeschrittener die Verhandlungen geführt worden seien, desto größer sei das Vertrauen auf einen guten Ausgang.[465] Wenn dem Abbruch allerdings ein legitimes Interesse zugrunde liege, könne im Abbruch keine Treuwidrigkeit gesehen und somit auch keine Haftung angenommen werden.[466]

Im Urteil vom 23. November 2003 lag der Schwerpunkt auf „la faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels", also auf dem missbräuchlichen Abbruch der Vertragsverhandlungen.[467] Die negative Vertragsfreiheit wurde missbraucht, indem die Beklagten erst vierzehn Tage nach Abschluss des Vertragsversprechens mit der anderen Gesellschaft die Vertragsverhandlungen abbrachen. [468] Die Richter nahmen einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben auch deshalb an, weil sich die Verhandlungspartner auf einen Vertragsentwurf geeinigt hatten und die Beklagten ihren Verhandlungspartner über den Abschluss eines Vertragsversprechens mit der anderen Gesellschaft nicht informierten und ihn im Glauben ließen, dass ein Vertragsabschluss noch möglich sei.[469] Die Gesamtumstände zeigten, dass die Klägerin ein berechtigtes Vertrauen – sog. *confiance légitime* – in den möglichen Erfolg der Verhandlungen hatte, das enttäuscht wurde. Die Richter warfen den Beklagten hingegen *nicht* vor, überhaupt mit einem Dritten Verhandlungen geführt zu haben. Dies sei von der Verhandlungsfreiheit umfasst. Allerdings könne es ein Indiz für die Treuwidrigkeit sein.[470]

---

[462] Cour d'appel de Rennes, 8. Juli 1929, D.H. 1929, 548.
[463] Chambre commerciale, 22. Februar 1994, Bull. civ. IV Nr. 79, S. 61; *Mestre,* RTD civ. 1994, 849.
[464] Chambre commerciale, 22. Februar 1994, Bull. civ. IV Nr. 79, S. 61; *Mestre,* RTD civ. 1994, 849.
[465] 1ère Civile, 14. Juni 2000, Nr. 98-17.494.
[466] Chambre commerciale, 20. November 2007, Nr. 06-20.332; *Fages,* RTD civ. 2008, 101.
[467] Zu dem Unterschied zwischen *faute de négociation* und *faute dans la rupture* siehe *Deshayes,* RTD com. 2004, 187, Rn. 15 ff.
[468] *Ghestin*, La formation du contrat, Rn. 736; *Dupré-Dallemagne,* D. 2004, 869 ff.; *Mestre/Fages,* RTD civ. 2004, 80 ff.
[469] Leitsatz der Entscheidung der Chambre commerciale, 26. November 2003, Nr.00-10.243 und 00-10.949, Bull. civ. IV, Nr. 186, S. 206: „En conduisant des négociations parallèles, alors que les parties étaient parvenues à un projet d'accord aplanissant la plupart des difficultés, et en concluant une accord dont elle n'a informé son partenaire que 14 jours après, en lui laissant croire dans cet intervalle que la conclusion du contrat projeté restait possible, une partie a rompu unilatéralement et avec mauvaise foi des pourparlers." Übersetzung: Indem sie gleichzeitige Verhandlungen geführt haben, obwohl die Parteien einen Vertragsentwurf erreicht hatten, der die meisten Schwierigkeiten löste, und indem sie eine Vereinbarung abgeschlossen haben, über die sie ihren Partner erst 14 Tage später informierte und ihn in der Zwischenzeit glauben ließ, dass der Abschluss des vorgeschlagenen Vertrags möglich blieb, brach eine Partei einseitig und mit Böswilligkeit die Verhandlungen ab.
[470] *Mestre/Fages,* RTD civ. 2004, 80 ff.; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 185.

Die zweite wichtige Ausführung betrifft den Umfang des Schadensersatzes. Der Grundsatz im französischen Recht lautet: „principe de réparation intégrale et pouvoir souverain des juges du fond".[471] Sicher war, dass der Kläger nicht den Abschluss des Vertrages verlangen konnte. Dies hätte gegen den Grundsatz der Vertragsfreiheit verstoßen.[472] Unproblematisch war im französischen Recht auch, dass der Schadensersatz die für die Verhandlungen getätigten Aufwendungen umfasst, nicht aber den aus dem beabsichtigten Vertrag entgangenen Gewinn.[473] Streitig war jedoch, ob der *Verlust der Chance* umfasst war, durch den Geschäftsbetrieb Gewinn zu erzielen. Rechtsprechung[474] wie Literatur[475] waren sich darüber uneinig. Mit dem Urteil im Fall *Manoukian* wurde insoweit Klarheit geschaffen. Die Richter lehnten den Ersatz des Verlusts der Chance, Gewinne zu erzielen, ab. Zur Begründung beriefen sie sich auf die Kausalität. Den Verlust der Chance im Fall *Manoukian* habe lediglich der Abbruch der Verhandlungen verursacht. Der Verhandlungsabbruch stelle allerdings für sich keine Pflichtverletzung dar, sodass mangels Pflichtverletzung die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nicht erfüllt seien. Die Art und Weise des Verhandlungsabbruchs führe zu einem anderen Schaden, nämlich den nutzlosen Aufwendungen.[476] Zu beachten ist jedoch, dass die Richter nicht allgemein den Ersatz des Verlusts der Chance ablehnen. Um eine *chance* ersetzt zu bekommen, muss eine solche tatsächlich bestehen.[477] Der Ersatz der *perte de chance* bedarf also einer bestimmten und endgültigen Einigung. Wenn eine solche Einigung vorliegt, dann ist der Abbruch auch kausal für den Schaden.

Auch eine andere Erklärung des Ergebnisses ist möglich.[478] So könnte man annehmen, dass die Richter, indem sie den Ersatz von Aufwendungen zugesagten, den Kläger in die Lage zurückversetzten, in der er sich ohne schädigendes Ereignis befunden hätte. Infolgedessen wäre es widersprüchlich gewesen, den Ersatz des Verlusts der Chance gewähren, sodass der Kläger in die Lage versetzt worden wäre, in der er bei erfolgreichen Verhandlungen gewesen wäre. Um diesen Widerspruch zu vermeiden, mussten die Richter zwischen den beiden Varianten auswählen, was sie zugunsten der ersteren taten.

---

[471] Übersetzung: Grundsatz der Totalreparation und Ermessen der Tatsachenrichter.
[472] *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, T.1, Rn. 242; *Capitant/Terré/Lequette/Chénedé* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, S. 8, Rn. 5; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 179.
[473] *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, T.1, Rn. 242; *Lorenz,* ZEuP 218, 227; Chambre commerciale, 20 März 1972, Nr. 70-14.154, Bull. civ. IV, Nr. 93, S. 90.
[474] Dagegen Cour d'appel de Versailles, 8. März 1985, Juris-data, n° 1985-041111; Dafür Cour d'appel de Paris, 16. Dezember 1998, Juris-data, n° 1998-213552; Cour d'appel de Rennes, 29. April 1992, Juris-data, n° 1992-60018; 3ème Civile 12. November 2003, Nr. 02-10.352.
[475] Zu den unterschiedlichen Meinungen und Schwierigkeiten siehe *Viney,* Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, Rn. 198-1; *Deshayes,* RTD com. 2004, 187, Rn. 2 ff.
[476] *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, T.1, Rn. 242; *Mestre/Fages,* RTD civ. 2004, 80; *Capitant/Terré/Lequette/Chénedé* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, S. 9, Rn. 6.
[477] 1ère Civile, 4. Juni 2007, Nr. 05-20.213, Bull. civ. I, Nr. 217; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 701; *Dupré-Dallemagne,* D. 2004, 869 ff.
[478] Zum Folgenden *Capitant/Terré/Lequette/Chénedé* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, S. 9 f., Rn. 7.

Diese Grundsatzentscheidung hat die Entwicklung der weiteren Rechtsprechung bestimmt.[479] Auch haben sich die Richter der Lösung der Staaten angenähert, die sich von der Theorie von *Jhering* inspirieren ließen.[480] Denn nach diesen Rechtsordnungen wird das negative Interesse ersetzt, nicht das positive.[481] Weil im Fall *Manoukian* der Verlust der Chance nicht ersetzt wurde, hingegen die nutzlosen Aufwendungen, wurde das negative Interesse des Klägers befriedigt, ohne dass es so genannt wurde.

Die Reformprojekte *Catala*[482] und *Terré*[483] hatten unterschiedliche Formulierungen vorgeschlagen, jedoch ähnliche Erwägungen zugrunde gelegt. Für beide Arbeitsgruppen ging es vor allem darum, die ständige Rechtsprechung zu kodifizieren.[484] Das Reformprojekt *Catala* unterschied in Art. 1104 seines Entwurfs zwischen der Treuwidrigkeit und der *faute.* Dies brachte zum Ausdruck, dass ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben kein Fehlverhalten darstellt, aber dennoch haftungsbegründend ist. Das war missverständlich, da es den Eindruck erweckt, zwei getrennte Regime einzuführen, einmal ohne *faute* und einmal mit ihr. Dies kann nicht richtig sein, da eine *faute* auf jeden Fall gegeben ist, wenn sich einer der Verhandlungspartner treuwidrig verhält. Zudem wird auf den Abbruch der Verhandlungen abgestellt, obwohl der Abbruch an sich nicht verwerflich sein kann.[485] Dies widerspricht dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und der ständigen Rechtsprechung. Infolgedessen war die Formulierung des Art. 1104 des Reformprojekts *Catala* nicht recht gelungen.

---

[479] Ständige Rechtsprechung: 3ème Civile, 28. Juni 2006, Nr. 04-20.040, Bull. civ. III, Nr. 164, S. 136; 3ème Civile, 7. Januar 2009, Nr. 07-20.783, Bull. civ. III, Nr. 5.

[480] *Capitant/Terré/Lequette/Chénedé* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, S. 10 f., Rn. 9.

[481] Siehe für Deutschland Kapitel 2 § 4 II B 4.

[482] Art. 1104 Reformprojekt *Catala*: L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi. L'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties. Übersetzung: Die Initiative, Durchführung und Beendigung der Verhandlungen sind frei, müssen aber den Anforderungen von Treu und Glauben entsprechen. Das Scheitern einer Verhandlung kann nur dann eine Haftungsquelle sein, wenn es auf die Treuwidrigkeit oder die *faute* einer der Parteien zurückzuführen ist.

[483] Art. 24 Reformprojekt *Terré*: L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi. La faute dans l'exercice de la faculté de rompre est source de responsabilité. Elle est notamment constituée lorsque l'une des parties a entamé ou a poursuivi des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord. En aucun cas, les dommages et intérêts ne peuvent compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu. Übersetzung: Die Initiative, Durchführung und Beendigung der Gespräche sind frei, müssen aber den Anforderungen von Treu und Glauben entsprechen. Eine *faute* bei der Ausübung des Abbruchsrechts ist eine Haftungsquelle. Sie liegt insbesondere dann vor, wenn eine der Parteien Verhandlungen aufgenommen oder fortgesetzt hat, ohne die tatsächliche Absicht zu haben, eine Einigung zu erzielen. Unter keinen Umständen können Schäden den Verlust von Gewinnen ersetzen, die aus dem nicht abgeschlossenen Vertrag erwartet werden.

[484] *Aubert de Vincelles*, Le processus de conclusion du contrat, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 119, 135 f.

[485] Siehe oben Art. 1104 Abs. 2 des Reformprojekts *Catala*. Dazu *Aubert de Vincelles*, Le processus de conclusion du contrat, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 135 f.

Die Formulierung von Art. 24 des Reformprojekt *Terré* stand hingegen im Einklang mit der Rechtsprechung und beruhte auf den internationalen und europäischen Regelwerken.[486] Es wird allgemein auf das Vorliegen einer *faute* abgestellt. Dadurch wird auch ein einheitliches Regime festgelegt. Allerdings wird der Abbruch der Vertragsverhandlungen als Haftungshandlung bezeichnet. In Art. 24 Abs. 3 des Reformprojekts *Terré* wird hingegen ein Beispiel gegeben, das auf die Aufnahme und das Führen von Vertragsverhandlungen abstellt. Die Kombination der zwei Absätze ist somit widersprüchlich.

Der Umfang des Schadensersatzes wurde nur vom Reformprojekt *Terré* behandelt. Die Bearbeiter dieses Entwurfs stellten sich die Frage, inwiefern der Richter in der Bestimmung des Schadensersatzes frei sein sollte.[487] Das Reformprojekt plädierte insoweit für eine Kodifizierung der von der *Cour de cassation* aufgestellten Grundsätze, um Rechtssicherheit zu schaffen.

B. Die französische Rechtslage nach der Reform im Rechtsvergleich

Seit dem 1. Oktober 2016 kennt das französische Vertragsrecht eine neue Norm über die Haftung bei Verschulden während der Vertragsverhandlungen, Art. 1112 Abs. 2 Code civil. Die Vorschrift lautet wie folgt :

> „En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu.“[488]

Der Artikel wirft mehrere Fragen auf, die im Folgenden besprochen werden.

1. Die Rechtsnatur der Haftung bei Fehlverhalten in den Verhandlungen

Die erste Frage betrifft die Rechtsnatur der Haftung bei Fehlverhalten in den Verhandlungen. In *Civil-law*-Staaten wird die Frage der Rechtsnatur des Instituts unterschiedlich beantwortet. Bestes Beispiel hierfür sind die deutsche und die französische Rechtsordnung. Auch steht die Europäisierung des Vertragsrechts vor der Frage, welche Fälle überhaupt dem Vertragsrecht und welche dem Deliktsrecht unterworfen sind, oder ob die Einführung einer dritten Spur erforderlich wäre.[489]

---

[486] *Aubert de Vincelles*, Le processus de conclusion du contrat, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 119, 132 ff.
[487] *Aubert de Vincelles*, Le processus de conclusion du contrat, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 119, 136 f.
[488] Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 257: „Im Falle einer *Pflichtverletzung* während der Verhandlungen kann der Ersatz des daraus resultierenden Schadens nicht den Ausgleich des Verlusts der von dem nicht abgeschlossenen Vertrag erwarteten Vorteile zum Gegenstand haben“. Über die Übersetzung von *faute* als Pflichtverletzung kann man streiten, siehe Kapitel 2 § 4 II B 2 a) (1).
[489] *Von Hein* in *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts, S. 290.

a) Die deliktische Natur des Rechtsinstituts in Frankreich, Art. 1112 Abs. 2 Code civil

Weder aus dem Wortlaut der französischen Regel noch aus der Stellung der Norm kann ein sicherer Schluss bezüglich der Rechtsnatur gezogen werden. Denn die neue Vorschrift befindet sich nun im Kapitel II über die Begründung eines Vertrags, in dem Unterkapitel über den Abschluss des Vertrags, allerdings vor dem Abschnitt über die Voraussetzungen des Angebots und Annahme. Aus der Systematik ergibt sich somit, dass die Vertragsverhandlungen dem Vertragsrecht zugeordnet sind. Allerdings wird erst in Art. 1113 Code civil[490] über den tatsächlichen Vertragsschluss gesprochen. Art. 1113 Code civil ist die erste Vorschrift des Abschnitts über das Angebot und die Annahme. Von da an ist auch von „Vertrag" die Rede. Der Gesetzgeber wollte damit zum Ausdruck bringen, dass erst nach den Vertragsverhandlungen ein Vertrag zustande kommt. Bei dem Abschnitt über die Vertragsverhandlungen geht es also um die *vor*vertragliche Phase, wobei dies keine Hilfe zur Beantwortung der Frage ist.

Aus der historischen Auslegung ergibt sich allerdings die Antwort. Vor der Reform war die Haftung zweifelsfrei außervertraglich. Zwar wurde der Vorschlag der *Chancellerie* vom Februar 2015 nicht übernommen, der ausdrücklich eine *außervertragliche* Haftung zugrunde legte.[491] Jedoch spricht vieles dafür, dass sich die Rechtslage nicht verändern sollte. Manche Autoren gehen sogar davon aus, dass der Reformgesetzgeber zu der Frage schwieg, weil er es als selbstverständlich befand.[492] Der Bericht an den Präsidenten der Republik deutet darauf hin, dass die Haftung prinzipiell – allerdings nicht ausschließlich – außervertraglicher Natur sein

[490] Art. 1113 Code civil: Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager. Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 259: „Der Vertrag wird durch das Zusammentreffen eines Angebots und einer Annahme geschlossen, mit denen die Parteien ihren Willen zum Vertragsschluss äußern. Dieser Wille kann sich aus einer Erklärung oder aus einem unzweideutigen Verhalten des Handelnden ergeben."

[491] Art. 1111 (2) Avant-projet d'ordonnance: La conduite ou la rupture fautive de ces négociations oblige son auteur à réparation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle. Übersetzung: Die pflichtwidrige Durchführung oder Beendigung dieser Verhandlungen verpflichtet den Handelnden zu einer Entschädigung auf der Grundlage einer außervertraglichen Haftung.

[492] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 176. Ob es so selbstverständlich ist, scheint zweifelhaft, da viele Autoren sich die Frage gestellt haben. Siehe *Gsell,* Die Neuregelungen zu den Vertragsverhandlungen, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 31, 38; *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13, 24 f.; *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art. 1112.

sollte.[493] Die Parteien sollen frei darin bleiben, die Durchführung der Verhandlungen vertraglich zu regeln.[494] Wenn also die *faute* während der Aufnahme, Durchführung oder Beendigung der Vertragsverhandlungen stattfindet, ist die Haftung in Frankreich grundsätzlich deliktischer Art.

b) Die vertragsähnliche Natur des Rechtsinstituts in Deutschland, §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB

Um die Rechtsnatur der *culpa in contrahendo* im deutschen Recht zu verstehen, ist eine überblicksartige Darstellung der Entstehung der Norm erforderlich. Der Ursprung für die Entwicklung des Rechtsinstituts liegt in der *Rudolf von Jhering* zurückzuführenden Theorie.[495] Seine Lehre hatte allerdings die Haftung des Irrenden nach Anfechtung, des Vertreters ohne Vertretungsmacht oder des Verkäufers einer nicht existierenden Sache im Auge. In einer Reihe von gesetzlichen Vorschriften fand sich seine Ansicht wieder (vgl. §§ 122, 179, 304 aF, 309 aF BGB). Aus dem Gedanken, dass auch ein Verschulden während der Vertragsverhandlungen zur Pflicht, den daraus entstehenden Schaden ersetzen, führen sollte, entwickelten Rechtsprechung und Lehre im Wege der Rechtsfortbildung die Grundsätze der heute bekannten Haftung aus *culpa in contrahendo.*[496] Durch die Aufnahme rechtsgeschäftlicher Kontakte entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis.[497] Da kein wirksamer Vertrag vorliegt, kann die Haftung nicht vertraglicher Natur sein.[498] Dennoch folgt die Haftung aus diesem besonderen gesetzlichen Schuldverhältnis den Grundsätzen der vertraglichen Haftung. Der Grund für die Einführung eines Sonderregimes waren „die bekannten Schwächen des allgemeinen Deliktsrechts".[499] Das Fehlen einer generellen Haftung für primäre Vermögensschäden, einer uneingeschränkten Haftung für Verrichtungsgehilfen sowie die volle Beweislast des Geschädigten.[500] Mit der Anwendung der vertraglichen Regelungen zum Schadensersatz wurden diese Schwächen überwunden.

Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurden die §§ 311 Abs. 2, Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB eingeführt. Der Gesetzgeber hat für die Kodifizierung des Verschuldens bei Vertragsschluss an die in der Rechtsprechung und der Literatur entwickelten Grundsätze angeknüpft.[501] Für die Voraussetzungen wie auch die Rechtsfolgen hat sich nichts geändert, vielmehr hat das Rechtsinstitut eine gesetzliche

[493] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[494] *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art. 1112; *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13, 124 f.
[495] Siehe oben Kapitel 2 § 4 II A 1.
[496] Palandt/*Grüneberg* BGB § 311 Rn. 11; Staudinger/*Feldmann/Löwisch* BGB § 311 Rn. 96.
[497] Staudinger/*Feldmann/Löwisch* BGB § 311 Rn. 96.
[498] *Lorenz,* ZEuP 1994, 218.
[499] MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 38.
[500] MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 38. Rechtsvergleichend *Lorenz,* ZEuP 1994, 218, 220 ff.
[501] Begr. SchuldRModG BT-Drucks. 14/6040, S 161 ff.; Staudinger/*Feldmann/Löwisch* BGB § 311 Rn. 99.

Grundlage bekommen.[502] Es bleibt somit dabei, dass die *culpa in contrahendo* vertragsähnlicher Natur ist.

Zwischen der deutschen und französischen Rechtslage bleibt mithin ein wesentlicher Unterschied bestehen: Das Verschulden bei Vertragsschluss ist im deutschen Verständnis vertragsähnlich, im französischen deliktisch. Da das französische Deliktsrecht keinen Ausschluss der reinen Vermögensschäden kennt, bedarf es keines Rückgriffs auf das vertragliche Schadensrecht. Auch in Bezug auf die Haftung für Handlungen eines Dritten ist das französische Deliktsrecht ausreichend. Im Gegensatz zum deutschen Recht dient nämlich das französische Deliktsrecht dazu, die Härte des Vertragsrechts auszugleichen.[503] Wie allerdings noch zu zeigen ist, führen die unterschiedlichen Verankerungen nicht notwendigerweise zu unterschiedlichen Ergebnissen.[504]

c) Die Natur des Rechtsinstituts in den Regelwerken

Jedes untersuchte Regelwerk verfügt über eine Regelung zum Rechtsinstitut der *culpa in contrahendo,* aber kein Regelwerk klassifiziert sie klar als vertragliches oder deliktisches Rechtsinstitut.

Die Rechtsnatur der Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen im DCFR ist nicht auf den ersten Blick eindeutig. Allerdings ermöglicht eine Gesamtwürdigung, eine Kategorisierung vorzunehmen. Zum einen wird die Haftung im Buch II über den Vertrag und andere „juridical acts" und nicht im Buch III über die allgemeinen Schuldverhältnisse oder in dem Buch VI über die außervertragliche Haftung geregelt. Dieser Einteilung liegt folgende Überlegung zugrunde: Die Bearbeiter des Regelwerks hatten große Schwierigkeiten, die „contracts" von den „obligations" zu trennen. Nachdem sie sich auf die jeweiligen Definitionen geeinigt hatten, nahmen sie die Zuordnung der vorvertraglichen Haftung vor[505] und entschieden sich somit für die Einordnung des betroffenen Rechtsinstituts im Buch II über Verträge und andere gesetzliche Rechtsgeschäfte, was für eine vertragsähnliche Natur spricht.[506]

Allerdings wird diese Einordnung nicht konsequent durchgehalten. Die letzte Vorschrift des Kapitels über die vorvertraglichen Pflichten spricht gegen die Einordnung der Haftung als vertraglich. In der Kommentierung zu Art. II.-3:501 DCFR, der die Haftung bei Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht regelt, wird nämlich gesagt, dass

> „Paragraph (1) of the present Article simply makes it clear that the practical consequence of such liability is that the person who suffers the loss has a right to damages.

[502] Staudinger/*Feldmann/Löwisch* BGB § 311 Rn. 99; MüKoBGB/*Emmerich* § 311 Rn. 39.
[503] *Lorenz*, ZEuP 1994, 218, 242.
[504] Dazu Kapitel 2 § 4 II B.
[505] *Von Bar/Clive* (Hg.), DCFR, Full Edition, 2009, Introduction, Rn. 44 ff.
[506] *Lehmann,* ZEuP 2009, 693, 709.

This is a self-standing non-contractual right."[507]

Als Begründung wird sodann auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 17. September 2002 *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA vs. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH* Bezug genommen, in der entschieden wurde, dass die vorvertragliche Haftung keine vertragliche sein kann.[508] Der Kommentar zum DCFR liest dieses Urteil so, dass manche Fälle der *culpa in contrahendo* dem außervertraglichen Haftungsrecht zuzuordnen sind. Allerdings sei es nicht einfach, die Haftung nach dem Deliktsrecht festzulegen. Dementsprechend könne der Geschädigte nach den Bestimmungen dieses Kapitels Schadensersatzansprüche geltend machen.[509]

Es erscheint widersprüchlich, dass auf der einen Seite die Trennung zwischen vertraglichen und deliktischen Ansprüchen laut Einleitung zum DCFR derart streng genommen worden ist, auf der anderen Seite die Einordnung der Vorschriften nicht einheitlich durchgehalten wurde. Die Systematik legt eine vertragliche Qualifikation nahe, jedoch widerspricht dies der offiziellen Kommentierung zu Art. II.-3:501 DCFR. Nach alldem kann dem Rechtsinstitut im DCFR keine vertragliche Natur zugesprochen werden. Wie die offizielle Kommentierung und die Entscheidung des EuGH nahelegen, erscheint es sachgerechter, eine außervertragliche Natur des Rechtsinstituts anzunehmen.

Auch für die UPICC ist die Lage nicht eindeutig. Weder Art. 2.1.15 UPICC noch die offizielle Kommentierung verliert ein Wort hierzu.[510] Gemäß der Präambel fertigten die Autoren der UPICC Regeln für internationale Handelsverträge.[511] Zudem setzt die Anwendung der UPICC voraus, dass die Parteien einen Vertrag über die Anwendbarkeit der UPICC oder zumindest der allgemeinen Rechtsgrundsätzen, der *lex mercatoria* oder dergleichen abgeschlossen haben.[512] Infolgedessen wird Art. 2.1.15 UPICC regelmaßig nur dann anwendbar sein, wenn ein Vertrag vorliegt. Das sind Indizien, die eher für die vertragliche Einordnung sprechen.[513] Dagegen spricht allerdings, dass die UPICC auch darauf zielen, eine Inspirationsquelle für nationale Gesetzgeber zu sein.[514] Da die nationalen Rechtsordnungen über die Einordnung des Rechtsinstituts nicht übereinstimmen, könnte eine offizielle Einordnung für den Einfluss der UPICC auf die Gesetzgeber schädlich sein.

Die schwierige Einordnung gilt auch für den Gandolfi-Code.[515] Die Bearbeiter des Code wollten im ersten Buch des Entwurfs eines europäischen Vertragsgesetzbuchs die allgemeinen Regeln des Vertrags behandeln. In diesem Zusammenhang haben

---

[507] Comment A, Art. II.-3:501 DCFR.
[508] EuGH Urteil vom 17. September 2002, C-334/00, Rn. 26 f.
[509] Comment A, Art. II.-3:501 DCFR.
[510] Zum Folgenden Commentary on PICC/*Rios*, Art. 2.1.15 Rn. 6 ff.
[511] Präambel Abs. 1 UPICC.
[512] Präambel Abs. 2, Abs. 3 UPICC; Commentary on PICC/*Rios*, Art. 2.1.15 Rn. 7.
[513] In dieser Richtung siehe *Lehmann,* ZEuP 2009, 693, 709.
[514] Präambel Abs. 7 UPICC.
[515] Offen gelassen *Ruffini Gandolfi,* Le Code européen des contrats - Livre I, à l'Institut de France (et les travaux préparatoires du Livre II, à l'Université de Pavie), RIDC 2006, S. 954 ff.

sie in Art. 6 Abs. 3 des Codes die *culpa in contrahendo* geregelt. Die Entstehungsgeschichte des Gandolfi-Code hilft dabei auch nicht weiter. Denn es wurde sowohl auf die italienischen, die deutschen und die französischen Rechtsordnungen als auch auf den *McGregor Code* Bezug genommen.[516]

Für die PECL mag sich die Qualifikation aus der Einleitung und aus Art. 1:101 PECL ergeben. In der Einleitung wird nämlich erklärt, dass sich die Grundregeln auf das allgemeine Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse beschränken.[517] Bei der Ausklammerung der Themen wurde ein „funktionaler Ansatz" gewählt: Sofern eine regelungsbedürftige Situation in engem Zusammenhang mit dem Vertragsrecht stand, wurde sie von der Kommission behandelt und anschließend geregelt.[518] Infolgedessen enthält das Regelwerk auch Regelungen von Fragen, die in manchen Rechtsordnungen zum Deliktsrecht gehören. Als Beispiel wird sodann die *culpa in contrahendo* genannt.[519] In der Kommentierung zu Art. 1:101 PECL wird für wünschenswert erklärt, dass alle Regeln, die auf einen Vertrag anwendbar sind, aus derselben Quelle stammen, ungeachtet ob die Regeln in den nationalen Rechtsordnungen nicht als vertraglich qualifiziert werden.[520] Auch hier wird als Beispiel die *culpa in contrahendo* gewählt. Mithin sprechen diese Argumente mindestens für eine Vertragsähnlichkeit.[521]

Manche Autoren sehen die Trennung in eine vertragliche und eine deliktische Kategorie als zu eng an.[522] Ziel der europäischen und internationalen Regelwerke sei es, über die Schwierigkeiten der nationalen Rechtsordnungen hinauszugehen und eine harmonisierte Lösung anzubieten. Die Regelwerke ließen somit die Frage offen und folgten einem eigenen, dritten Weg. Dafür spreche die aktuelle Kodifikationswelle des Rechtsinstituts. Weil immer mehr Staaten über Vorschriften zur *culpa in contrahendo* verfügten, sei es weniger von Bedeutung, eine Kategorisierung vorzunehmen. Dieser sei nur wichtig für akzessorische Fragen wie die Verjährung und die Dritthaftung. Dazu seien allerdings die Vorschriften in den Regelwerken eindeutig und bestimmt genug, sodass auch insoweit der Bedarf an Klassifikation entfalle.

---

[516] Zur Entstehungsgeschichte des Gandolfi-Code siehe Kapitel 1 § 2 I A 2.
[517] *Lando/Beale* (Hg.), Principles of European Contract Law, S. XXV (=*von Bar/Zimmermann* (Hg.), Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. XXVII).
[518] *Lando/Beale* (Hg.), Principles of European Contract Law, S. XXV (=*von Bar/Zimmermann* (Hg.), Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. XXVII).
[519] *Lando/Beale* (Hg.), Principles of European Contract Law, S. XXV (=*von Bar/Zimmermann* (Hg.), Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. XXVII).
[520] Comment E, Art. 1:101 PECL.
[521] Für die Annahme einer vertraglichen Natur siehe *Aubert de Vincelles*, Le processus de conclusion du contrat, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 119, 134; *Lehmann,* ZEuP 2009, 693, 709.
[522] Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Art. 2:301 Rn. 22 f.; *Posh*, Does it matter whether Cupla in contrahendo is located in Tort/Delict or Contract?', in: *Boele-Woelki/Grosheide*, The future of European contract laws, Essays in honour of E. Hondius (2007), 307 ff.

d) Stellungnahme

Aus deutscher Sicht ist es schwer verständlich, warum die französischen Juristen eine deliktische Einordnung des Rechtsinstituts des Verschuldens bei Vertragsschluss vornehmen und nicht dem deutschen Beispiel der Quasi-Verträge oder der Vertragsähnlichkeit folgen. Für die Vertragsähnlichkeit könnte sprechen, dass Art. 1112 Code civil in dem Abschnitt über das Vertragsrecht aufgenommen worden ist und dass der französische Gesetzgeber die internationalen und europäischen Regelwerke als Inspirationsquelle herangezogen hat, die möglicherweise eine dritte Spur folgen könnten.

Allerdings muss klargestellt werden, dass sich in Frankreich diese Frage gar nicht stellt. Weder die Literatur noch die Rechtsprechung ziehen diese Möglichkeit in Betracht. Dies folgt daraus, dass aus französischer Sicht die Kategorisierung als Quasi-Vertrag nicht für das Fehlverhalten bei Vertragsverhandlungen passt. Der neu formulierte Art. 1300 Code civil besagt :

> „Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui.
>
> Les quasi-contrats régis par le présent sous-titre sont la gestion d'affaire, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié."[523]

Die Definition des Abs. 1 ist nicht auf das Rechtsinstitut des Verschuldens bei Vertragsschluss übertragbar. Zwar entsteht durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen eine Beziehung zwischen den Verhandlungspartnern, worüber sich die Verhandlungspartner nicht geeinigt haben. Erforderlich ist allerdings zudem, dass eine Partei diese Beziehung ausnutzt, ohne dafür berechtigt zu sein. Für Vertragsverhandlungen, die sich in keine der in Art. 1300 Abs. 2 Code civil genannten Fallgruppen einordnen lassen, kommt das nicht in Betracht. Durch den grundlosen Abbruch nutzt zum Beispiel eine Partei die andere auch nicht aus.

Wenn schon die Definition in Art. 1300 Abs. 1 Code civil nicht passt, hilft auch der zweite Abschnitt nicht weiter. Zwar ist die Auflistung in Art. 1300 Abs. 2 Code civil nicht abschließend[524], sodass es der Rechtsprechung frei bleibt, weitere außergesetzliche Quasi-Verträge zu erfinden. Die Rechtsprechung kann allerdings nicht einen gesetzlich geregelten Fall anders als der Gesetzgeber qualifizieren. Hätte der Gesetzgeber die Rechtsnatur des Rechtsinstituts ändern wollen, hätte er entweder einen Verweis auf Art. 1300 ff. Code civil in Art. 1112 Code civil aufgenommen oder sogar das Rechtsinstitut im Abschnitt über die Quasi-Verträge geregelt.

---

[523] Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 295: „Die Quasi-Verträge sind rein willentliche Vorgänge, die eine Verpflichtung dessen begründen, der davon einen Vorteil hat, ohne darauf einen Anspruch zu haben, sowie bisweilen eine Verpflichtung des Urhebers des Vorgangs gegenüber einem anderen. Die in diesen Untertitel geregelten Quasi-Verträge sind die Geschäftsführung ohne Auftrag, die Leistung auf eine Nichtschuld und die ungerechtfertigte Bereicherung."

[524] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 702 f.

Wenn die französische Norm eine dritte Spur verfolgen würde, wäre eher eine Deliktsähnlichkeit anzunehmen. Die Rechtsgeschäftsähnlichkeit der *culpa in contrahendo* ergibt sich im deutschen Recht daraus, dass dem Rechtsinstitut ursprünglich ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zugrundelag.[525] In Frankreich wird allerdings der Grundsatz „kein Vertrag, kein Vertragsrecht" streng angewendet und lässt keine Ausnahme zu. Anhand der Gesetzgebungsgeschichte ist zudem davon auszugehen, dass die Rechtsnatur deliktisch bleibt.[526] In den ersten Entscheidungen tauchte zwar der Begriff „faute quasi-délictuelle" im Zusammenhang mit dem Verschulden bei Vertragsverhandlungen auf.[527] Allerdings darf daraus kein Missverständnis entstehen: Dieser Begriff dient lediglich der Abgrenzung zum *délit*, der als vorsätzliche rechtwidrige Handlungen zu verstehen ist (Art. 1382 Code civil aF). Ein *quasi-délit* stellt hingegen eine fahrlässige oder unbeasichtigte rechtswidrige Handlung dar (Art. 1383 Code civil aF). Es handelt sich hierbei nicht um eine Drittspur, sondern vielmehr um eine eigene Kategorisierung, die ebenfalls dem Regime des Deliktsrechts folgt.

Dass auch die Regelwerke eher zu einer dritten Spur als einer sturen Kategorisierung tendieren, spricht nicht gegen die deliktische Einordnung des Rechtsinstituts in Frankreich. Denn die Regelwerke verfolgen das politische Ziel, Harmonisierungsvorschläge zu machen. Man mag die Einführung einer dritten Spur daher als „Notausgang" ansehen, um ein Aufeinanderprallen der unterschiedlichen rechtlichen Konzeption zu umgehen.

e) Ergebnis der Analyse

Weder die nationalen Rechtsordnungen noch die Regelwerke bieten somit eine einheitliche Lösung an. Der Vorschlag der dritten Spur ist in dem Sinne verlockend, dass diese Alternative ermöglicht, zu der schwierigen Frage der Rechtsnatur keine Stellung zu nehmen. Allerdings gibt es auch hierüber keinen Konsens. Die Einführung einer neuen Kategorisierung in Frankreich würde noch zusätzliche Frage aufwerfen, unter anderem zum Umgang mit Art. 1300 ff. Code civil.

Weil auch der DCFR die außervertragliche Spur ausgewählt hat, stehen das Regelwerk und das französische Recht äußerlich miteinander im Einklang. Ob dies auch inhaltlich der Fall ist, wird im Folgenden beantwortet.

2. Voraussetzungen der Haftung bei Fehlverhalten in den Verhandlungen

Die Anforderungen an die Haftung bei Fehlverhalten in den Verhandlungen sind je nach untersuchter Rechtsquelle anders ausgestaltet, wobei die Unstimmigkeiten unterschiedlich groß sind. Von besonderem Interesse ist die Suche nach der Inspirationsquelle der französischen Norm.

---

[525] BGH, Urteil vom 20. Juni 1952 - V ZR 34/51 = NJW 1952, 1130; BGH, Urteil vom 28. Januar 1976 - VIII ZR 246/74 = NJW 1976, 712 – Gemüseblattfall; Palandt/*Grüneberg* BGB § 311 Rn. 11.
[526] Siehe oben Kapitel 2 § 4 II B 1 a).
[527] Cour d'appel de Rennes, 8. Juli 1929, D.H. 1929, 548 f.

a) Vorliegen einer *faute*, Art. 1112 Abs. 2 Code civil

Bevor auf die französische Norm eingegangen wird, ist es notwendig, ein Grundverständnis des Begriffs der *faute* zu vermitteln.

(1) Zum Begriff der *faute*

Um einen Schadensersatzanspruch aus Art. 1112 Abs. 2 Code civil zu begründen, ist das Vorliegen einer *faute* erforderlich. Trotz der zentralen Rolle der *faute* gibt der Gesetzgeber weder vor noch nach der Reform des Vertragsrechts eine genaue Definition. Auch die Rechtsprechung ist nicht näher auf den Begriff eingegangen. Seine Bestimmung wurde somit der Literatur überlassen, wobei es auch hier keine Einigkeit über dessen Inhalt und Wesen gab.[528]

Die *faute* ist eine schadenstiftende Handlung. Umfasst werden sowohl objektive wie auch subjektive Merkmale. Die berühmteste Definition geht auf *Planiol* zurück :[529]

„La faute est un manquement à une obligation préexistante."[530]

Kritisch wurde diese Definition unter dem Gesichtspunkt, dass die Verletzung einer Verpflichtung nicht hinreichend zum Ausdruck komme.[531] Ein weiterer Versuch lautet wie folgt :

„La faute est l'inexécution d'un devoir que l'agent pouvait connaître et observer."[532]

Diese Definition setzte allerdings die Einsichtsfähigkeit des Handelnden voraus, die im Laufe der Zeit von der Rechtsprechung aufgegeben wurde.[533]

Carbonnier versuchte, die *faute* mit drei Elementen zu definieren: Die Handlung (als *élément matériel*), die Missachtung durch die Gesellschaft (als *élément sociologique*) und die Schuld (als *élément moral*).[534] Die *faute* sei nämlich „das Zusammentreffen dieser Elemente, jeder sei ein Aspekt der *faute*".[535] Diese Aufteilung hat sich in einer leicht abgewandelten Form durchgesetzt.[536] Das Erfordernis einer Handlung wurde beibehalten, wobei auch ein Unterlassen ausreichend sein kann.[537] Das sittlich-moralische Element setzt voraus, dass der Schuldner sich bewusst für die Handlung oder das Unterlassen entschieden hat. Interessanterweise bedarf es

[528] Zum Folgenden *Ferid/Sonnenberger*, Das Französische Zivilrecht, Band 2, Rn. 2 O 101 ff.
[529] *Planiol*, Revue critique de législation et de la jurisprudence, 1905, 277, 287. Einsehbar auf https://gallica.bnf.fr.
[530] Übersetzung: Die *faute* ist eine Verletzung einer bereits bestehenden Verpflichtung.
[531] *Brun,* Responsabilité du fait personnel, Répertoire de droit civil, Rn. 13 ff.
[532] *Savatier*, Traité de la responsabilité civile, Tome I Les sources de la responsabilité civile, Rn. 4. Übersetzung: Die *faute* ist die Nichterfüllung einer Pflicht, die der Agent hätte kennen und beobachten können.
[533] *Brun,* Responsabilité du fait personnel, Répertoire de droit civil, Rn. 16.
[534] *Carbonnier,* Droit civil, Tome 2, Les biens, Les obligations, 1. Auflage, Rn. 1136 ff.
[535] *Carbonnier,* Droit civil, Tome 2, Les biens, Les obligations, 1. Auflage, Rn. 1136.
[536] Zum Folgenden *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 715 ff.
[537] *Brun,* Responsabilité du fait personnel, Répertoire de droit civil, Rn. 26 ff.; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 719 f.

allerdings nicht der Einsichtsfähigkeit des Handelnden über die Folgen seines Verhaltens.[538] Denn auch bei Kindern wird trotz geminderter Einsichtsfähigkeit die *faute* angenommen, obschon der Haftungsumfang gemindert wird.[539] Dies entspricht dem deutschen Verständnis von Verschulden, wobei im Gegensatz zum französischen Recht die Verschuldens*fähigkeit* eine notwendige Voraussetzung ist.[540] Letztlich beinhaltet die *faute* auch eine rechtliche Komponente, wobei ein ausdrückliches Verbot nicht erforderlich ist. Dies unterscheidet sie von der *faute pénale,* also der strafrechtlichen *faute,* wo der Grundsatz *nullum crimen sine lege* gilt.[541] Eine Handlung kann also verwerflich sein, ohne dass eine Vorschrift sie verbietet. Dieses Element ist somit nah an dem Begriff der Pflichtverletzung im deutschen Sinne.

Nach dem deutschen Verständnis stellt die *faute* somit eine Mischung aus dem Tatbestand einer Pflichtverletzung und dem Verschulden dar. Pflichtwidrig ist jedes Verhalten, das von dem eines Menschen von durchschnittlicher Sorgfalt und Einsichtskraft in gleicher Lage abweicht.[542] Das Verschuldensmerkmal beinhaltet die subjektive Seite der Vorwerfbarkeit der Schädigung.[543] Infolgedessen kann die *faute* nicht ohne Bedeutungsverlust mit dem einen oder anderen Begriff ins Deutsche übersetzt werden.[544] In dieser Arbeit wird somit der französische Begriff verwendet.

(2) Die *faute* in Art. 1112 Abs. 2 Code civil

Die Vorschrift des Art. 1112 Abs. 2 Code civil legt die Annahme zugrunde, dass bei Vorliegen einer *faute* besondere Schadensposten nicht ersetzt werden („ne peut avoir pour objet de compenser").[545] Mit der Notwendigkeit einer *faute* werden die weiteren Voraussetzungen allerdings vorgegeben. Im französischen Recht wird nämlich zwischen der Haftung mit *faute* und der Haftung ohne *faute* unterschieden.[546] Art. 1112 Abs. 2 Code civil legt also fest, dass die Haftung mit *faute* einschlägig ist. Dadurch wird auf die Generalklausel und Anspruchsgrundlage des Art. 1240 Code civil[547] verwiesen, die den ehemaligen Art. 1382 Code civil aF ersetzt.[548]

---

[538] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 731 ff.
[539] Assemblée plénière, 9. Mai 1984, Bull. civ. Nr. 2 und 3, Urteil im Fall Epoux Derguini und Lemare et autres. Kritisch *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 732.
[540] Vgl. §§ 827, 828 BGB. Siehe auch NK-BGB/*Katzenmeier* BGB Vorbemerkung zu §§ 827 ff. Rn. 1 f.
[541] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 718.
[542] *Ferid/Sonnenberger*, Das Französische Zivilrecht, Band 2, Rn. 2 O 123.
[543] *Ferid/Sonnenberger*, Das Französische Zivilrecht, Band 2, Rn. 2 O 138.
[544] Für die Verwendung von „Pflichtwidrigkeit" *Sonnenberger,* ZEuP 2017, 6, 24. Für die Verwendung von „Verschulden" *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13, 23 f.
[545] Über den Umfang des Schadenersatzes siehe Kapitel 2 § 4 II B 4.
[546] Dazu *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 714 ff.
[547] Art. 1240 Code civil: Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Übersetzung: Jede Handlung eines Menschen, von welcher Art sie auch sei, die einem anderen Schaden verursacht, verpflichtet denjenigen, durch dessen *faute* der Schaden entstanden ist, denselben zu ersetzen.
[548] *Sonnenberger*, ZEuP 2017, 6, 24.

Welches Fehlverhalten eine Haftung zu Folge hat, wird jedoch nicht näher präzisiert.[549] Vor allem wurde der Vorschlag des Reformprojekts *Terré* nicht übernommen. Dieser hatte die Norm um ein Beispiel ergänzt. Demnach läge eine *faute* unter anderem dann vor, wenn eine Partei ohne Abschlusswillen Verhandlungen angefangen oder fortdauern lassen hat.[550] Warum genau dieses Beispiel ausgewählt wurde, wird allerdings im Reformprojekt nicht weiter erläutert. Eine Erklärung könnte darin gesehen werden, dass das Reformprojekt *Terré* sich auf die internationalen und europäischen Regelwerke gestützt hat und diese das identische Beispiel aufgenommen haben.[551]

Zwei Auslegungen des Art. 1112 Code civil werden als möglich betrachtet.[552] Zum einen könnten die zwei Absätze als zusammengehörig angesehen werden. Demnach könnte eine *faute* nur dann vorliegen, wenn ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gegeben ist. Dagegen spricht allerdings, dass eine solche Auslegung die Haftung zu stark einschränken würde.[553] Vorzugswürdig ist die zweite Auslegungsmöglichkeit. Der Verweis auf die *bonne foi* in Art. 1112 Abs. 1 Code civil könnte nämlich nicht als einschränkend ausgelegt, sondern eher als Auslegungshilfe angesehen werden. Dass der Gesetzgeber keine Definition oder kein Beispiel genannt hat, könnte dadurch erklärt werden, dass die Richter ihr Ermessen über die Beurteilung der *faute* weiterhin ausüben sollen. Als Hilfe und Schranke dafür dient der Verweis auf den Grundsatz von Treu und Glauben. Die Rechtsprechung hatte bisher mit Indizien und nicht mit einer strengen Definition gearbeitet.[554] Der Gesetzgeber wollte möglicherweise diese Schöpfungskraft nicht mit Beispielen einschränken, wobei eine konkretere Norm wünschenswert gewesen wäre, um das Ziel der Verständlichkeit des Gesetzes zu erreichen.[555]

Dass der Gesetzgeber den Begriff der *faute* konturlos gelassen hat, mag Rechtsprechung und Literatur dazu bringen, sich von der Erfahrung der deutschen Gerichte seit 2002 inspirieren zu lassen und auf die internationalen und europäischen Regelwerke zurückzugreifen.[556]

---

[549] Zum Folgenden: *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 177; *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art. 1112 Code civil; *Reiner*, Le processus de formation du contrat, in: *Schulze/Wicker/Mazeaud* (Hg.), La réforme du droit des obligations en France, 5ème journées franco-allemande, S. 53, 65 f.
[550] Art. 24 Abs. 2 Reformprojekt *Terré.*
[551] Siehe Kapitel 1 § 1 I C 2.
[552] Zum Folgenden siehe *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 177.
[553] *Dissaux*, D. 2015, 1215, Rn. 2; *Mekki*, D. 2017, 375.
[554] Die Rechtsprechung betrachtet in letzter Zeit die *faute* etwa strenger, siehe dazu Chambre commerciale, 16. Februar 2016, Nr. 13-28.448.
[555] Siehe Kapitel 1 § 1 II A.
[556] So *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art. 1112 Code civil.

b) Verstoß gegen Treu und Glauben in den Verhandlungen in den europäischen und internationalen Regelwerken

Jedem Regelwerk liegt die gleiche Annahme zugrunde: Der Grundsatz der Verhandlungsfreiheit gilt ausnahmsweise dann nicht, wenn sich eine Verhandlungspartei nicht mehr gemäß dem Grundsatz von Treu und Glauben verhält.[557] In diesem Fall kann sich die Partei auch schadensersatzpflichtig machen. Allerdings ist die Wortwahl für die UPICC eine andere, sodass sich die Frage stellt, ob für die UPICC ein anderer Maßstab anzuwenden und wann ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben anzunehmen ist.

Die UPICC haben eine negative Formulierung ausgewählt.[558] Art. 2.1.15 (2) UPICC lautet nämlich:

> „However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party."

Die anderen Regelwerke verwenden allerdings alle eine positive Formulierung, zum Beispiel bestimmt Art. 2:301 (2) PECL:

> „However, a party who negotiates or breaks off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party."

Einige Stimmen in der Literatur haben sich daher für eine enge Auslegung ausgesprochen.[559] Die Hürde für das Vorliegen eines Verstoßes sollte hoch sein. Denn die Verwendung einer anderen Wortwahl verdeutliche, dass es gerade nicht nur ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben ausreichen würde; vielmehr setze der Wortlaut „bad faith" eine zusätzliche Eigenschaft voraus, zum Beispiel ein offenbares unredliches Verhalten. Die bloße Fahrlässigkeit könne an sich keine Treuwidrigkeit begründen.[560]

Dieser Argumentation kann allerdings nicht gefolgt werden. Zum einen würde eine solche enge Interpretation gegen den allgemeinen Konsens verstoßen, dass Vorsatz nicht erforderlich ist, um einen Verstoß annehmen zu dürfen.[561] Weiterhin wäre eine solche Auslegung nicht mit dem Verständnis des Grundsatzes von *good faith and fair dealing* vereinbar.[562] Denn der Grundsatz von Treu und Glauben wird insbesondere in den UPICC objektiv beurteilt. Eine solche Auslegung würde schließ-

[557] Art. 2.1.15 (2) UPICC, Art. 2:301 (2) PECL, Art. II.-3:301 (2), (3) DCFR, Art. 6 Abs. 1 Gandolfi-Code. Dazu siehe Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Art. 2:301 Rn. 10 ff.
[558] Zum Folgenden siehe Commentary on PICC/*Rios,* Art. 2.1.15 Rn. 19 ff.
[559] Unter anderem die erste Auflage: Commentary on PICC/*Kleinheisterkamp*, 1. Ed., Art. 2.1.15 Rn. 6.
[560] Commentary on PICC/*Kleinheisterkamp*, 1. Ed., Art. 2.1.15 Rn. 6 spricht von „manifestly dishonest or vexatious".
[561] Commentary on PICC/*Rios*, Art. 2.1.15 Rn. 22.
[562] Siehe dazu Kapitel 2 § 4 I B 2, 3.

lich dazu führen, dass die Anwendbarkeit der Haftung bei Verschulden in den Vertragsverhandlungen in den UPICC eingeschränkt wäre.[563] Mithin muss der Wortlaut der UPICC so verstanden werden, dass „bad faith" als Äquivalent zu „Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben" zu verstehen ist.[564]

Festzuhalten ist somit, dass die Regelwerke gleich auszulegen sind und dass der Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben nicht eng ausgelegt werden soll. Auch ein fahrlässiges Verhalten kann eine haftungsbegründende Handlung darstellen.[565] Insoweit stimmen die Regelwerke mit dem Verständnis von Art. 1112 Abs. 2 Code civil überein.

c) Pflichtverletzung, §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB

Das Rechtsinstitut der *culpa in contrahendo* im deutschen Recht hat mehrere Voraussetzungen. Zunächst muss ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB entstehen. Dazu werden drei Möglichkeiten aufgelistet: Aufnahme von Vertragsverhandlungen, Anbahnung eines Vertrags oder ähnliche geschäftliche Kontakte. Zu beachten ist, dass der Grundtatbestand die zweite Möglichkeit ist, der durch die Spezialregeln der ersten und dritten Fallgruppe ergänzt wird. Die Grenzen zwischen den Tatbeständen sind fließend.[566] Schon vor der Aufnahme von Vertragsverhandlungen kann ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB bestehen, wenn eine Partei der anderen zur Vorbereitung eines Vertragsschlusses die Möglichkeit zur Einwirkung auf ihre Rechtsgüter und Interessen gewährt.[567] Ab der Aufnahme der Vertragsverhandlungen – sei es durch Vorgespräche[568] oder Durchführung eines Vergabeverfahrens[569] – ist als *lex specialis* der Tatbestand Nr. 1 einschlägig. Wenn allerdings Kontakte aufgenommen werden, die nicht auf den Abschluss eines Vertrags zielen, greift § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB ein. Darunter fallen also Sonderverbindungen, die keine Leistungs-, allerdings Schutz- und Treuepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB begründen.[570]

In der Trennung in drei Fälle liegt schon ein wesentlicher Unterschied zu der französischen Norm. In Art. 1112 Code civil ist nur von den Vertragsverhandlungen die Rede, sodass die französische Norm mit § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB vergleichbar ist. Die Tatbestände der Nrn. 2 und 3 fallen im französischen Recht nicht unter

[563] Vgl. Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Art. 2:301 Rn. 4.
[564] Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Art. 2:301 Rn. 4; Commentary on PICC/*Rios,* Art. 2.1.15 Rn. 23.
[565] Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Art. 2:301 Rn. 21.
[566] Palandt/*Grüneberg* BGB § 311 Rn. 23.
[567] BGH, Urteil vom 14. März 2013 – III ZR 296/11 = NJW 2013, 3366, 3367 f., Rn. 20; MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 45.
[568] Palandt/*Grüneberg* BGB § 311 Rn. 22; MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 47.
[569] BGH, Urteil vom 9. Juni 2011 - X ZR 143/10 = ZIP 2011, 2026 f., Rn. 11 ff.
[570] Sowie Gefälligkeitsverhältnisse mit rechtsgeschäftsähnlichem Charakter (zum Beispiel Bankauskünfte), siehe MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 48.

Art. 1112 Code civil. Sie werden grundsätzlich vom Deliktsrecht umfasst.[571] Dementsprechend ist der Anwendungsbereich des Art. 1112 Code civil enger.

Nach dem Erfordernis eines Schuldverhältnisses ist die zweite Voraussetzung die Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis. § 311 Abs. 2 BGB regelt allerdings nur, wodurch und wann die Parteien gesetzlich verbunden sind.[572] Das Erfordernis einer Pflichtverletzung ergibt sich aus der haftungsbegründenden Norm, nämlich § 280 Abs. 1 BGB. Das zu beachtende Pflichtenprogramm folgt aus § 241 Abs. 2 BGB, wobei Inhalt und Umfang davon abhängen, inwieweit durch den vorvertraglichen Kontakt ein Vertrauensverhältnis entstanden ist.[573] Die Rechtsprechung hat dazu Fallgruppen entwickelt, um die Bestimmung des Pflichtenprogramms zu vereinfachen und zu konkretisieren.[574]

Konkretisierung bedarf es deshalb, weil im Vergleich zur französischen Vorschrift und zu den europäischen und internationalen Regelwerken die §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB sehr abstrakt und allgemein konzipiert sind.[575] Der Ansatz der deutschen Lösung ist die Figur des Schuldverhältnisses, nicht die der Vertragsverhandlungen. Zudem ist die Pflichtverletzung nicht wie die *faute* auf die Vertragsverhandlungen bezogen, sondern insoweit § 280 Abs. 1 BGB gilt. In der französischen Norm wird auf drei Phasen der Vertragsverhandlungen konkret eingegangen, und die *faute* in Art. 1112 Abs. 2 Code civil bezieht sich auch unmittelbar auf den Vertragsverhandlungen: „une faute commise *dans* les négociations". Die Vertragsverhandlungen stehen also im Mittelpunkt. Der Vorteil der deutschen Lösung ist allerdings, dass es der Rechtsprechung ermöglicht ist, auf den konkreten Einzelfall mit einem höheren Maß an Flexibilität einzugehen.[576] Denn es ist schwierig zu definieren, ab wann genau sich die unverbindlichen Gespräche in Verhandlungen umwandeln. Dies ist aber für die Anwendbarkeit des Art. 1112 Abs. 2 Code civil entscheidend. Diese Frage ist im deutschen Recht weniger von Bedeutung, da es in der Regel offenbleiben kann, welcher Tatbestand des § 311 Abs. 2 BGB erfüllt ist.[577]

d) Ergebnis der Analyse

Die französische Norm folgt somit nicht dem deutschen Beispiel, allerdings ist sie relativ nah an den europäischen und internationalen Regelwerken. Der Vorteil der französischen Vorschrift ist die größere Transparenz der Rechtslage und die höhere Signalwirkung für den Rechtsunterworfenen.[578] Der Nachteil liegt hingegen in der

---

[571] Der Grundsatz „ohne Vertrag, keine vertragliche Haftung" setzt sich auch hier durch. Zum Beispiel kommen als Sonderverbindung iSd § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB nichtige Verträge in Betracht (NK-BGB/*Becker* BGB § 311 Rn. 101). Hingegen fällt die zivilrechtliche Haftung bei nichtigen Verträgen unter Art. 1240 Code civil, und nicht unter Art. 1112 Code civil.
[572] Palandt/*Grünerberg* BGB § 311 Rn. 27.
[573] Palandt/*Grünerberg* BGB § 311 Rn. 27.
[574] Siehe Kapitel 2 § 4 II B 3.
[575] *Gsell,* Die Neuregelung zu den Vertragsverhandlungen, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 31, 43 f.
[576] *Gsell,* Die Neuregelung zu den Vertragsverhandlungen, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 31, 45.
[577] Palandt/*Grüneberg* BGB § 311 Rn. 23.
[578] *Gsell,* Die Neuregelung zu den Vertragsverhandlungen, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 31, 44.

geringen Offenheit für neue Fälle.[579] Die europäischen und internationalen Regelwerke sind ähnlich strukturiert. Besonders mit dem DCFR stimmt die französische Norm überein. Vom Inhalt und der Regelungstechnik her steht die französische Norm somit den Bestimmungen der europäischen und internationalen Regelwerke näher als dem deutschen Recht.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Ergebnisse nicht ähnlich sind. Nicht nur die deutsche Rechtsprechung, sondern auch die europäischen und internationalen Regelwerke verfügen über Fallgruppen, die die Haftung vorvertraglichen Fehlverhalten konkretisieren. Zu prüfen ist also, ob die untersuchten Rechtsquellen in Bezug auf diese Fallgruppen konvergieren.

3. Fallgruppen des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen

Art. 1112 Abs. 2 Code civil verliert kein Wort über die Konkretisierung der *faute*. Zwar sind frühere Entscheidungen vorhanden, die vor der Reform ergangen sind. Es spricht auch viel dafür, dass sie weiterhin ständige Rechtsprechung bleiben werden, da Art. 1112 Abs. 2 Code civil sehr offen formuliert ist. Es kann allerdings nur von Vorteil sein, die Norm anhand längjähriger Erfahrung näher zu konkretisieren. Die europäischen und internationalen Regelwerke und das deutsche Recht verfügen über Beispiele in den Kommentaren und haben Fallgruppen entwickelt. Diese stimmen allerdings nicht in jeder Hinsicht überein. Es muss somit geprüft werden, welche Fallgruppen der französischen Rechtslage entsprechen und möglicherweise für die Konkretisierung der französischen Norm übernommen werden können.

a) Auf das französische Recht übertragbare Fallgruppen

(1) Fehlender Abschlusswillen

Über die erste Fallgruppe bestehen keine Zweifel, dass sie international anerkannt ist.[580] In der Vortäuschung der Abschlussbereitschaft bei Eintritt oder Fortsetzung der Verhandlungen liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Die internationalen und europäischen Regelwerke haben diese Fallgruppe in ihren Normen aufgenommen und geregelt. Art. 2.1.15 (3) UPICC, Art. 2:301 (3) PECL, Art. II.-3:301 (4) DCFR und Art. 6 Abs. 2 Gandolfi-Code lauten alle gleich:

> „Gegen Treu und Glauben handelt, wer Verhandlungen aufnimmt oder weiterführt, ohne die Absicht zu haben, einen Vertrag abzuschließen."[581]

Wenn eine Partei ohne Abschlusswillen verhandelt, enttäuscht sie das Vertrauen der anderen Partei und missbraucht ihre Verhandlungsfreiheit.[582] Gesprochen wird

---

[579] Zu dieser Frage siehe auch *Gsell,* Die Neuregelung zu den Vertragsverhandlungen, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 31, 45 ff.
[580] Für eine rechtsvergleichende Analyse siehe *Cartwright/Hesselink*, Case Nr. 1, S. 21 ff. Gesprochen wird sogar für die nationalen Rechtsordnungen von einem „common core", S. 61.
[581] Art. 6 Abs. 2 Gandolfi-Code.
[582] Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Art. 2:301 Rn. 16.

sogar von „sham negotiations“.[583] Solche[584] werden unter anderem dann angenommen, wenn eine Partei verhandelt, um die andere Partei daran zu hindern, mit einem Dritten Verhandlungen zu führen.[585] Auch liegt ein solcher Fall vor, wenn der einzige Zweck der Verhandlungen die Erhöhung der Gegenleistung in der Verhandlung mit einer dritten Partei ist.[586] Schließlich handelt es sich um „sham negotiations“, wenn es nur darum geht, die wirtschaftlichen Geheimnisse einer Partei zu entdecken.[587]

Anders als den Gandolfi-Code und die UPICC legen die PECL und der DCFR eine zusätzliche Voraussetzung für die Annahme eines Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben bei Eintritt in die Verhandlungen ohne Abschlusswillen fest. Der anderen Partei müssen Kosten entstanden sein, die sich als nutzlos und nicht unerheblich erweisen.[588] Diese Voraussetzung ist nicht erforderlich, wenn es um die Fortsetzung von Verhandlungen ohne Abschlussbereitschaft geht.

Im deutschen Recht ist Voraussetzung für die Haftung, dass ein qualifizierter Vertrauenstatbestand in zurechenbarer Weise geschaffen worden ist.[589] Ein solcher Vertrauenstatbestand ist zum Beispiel gegeben, wenn der Abbrechende den Vertragsschluss als sicher hingestellt hat[590] oder wenn die Parteien mit der Durchführung des Vertrags schon begonnen haben[591]. Erst recht erweckt eine Partei Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrags, wenn sie ihren Abschlusswillen vortäuscht.[592] Aufwendungen getätigt zu haben stellt allerdings im Gegensatz zu einigen Regelwerke keine zwingende Voraussetzung dar. Sie können jedoch ein wichtiges Indiz für das Vorliegen des Vertrauenstatbestands darstellen.[593]

Auch in der französischen Rechtsprechung ist diese Fallgruppe anerkannt. Eine bekannte Entscheidung hierfür ist das Urteil im Fall *Manoukian*, das oben angesprochen wurde.[594] Für treuwidrig wurde das Verhalten der Beklagten deswegen erklärt, weil sie die Verhandlungen fortgesetzte, obwohl sie wussten, dass der Vertrag nicht mit der Klägerin zustande kommen würde.[595] Sicherlich wird diese Rechtsprechung

---

[583] Commentary on PICC/*Rios,* Art. 2.1.15 Rn. 26.
[584] Zu den Beispielen siehe Commentary on PICC/*Rios*, Art. 2.1.15 Rn. 26.
[585] Illustration 1, Art. 2.1.15 UPICC.
[586] *Cartwright/Hesselink*, Case Nr. 2, S. 64 ff.
[587] Illustration 1, Art. 2:301 PECL.
[588] Comment C, Art. 2:301 PECL; Comment D, Art. II.-3:301 DCFR.
[589] BGH, Urteil vom 22. Februar 1973 – VII ZR 119/71 = NJW 1973, 752, 754; BGH, Urteil vom 12. Juni 1975 – X ZR 25/73 = NJW 1975, 1774; Palandt/*Grüneberg* BGB § 311 Rn. 30 f.
[590] BGH, Urteil vom 10. Juli 1970 – V ZR 159/67 = NJW 70, 1840 f.; BGH, Urteil vom 22. Februar 1989 – VII ZR 4/88 = NJW-RR 89, 627 ff.
[591] BGH, Urteil vom 19. Oktober 1960 – VIII ZR 133/59 = BeckRS 1960, 31188640; BeckOGK/*Herresthal* BGB § 311 Rn. 367; BeckOK BGB/*Sutschet* BGB § 311 Rn. 61.
[592] BGH, Urteil vom 9. November 2012 - V ZR 182/11 = NJW 2013, 928, 929 f.; OLG Stuttgart, Urteil vom 7. Juli 1989 – 9 U 13/89 = BeckRS 1989, 30846562; BeckOK BGB/*Sutschet* BGB § 311 Rn. 61.
[593] BGH, Urteil vom 9. November 2012 – V ZR 182/11= NJW 2013, 928, 929; Staudinger/*Feldmann*/*Löwisch* BGB § 311 Rn. 134 f.; MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 176.
[594] Chambre commerciale, 26. November 2003, Nr. 00-10.243 und 00-10.949, Bull. civ. IV, Nr. 186, S. 206. Siehe Kapitel 2 § 4 II A 2.
[595] Chambre commerciale, 26. November 2003, Nr. 00-10.243 und 00-10.949, Bull. civ. IV, Nr. 186, S. 206. Siehe Kapitel 2 § 4 II A 2

mit Art. 1112 Abs. 2 Code civil weiter gelten, da Art. 1112 Code civil auf die Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung zielt.[596] Auch spricht die Anschlussfähigkeit der französischen Norm an die Regelwerke dafür, dass der Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben wegen fehlenden Abschlusswillens bei Eintritt in die Vertragsverhandlung übernommen wird.[597] Ob das Kriterium zusätzlicher nutzlos getätigten Aufwendungen als Voraussetzung in Art. 1112 Abs. 2 Code civil aufgenommen wird, ist noch unklar. Die französische Rechtsprechung arbeitet oft mit Indizien, einem sog. *faisceau d'indices*. Sie nimmt also eine Gesamtwürdigung des Sachverhaltes vor, um einen Verstoß zu begründen: Dass die geschädigte Partei Aufwendungen getätigt hat, lege nahe, dass sie auf den Vertragsabschluss vertraute. Dass die Partei hingegen keine gemacht hat, spricht aber nicht notwendigerweise gegen ihr Vertrauen. Dieser muss dann mit anderen Tatsachen oder *Indizien* begründet werden.

(2) Abbruch ohne triftigen Grund

Die zweite Fallgruppe ist zwar nicht in jeder betroffenen Vorschrift der Regelwerke geregelt worden. Allerdings wird sie in jedem Kommentar zur Norm erwähnt.[598] Lediglich der Gandolfi-Code verfügt über einen eigenen Absatz dazu:

> „Wenn die Parteien im Verlauf der Verhandlungen bereits die wesentlichen Bestandteile des Vertrages, dessen Abschluss für möglich gehalten wird, behandelt haben, handelt diejenige Partei, die bei der anderen ein berechtigtes Vertrauen auf den Abschluss des Vertrages hervorgerufen hat, treuwidrig, wenn sie die Verhandlungen ohne rechtfertigenden Grund abbricht."[599]

Der Absatz ist detailreich und sehr konkret. Der Gandolfi-Code gibt dabei den internationalen Konsens wieder. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit berechtigt grundsätzlich die Verhandlungsparteien dazu, die Verhandlungen auch ohne die Angabe einer Rechtfertigung abzubrechen.[600] Ausnahmsweise kann jedoch der grundlose Abbruch treuwidrig sein. Die UPICC erläutern in den offiziellen Kommentaren, unter welchen Voraussetzungen die Angabe eines triftigen Grundes erforderlich ist.[601] Wann dieser Zeitpunkt „of no return" erreicht wird, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.[602] Die Kommentare geben allerdings zwei Schlüsselelemente: Wenn die eine Partei berechtigterweise auf einen guten Ausgang vertraut hat und wenn sich die Parteien schon über einige Bestandteile des künftigen Vertrags geeinigt haben.[603]

---

[596] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 167 f.
[597] *Gsell,* Die Neuregelungen zu den Vertragsverhandlungen, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 31, 32 f.
[598] Comment 4, Art. 2.1.15 UPICC; Comment E und Illustration 3, Art. 2:301 PECL; Comment F und Illustration 3, Art. II.-3:301 DCFR.
[599] Art. 6 Abs. 3 Gandolfi-Code.
[600] Ausdrücklich Leitsatz 1ère Civile, 20. Dezember 2012, Nr. 11-27.340; Commentary on PICC/*Rios,* Art. 2.1.15 Rn. 31. Siehe auch Kapitel 2 § 4 I B 1.
[601] Comment 4, Art. 2.1.15 UPICC. Dazu ausführlich Commentary on PICC/*Rios,* Art. 2.1.15 Rn. 31 ff.
[602] Commentary on PICC/*Rios,* Art. 2.1.15 Rn. 32 f.
[603] Comment 4, Art. 2.1.15 UPICC; Commentary on PICC/*Rios,* Art. 2.1.15 Rn. 33 ff.

In den PECL und dem DCFR wird die Frage anders geregelt. Die Regelwerke gehen nicht unmittelbar auf diese Fallgruppe ein, sondern erklären im Kommentar zu Art. 2:301 PECL und zu Art. II.-3:301 DCFR, dass auch der Abbruch von Vertragsverhandlungen einen Verstoß gegen den Grundatz von Treu und Glauben darstellen kann. Erläutert wird das Ganze anhand desselben Beispiels, in welchem nach längeren Gesprächen eine Partei die Verhandlungen abbricht, weil ihr ein günstiger Vertrag angeboten wurde.[604] In den *notes* wird sodann rechtsvergleichend die vorliegende Fallgruppe ausgeführt.[605] Infolgedessen sortieren die PECL und der DCFR den Abbruch ohne triftigen Grund nicht ausdrücklich als Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben ein. Allerdings legen die Regelwerke fest, dass Verhandlungen auch treuwidrig abgebrochen werden können, wenn zum Beispiel längere Gespräche stattgefunden haben. Der Zeitfaktor wird allgemein als Indiz für das Vorliegen berechtigten Vertrauens betrachtet. Schließlich kommen PECL und DCFR zum selben Ergebnis und fassen den grundlosen Abbruch unter bestimmten Umständen als Fallgruppe des Art. 2:301 PECL und Art. II.-3:301 DCFR auf.

In Deutschland stellt diese Fallgruppe eine eigene Voraussetzung für die Begründung einer Haftung nach *culpa in contrahendo* dar. Neben dem Vorliegen eines Vertrauenstatbestands – wie auch gemäß Art. 6 Abs. 3 Gandolfi-Code – ist erforderlich, dass die Verhandlungen ohne triftigen Grund abgebrochen worden sind.[606] Allerdings werden an die Triftigkeit nicht zu hohe Anforderungen gestellt. Denn es besteht keine vertragliche Bindung.[607]

Während nach deutschem Recht der grundlose Abbruch eine Voraussetzung für die Haftung aus *culpa in contrahendo* ist, ist die Herangehensweise nach französischem Recht umgekehrt. Der abrupte Abbruch der Vertragsverhandlungen stellt eine *faute* dar.[608] Die französische Rechtsprechung betrachtet auch das fortgeschrittene Stadium als ein Indiz für das Vorliegen berechtigten Vertrauens und somit für die Treuwidrigkeit des Abbruchs.[609] Allerdings kann sich der Abbrechende durch die Angabe einer Rechtfertigung exkulpieren und so seine Haftung ausschließen.[610]

---

[604] Comment E und Illustration 3, Art. 2:301 PECL; Comment F und Illustration 3, Art. II.-3:301 DCFR. Nach deutschem Recht wäre das allerdings eine vernünftige Rechtfertigung, MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 177.

[605] Notes 2 (b), Art. 2:301 PECL; Notes II. Rn. 13, Art. II.-3:301 DCFR.

[606] BGH Urteil vom 6. Februar 1969 – II ZR 86/67 = BeckRS 1969, 31169133; BGH, Urteil vom 12. Juni 1975 - X ZR 25/73 = NJW 1975, 1774; Palandt/*Grüneberg* BGB § 311 Rn. 32; Staudinger/*Feldmann* BGB § 311 Rn. 143.

[607] BGH, Urteil vom 10. Januar 1996 - VIII ZR 327/94 = DtZ 1996, 113, 114 f.; Palandt/*Grüneberg* BGB § 311 Rn. 32; MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 177.

[608] Oft verwendeter Leitsatz: „sans raison légitime, brutalement et unilatéralement des pourparlers avancés", siehe Chambre commerciale Chambre commerciale, 20. März 1972, Nr. 70-14.154, Bull. civ. IV, Nr. 93, S. 90; Chambre commerciale, 11. Juli 2000, Nr. 97-18275, CCC 2000, Nr. 174; Chambre commerciale, 18. Januar 2011, Nr. 09-14.617.

[609] Chambre commerciale, 20. März 1972, Nr. 70-14.154, Bull. civ. IV, Nr. 93, S. 90; Chambre commerciale, 20. Juni 2000, Nr. 96-16.497.

[610] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 185; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 242.

Frankreich verwendet folglich die Angabe eines triftigen Grundes als Exkulpationsgrund und nicht als Voraussetzung.[611] Nichtsdestoweniger fällt diese Fallgruppe unter die des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen. Es ist davon auszugehen, dass sich mit der neuen Vorschrift Art. 1112 Abs. 2 Code civil daran nichts geändert hat.

Bemerkenswert ist, dass kein Regelwerk ein Beispiel für einen triftigen Grund erläutert.[612] Die deutsche und die französische Rechtsordnung hingegen kommen der Triftigkeit des Grundes zum selben Ergebnis. Der Abbruch ist unter anderem dann gerechtfertigt, wenn keine Einigung über wichtige Bestandteile des zukünftigen Vertrags gefunden wurde,[613] wenn ein besseres Angebot eines anderen Interessenten gemacht worden ist,[614] oder wenn die wirtschaftliche Lage es ratsam erscheinen lässt, von dem beabsichtigten Geschäft Abstand zu nehmen[615].

Mithin existierte die Fallgruppe in Frankreich bereits vor der Reform. Die Rechtsprechung stellt an den Abbruch von Vertragsverhandlungen ähnliche Anforderungen wie die europäischen und internationalen Regelwerke und das deutsche Recht. Auch hier ist zu erwarten, dass die bisherige französische Rechtsprechung und die Herangehensweise übernommen werden.

b) Auf das französische Recht nicht übertragbare Fallgruppen

Die untersuchten Rechtsquellen stimmen allerdings nicht in jeder Hinsicht überein. Manche Fallgruppen werden unterschiedlich behandelt. Für einige Rechtsordnungen bzw. Regelwerke fallen sie somit unter das Rechtsinstitut des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen, andere regeln sie gesondert. Ein solcher Fall stellt die vorvertragliche Informations- und Auskunftspflicht dar, die einzig nach dem deutschen Recht als Unterfall der *culpa in contrahendo* behandelt wird. Diese Fallgruppe wird allerdings Gegenstand eines eigenen Abschnitts sein, sodass sie hier nur erwähnt und im Übrigen auf den späteren Abschnitt verwiesen wird.[616] Folgend werden in einem ersten Schritt die Fallgruppe der pflichtwidrigen Herbeiführung des Vertragsschlusses (1) und in einem zweiten Schritt die Integritätsverletzungen (2) erörtert.

(1) Pflichtwidrige Herbeiführung des Vertragsschlusses

Nach der Rechtsprechung in Deutschland schließen die Vorschriften über die Willensmängel (§§ 119, 123 BGB) nicht die Haftung wegen *culpa in contrahendo* aus. Die einem Willensmangel unterliegende Partei kann ihre Willenserklärung anfechten und dadurch den Vertrag *ex tunc* gemäß § 142 BGB unwirksam machen. Neben

---

[611] Siehe dazu Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Art. 2:301 Rn. 20; rechtsvergleichend Commentary on PICC/*Rios,* Art. 2.1.15 Rn. 39, Fn. 128.
[612] Commentary on PICC/*Rios,* Art. 2.1.15 Rn. 39.
[613] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.)*,* Droit civil, Les obligations, Rn. 185.
[614] MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 177; BeckOK BGB/*Sutschet* BGB § 311 Rn. 64.
[615] Chambre commerciale, 20. November 2007, Nr. 06-20.332; BGH, Urteil vom 10. Januar 1996 – VIII ZR 327/94 = DtZ 1996, 113, 114; MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 177; BeckOK BGB/*Sutschet* BGB § 311 Rn. 64.
[616] Siehe Kapitel 2 § 5.

dem Anfechtungsrecht erhält der Geschädigte auch einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB, der auf die Rückabwicklung des Vertrags gerichtet ist.[617] Im deutschen Recht reicht schon einfache Fahrlässigkeit, denn der Haftungsmaßstab für die Haftung nach *culpa in contrahendo* richtet sich nach § 276 BGB.[618] Dies wurde allerdings in der Literatur als Grund herangezogen, um einen Schadensersatz nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB nach einer Anfechtung abzulehnen.[619] Kritisiert wurde namentlich der Wertungswiderspruch zwischen §§ 123, 826 BGB, die Vorsatz voraussetzen und einer strengeren Frist unterliegen (§§ 121, 124 BGB), und §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB, die schon einfache Fahrlässigkeit ausreichen lassen und keine Ausschlussfrist vorsehen. Die hohen Anforderungen an die Pflichtverletzung und an die Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden ermöglichen jedoch dem Widerspruch zu begegnen.

Für die UPICC muss das Verhältnis zwischen Art. 2.1.15 und Art. 3.2.16 geklärt werden. Nach dem offiziellen Kommentar zu Art. 2.1.15 UPICC ist diese Norm auch anwendbar,

> „where one party has deliberately or by negligence misled the other party as to the nature or terms of the proposed contract, either by actually misrepresenting facts, or by not disclosing facts which, given the nature of the parties and/or the contract, should have been disclosed."

Demnach ist Art. 2.1.15 (2) UPICC auf Irrtümer und Täuschungen anzuwenden, die während der Verhandlungsphase eintreten und auf den Vertragsschluss zielen. Dies würde dazu führen, dass die UPICC ähnlich wie das deutsche Recht die Willensmängel bei Vertragsverhandlungen regeln. Art. 3.2.16 UPICC regelt allerdings den Schadensersatzanspruch der geschädigten Partei nach Irrtum oder Täuschung, ohne Rücksicht darauf, ob der Vertrag angefochten wurde oder nicht. Es wurde in der Literatur vertreten, dass Art. 3.2.16 UPICC *lex specialis* zu Art. 2.1.15 (2) UPICC ist.[620] Weil Art. 3.2.16 UPICC unabhängig von der tatsächlichen Anfechtung des Vertrags Anwendung finde, solle analog auch der Fall umfasst werden, dass die getäuschte Partei die Täuschung rechtzeitig entdeckt und die Vertragsverhandlungen abbricht. Begründung hierfür ist, dass die ausschließliche Anwendung von Art. 2.1.15 (2) UPICC zu dem Ergebnis führen würde, dass es keinen Schadensersatzanspruch bei fahrlässiger Irreführung geben müsste. Denn wer fahrlässig handelt, handele nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

Entscheidend ist somit das Verständnis von „bad faith" in Art. 2.1.15 (2) UPICC. Weil es jedoch das Spiegelbild des positiv ausgedrückten Grundsatzes von Treu und Glauben darstellt und die vorvertragliche Haftung nicht eingeschränkt werden soll, sollten nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden, sodass auch fahrlässige Verstöße gegen den Grundsatz von Treu und Glauben von Art. 2.1.15 (2) UPICC

[617] MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 200; Palandt/*Grüneberg* BGB § 311 Rn. 13.
[618] Palandt/*Grüneberg* BGB § 311 Rn. 28.
[619] Zum Folgenden Staudinger/*Feldmann* BGB § 311 Rn. 154.
[620] So in der ersten Auflage Commentary on PICC/*Kleinheisterkamp,* 1. Ed., Art. 2.1.15 Rn. 5.

umfasst werden sollen.[621] Somit kann auch im Fall einer fahrlässigen Irreführung gemäß Art. 2.1.15 (2) UPICC Schadensersatz verlangt werden. Um dem Art. 3.2.16 UPICC einen eigenständigen Anwendungsbereich zu belassen, muss zwischen geschlossenem und nicht geschlossenem Vertrag getrennt werden.[622] Wenn der Vertrag besteht, ist Art. 3.2.16 UPICC anwendbar, wenn nicht, ist es Art. 2.1.15 (2) UPICC.[623] Mithin umfasst Art. 2.1.15 UPICC die Fallgruppe der versuchten pflichtwidrigen Herbeiführung des Vertragsschlusses.

Dieselbe Frage stellt sich für die PECL und den DCFR. Denn in den PECL und im DCFR ist die Grundlage für die Haftung bei Täuschung, Drohung oder Irrtum ebenfalls in einer anderen Vorschrift verankert als das Verschulden bei Vertragsverhandlungen. Geregelt ist der Schadensersatzanspruch in Art. 4:117 PECL und Art. II.-7:214 DCFR. Allerdings verfügt die geschädigte Partei gemäß den offiziellen Kommentaren in einem solchen Fall über eine alternative Anspruchsgrundlage, nämlich Art. 2:301 PECL und Art. II.-3:301 DCFR.[624] Die oben geführte Argumentation kann hier übernommen werden: Um den Art. 4:117 PECL und Art. II.-7:214 DCFR einen eigenen Anwendungsbereich zu lassen, ist zwischen geschlossenen und nicht geschlossenen Verträgen zu trennen, wobei nur im zweiten Fall eine Haftung nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo* möglich ist.

Der Gandolfi-Code folgt einem Mittelweg. Gemäß Art. 147 Abs. 3 Gandolfi-Code kann die geschädigte Partei nach Anfechtung Schadensersatz „in dem von Art. 6 Abs. 4 bestimmten Umfang" verlangen.[625] Zwar trennt der Gandolfi-Code die vorvertragliche Haftung und die Haftung nach Anfechtung. Jedoch verweist er für letztere auf den Umfang der vorvertraglichen Haftung, sodass die *culpa in contrahendo* mittelbar doch zur Anwendung kommt.

Wie spiegelt sich dies im französischen Recht wider? Umfasst Art. 1112 Abs. 2 Code civil auch die pflichtwidrige Herbeiführung des Vertragsschlusses? In Art. 1112 Abs. 1 Code civil wird der Grundsatz festgelegt, dass die Vertragsverhandlungen treugemäß durchgeführt werden müssen. Täuscht eine Partei die andere, begeht sie eine *faute* bei der Durchführung der Verhandlungen und verstößt gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Infolgedessen könnte diese Fallgruppe auch unter Abs. 2 fallen. Allerdings könnte dies nur dann der Fall sein, wenn der Vertrag nicht geschlossen wird, die getäuschte Partei rechtzeitig die Täuschung entdeckt und sie sodann die Vertragsverhandlungen abbricht. Denn der Code civil enthält seit der Reform ein geschlossenes System für die Anfechtung und ihre Rechtsfolgen. Willensmängel sind in Art. 1130 ff. Code civil geregelt. Als Folge einer

---

[621] Siehe dazu auch Kapitel 2 § 4 II B 2 b).
[622] In den offiziellen Kommentaren zu Art. 2.1.15 UPICC werden allerdings zwei Beispiele verwendet (Illustration 2 und 3), die darauf hindeuten, dass Art. 2.1.15 UPICC in beiden Fällen Anwendung findet. Diese Überschneidung würde jedoch dazu führen, dass Art. 3.2.16 UPICC nutzlos ist.
[623] Commentary on PICC/*Rios,* Art. 2.1.15 Rn. 28 f.
[624] Comment G, Art. II.-3:301 DCFR.
[625] Art. 147 Abs. 3 Gandolfi-Code: Die Anfechtung des Vertrages begründet zu Lasten desjenigen, der sie durch sein Verhalten veranlasst hat – in dem von Art. 162 festgelegten Sinn –, die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens, den die Gegenseite erlitten hat, in dem von Art. 6 Abs. 4 bestimmten Umfang.

Nichtigkeitsklage wird der Vertrag durch den Richter für nichtig erklärt (Art. 1178 Abs. 1 Code civil[626]). Die geschädigte Partei kann gemäß Art. 1178 Abs. 4 Code civil[627] Schadensersatz nach den deliktischen Anspruchsgrundlagen verlangen.

Infolgedessen sieht der Code civil für den Fall der pflichtwidrigen Herbeiführung des Vertragsschlusses keinen Rückgriff auf Art. 1112 Code civil vor. Mithin folgt der Code civil eher der Spur der europäischen Regelwerke.

(2) Integritätsverletzungen

Bei Integritätsverletzungen gehen die untersuchten Rechtsquellen ebenfalls auseinander.[628] Der berühmte Linoleumrollen-[629], Bananenschalen-[630] und Gemüseblattfall[631], die in diesem Zusammenhang immer erwähnt werden, brauchen nicht mehr erörtert zu werden. In diesen Fällen ist nach deutschem Recht eine Haftung gemäß §§ 311 Abs. 2 Nr. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB gegeben. Diese Fallgruppe wurde aufgrund der „Schwächen des Deliktsrechts" entwickelt, sodass sie eine besondere Nähe zum Deliktsrecht aufweist.[632]

Der Anwendungsbereich der *culpa in contrahendo* ist im deutschen Recht sehr weit auszulegen.[633] Nicht erforderlich ist, dass Verhandlungen über den Abschluss eines konkreten Vertrags stattfinden. Es reicht schon aus, dass es sich um einen potentiellen Kunden handelt. Das Ausmaß an geschuldeter Rücksichtspflichten ist einzelfallabhängig. In erster Linie sind Größe und Umfang des jeweils eröffneten Verkehrs.[634] Voraussetzung ist zum einen, dass die Verkaufsräume vorhanden sind. Die Pflichten sind strenger für Großmärkte, Kaufhäuser und andere vergleichbare Verkaufsstätten, die auf einen Massenverkehr angelegt sind.[635] Weiterhin besteht die Haftung gegenüber potentiellen Kunden und sonstigen Personen, die über das

[626] Art. 1178 Abs. 1 Code civil: Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 275: „Ein Vertrag, der die Voraussetzungen seiner Gültigkeit nicht erfüllt, ist nichtig. Sofer die Parteien die Nichtigkeit nicht gemeinsam durch Vereinbarung feststellen, muss sie vom Gericht ausgesprochen werden."

[627] Art. 1178 Abs. 4 Code civil: Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions de droit commun de la responsabilité extracontractuelle. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 275: „Unabhängig von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages kann die geschädigte Partei Ersatz des daraus resultierenden Schadens nach den allgemeinen Vorschriften der außervertraglichen Haftung verlangen."

[628] Dazu auch Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Introduction before Art. 2:301 Rn. 10.

[629] RG, Urteil vom 7. Dezember 1922 – VI 240/11, RGZ 27, 249.

[630] BGH, Urteil vom 26. September 1961 – VI ZR 92/61= NJW 1962, 31.

[631] BGH, Urteil vom 28. Januar 1976 – VIII ZR 246/74 = NJW 1976, 712.

[632] *Von Hein* in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts, S. 291.

[633] NK-BGB/*Becker* BGB § 311 Rn. 42 ff.

[634] MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 60.

[635] MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 60.

Rechtsinstitut des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in den Schutzbereich einbezogen werden.[636]

Diese Fallgruppe findet sich nicht in den untersuchten Regelwerken wieder.[637] Diese haben einen viel engeren Anwendungsbereich und knüpfen an das Vorliegen eines Verhandlungsstadiums an. Im Gegensatz dazu greift die deutsche *culpa in contrahendo* weit im Voraus, sodass die Haftung für den Sturz eines Kunden aufgrund einer Bananenschale im Gefahrenbereich des Verkäufers umfasst wird.[638] Die französische Norm knüpft allerdings wie die Regelwerke an die Vertragsverhandlungen an und Art. 1112 Abs. 1 S.1 Code civil präzisiert diese Voraussetzung sogar mit der zeitlichen Komponente „Aufnahme der Vertragsverhandlungen". Vor der französischen Reform wurden Integritätsverletzungen dem Deliktsrecht zugeordnet (Art. 1384 Code civil aF).[639] Eine zuletzt erschienene Entscheidung, die einen ähnlichen Sachverhalt wie den Bananenschalenfall zugrunde legte, knüpfte an den besonderen Art. L 221-1 Code de la consommation an, ohne allerdings in der Entscheidung eine Haftung aus *culpa in contrahendo* zu erwähnen.[640]

Es erscheint wahrscheinlich, dass aufgrund des engen Anwendungsbereichs der französischen Norm die Haftung für Integritätsverletzungen in einer Verkaufsstätte ebenfalls nicht unter Art. 1112 Abs. 2 Code civil fällt. Auch hier hängt die französische Norm eng mit den Regelwerken zusammen.

4. Rechtsfolgen

Art. 1112 Abs. 2 Code civil stellt klar:

> „En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu."[641]

Infolgedessen wird der aus dem nicht geschlossenen Vertrag entgangene Gewinn nicht ersetzt. Hingegen werden alle Aufwendungen, die im Rahmen der Vertragsverhandlungen getätigt wurden, ersetzt. Zwar wird dies nicht ausdrücklich geregelt, jedoch ergibt sich dieses Ergebnis aus der negativen Formulierung des Artikels.

---

[636] Streitig ist, ob auch Personen ohne Kaufabsicht geschützt sind, MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 60 f. Dafür MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 46 f., 61; dagegen Palandt/*Grüneberg* BGB § 311 Rn. 23; Staudinger/*Löwisch/Feldmann* BGB § 311 Rn. 108.
[637] *Von Hein* in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts, S. 292 f.
[638] BGH, Urteil vom 26. September 1961 – VI ZR 92/61= NJW 1962, 31.
[639] 2ème Civile, 24. Januar 1985, Nr. 83-15.378, Bull. civ. II, Nr. 21, S. 14.
[640] 1ère Civile, 20. September 2017, Nr. 16-19.109.
[641] Zur Übersetzung siehe Kapitel 2 § 4 II B, Fn. 488. Zur problematischen Übersetzung der *faute* siehe Kapitel 2 § 4 II B 2 a).

Hintergrund der Norm ist das schon erwähnte Urteil im Fall *Manoukian.*[642] Der Reformgeber hat die Rechtsprechung in Art. 1112 Abs. 2 Code civil kodifiziert und dadurch die langjährige Ungewissheit beendet.[643]

In den europäischen und internationalen Regelwerken findet man diese Lösung wieder. Allerdings regelt nur der Gandolfi-Code den Umfang des Schadensersatzes in Art. 6 Gandolfi-Code.[644] Die anderen Regelwerke bestimmen lediglich, dass die treuwidrig handelnde Verhandlungspartei den Schaden ersetzen soll, den die andere Partei erlitten hat (Art. 2.1.15 (2) UPICC, Art. 2:301 (2) PECL, Art. II.-3:301 (3) DCFR). In den offiziellen Kommentaren wird allerdings der Umfang präzisiert und im Ergebnis stimmen die Regelwerke im Hinblick auf den zu ersetzenden Schaden überein. Ersetzt wird das negative Interesse, nicht das positive.[645]

So lautet auch der Grundsatz nach dem deutschen Recht. Der Schadensumfang richtet sich nach §§ 249–254 BGB. Der Geschädigte kann verlangen, so gestellt zu werden, wie er ohne die von dem anderen Teil während der Vertragsverhandlungen begangene Pflichtverletzung jetzt stünde.[646] Ausnahmsweise kommt doch ein Ersatz des Erfüllungsinteresses in Betracht, wenn ohne die *culpa in contrahendo* die geschädigte Partei einen wirksamen Vertrag mit einem Dritten geschlossen hätte.[647] Ebenso war es nach der französischen Rechtsprechung in Ausnahmefällen möglich, Schadensersatz für die verlorene Chance, mit einem Dritten den Vertrag abzuschließen, zu verlangen.[648] Art. 1112 Abs. 2 Code civil verbietet nicht, diesen Schadensposten weiter zu ersetzen. Denn Art. 1112 Abs. 2 Code civil spricht von dem mit dem Verhandlungspartner nicht zustande gekommenen Vertrag, nicht von dem mit einem Dritten möglich geschlossenen Vertrag. Allerdings besteht nach deutschem Recht im Fall der pflichtwidrigen Herbeiführung des Vertragsschlusses neben dem Ersatz des Vertrauensschadens die Möglichkeit der Rückabwicklung des Vertrags gemäß § 249 Abs. 1 BGB zu verlangen.[649] Dies ist nach französischem Recht nicht möglich, weil zum einem diese Fallgruppe nicht unter Art. 1112 Abs. 2 Code civil

---

[642] Siehe Kapitel 2 § 4 II A 2.
[643] *Aubert de Voncelles*, Le processus de conclusion du contrat, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 119, 137; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 178 f.; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 242.
[644] Art. 6 Abs. 4 Gandolfi-Code: In den Fällen der vorangehenden Absätze muss die treuwidrig handelnde Partei den Schaden der anderen ersetzen, jedoch nicht über den Betrag hinaus, der sich aus den im Hinblick auf den Vertragsabschluss getätigten Ausgaben sowie dem durch die laufenden Vertragsverhandlungen hervorgerufenen Verlust ähnlicher Geschäftsmöglichkeiten ergibt.
[645] Comment 2, Art. 2.1.15 UPICC; Comment G, Art 2:301 PECL; Comment H, Art. II.-3:301 DCFR; Commentaries on the European Contract Laws, Art. 2:301 Rn. 24 ff.; Commentary on PICC/*Rios*, Art. 2.1.15 Rn. 42 f.
[646] MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 200.
[647] BGH, Urteil vom 6. April 2001 - V ZR 394/99 = NJW 2001, 2875; MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 201; Jauernig/*Stadler* BGB § 311 Rn. 55.
[648] 3ème Civile, 28. Juni 2006, Nr. 04-20.040, Bull. civ. III, Nr. 164; 3ème Civile, 7. Januar 2009, Nr. 07-20.783, Bull. civ. III, Nr. 5; Chambre commerciale, 18. September 2012, Nr. 11-19.629, Bull. civ. IV. Nr. 163.
[649] Staudinger/*Feldmann/Löwisch* BGB § 311 Rn. 161.

fällt[650] und weil es zum anderen zu einer Mischung von vertraglicher und deliktischer Haftung führen würde, was ein Verstoß gegen das *principe de non-cumul,* d. h. den Grundsatz des Kumulierungsverbots, darstellt.

[650] Siehe oben Kapitel 2 § 4 II B 3.

§ 5 Die vorvertragliche Informations- und Vertraulichkeitspflicht, Art. 1112-1, 1112-2 Code civil

In den vergangenen Jahren sind Informationspflichten wichtiger Bestandteil des europäischen Vertragsrechts geworden. Man spricht sogar von einem „Information Age".[651] Um die Privatautonomie uneingeschränkt auszuüben, ist es erforderlich, dass die Vertragsparteien korrekte und vollständige Informationen erhalten. Gleichzeitig schränkt die Auferlegung von Informationspflichten die Vertragsfreiheit ein. Infolgedessen ist ein triftiger Grund für den Eingriff erforderlich.[652] Durch die Bestimmung von Informationspflichten wird versucht, die Asymmetrie zwischen den Vertragspartnern zu beheben und ein Gleichgewicht (wieder-)herzustellen.[653] Zudem werden durch die Offenlegung wichtiger Informationen die Transparenz und die Effizienz des Markts verbessert.[654] Letztlich ist die vorvertragliche Phase für den künftigen Vertrag entscheidend, da alle wesentlichen Elemente im Vorfeld des Vertrags bestimmt werden: die *essentialia negotii,* die Qualitätsanforderungen und die Willensbildung der Parteien.[655] Solche Informationspflichten können den Parteien in vielfältiger Form auferlegt werden. Weil die Einführung einer Generalklausel als weniger in die Privatautonomie eingreifend angesehen wird, ist sie eine beim Gesetzgeber beliebte Lösung.[656]

Wenn vertrauliche Informationen preisgegeben werden, möchte der Informationsverpflichtete eine gewisse Garantie bekommen, dass nicht jeder die Information erhält. Es handelt sich hierbei um eine besondere Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben.[657] Lange wurde die Haftung für Vertraulichkeitsbruch dem besonderen Umfeld der internationalen Handelsverträge und des Schiedsrechts zugeordnet.[658] Nun gehört die Vertraulichkeitspflicht zum allgemeinen Vertragsrecht,

---

[651] Commentaries on European Contract Laws/*Kästle-Lamparter*, Introduction before Art. 2:401 Rn. 1. Siehe auch Richtlinie 2011/83/EU, Grund (5).

[652] Commentaries on European Contract Laws/*Kästle-Lamparter*, Introduction before Art. 2:401 Rn. 2; *Grigoleit,* Irrtum, Täuschung und Informationspflichten in den European Principles und in den Unidroit-Principles, in: *Schulze/Ebers/Grigoleit* (Hg.), Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, S. 201, 212 f.; *Grundmann,* CMLR 39, 269, 279 ff.

[653] *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 425; *Grigoleit,* Irrtum, Täuschung und Informationspflichten in den European Principles und in den Unidroit-Principles, in: *Schulze/Ebers/Grigoleit* (Hg.), Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, S. 201, 209, 212.

[654] Commentaries on European Contract Laws/*Kästle-Lamparter*, Introduction before Art. 2:401 Rn. 2; *Grigoleit,* Irrtum, Täuschung und Informationspflichten in den European Principles und in den Unidroit-Principles, in: *Schulze/Ebers/Grigoleit* (Hg.), Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, S. 201, 209.

[655] Commentaries on European Contract Laws/*Kästle-Lamparter*, Introduction before Art. 2:401 Rn. 6.

[656] Commentaries on European Contract Laws/*Kästle-Lamparter*, Introduction before Art. 2:401 Rn. 4; *Bar/Clive* (Hg.), DCFR, Full Edition, 2009, Introduction, Principles S. 51 f., 76.

[657] Commentary on PICC/*Rios,* Art. 2.1.16 Rn. 1; Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux,* Art. 2:302 Rn. 8; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 191.

[658] Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux,* Art. 2:302 Rn. 1. Siehe auch *Smeureanu/Lew,* Confidentiality in International Commercial Arbitration, 2011.

wie es durch die Einführung einer Regelung im Jahre 2002 in den PECL[659] und im DCFR bestätigt worden ist.

Das französische Recht hat diese Entwicklung aufgegriffen und verfügt seit der Reform des Vertragsrechts über zwei Vorschriften hierzu (Art. 1112-1, 1112-2 Code civil). Das französische Recht war allerdings schon vor der Reform dafür bekannt, den Parteien eine umfassende vorvertragliche Informationspflicht *dans un esprit de solidarité* der Parteien aufzuerlegen.[660] Auch die Vertraulichkeitspflicht hat in den Vertragsverhandlungen immer eine wichtige Rolle gespielt.[661] Im *rapport* wurde auf die europäischen Regelwerke verwiesen.[662] Es stellt sich somit die Frage, ob der französische Gesetzgeber der Rechtstradition treu geblieben ist oder sich bezüglich des Code civil weiter für die europäischen und internationalen Regelwerke geöffnet hat.

I. Die Schaffung einer vorvertraglichen Informationspflicht, Art. 1112-1 Code civil

In einem ersten Schritt wird über die Entwicklung der vorvertraglichen Informationspflicht durch Rechtsprechung, Lehre und Gesetzgebung berichtet (A.). Dieser Analyse folgt sodann die Darstellung des gegenwärtigen Systems der Informationspflicht, und insbesondere des neuen Art. 1112-1 Code civil (B.).

A. Die Rechtslage in Frankreich vor der Reform

Die vorvertragliche Informationspflicht hat erst nach mehreren Etappen Eingang in den Code civil gefunden. Denn es war noch vor wenigen Jahren unvorstellbar, eine solche Pflicht anzuerkennen (1.).[663] Die Regelungsmechanismen bedurften allerdings noch einiger Anpassungen, die von der Rechtsprechung vorgenommen worden sind (2.). Die Reformprojekte *Catala* und *Terré* haben den Bedarf einer Regelung gesehen und dementsprechend einen Vorschlag gemacht (3.).

1. Entwicklungslinien der vorvertraglichen Informationspflicht im französischen Vertragsrecht

a) Von der Pflicht, sich zu informieren, zu der Pflicht, informiert zu werden

Ursprünglich folgte der Code civil von 1804 dem lateinischen Grundsatz *emptor debet esse curiosus* oder wie von *Portalis* erklärt:

> „On gouverne mal quand on gouverne trop. Un homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger

[659] Die erste Auflage der PECL verfügte nicht über eine Vorschrift zum Thema.
[660] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 257 f.
[661] Siehe Chambre commerciale, 3. Oktober 1978, Nr. 77-10.915, Bull. civ. Nr. 208, S. 176.
[662] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[663] *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 684; *Ghestin*, La formation des contrats, Rn. 1515.

> contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison."[664]

Demzufolge war es Aufgabe der Parteien, sich selbst die Informationen zu verschaffen, die für ihre Willensbildung erforderlich waren. Die herrschende Lehre war sich darüber einig, dass Aufklärungspflichten die Stabilität des Vertragsrechts gefährden und zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen würden.[665] *Ghestin* fasst den damaligen Stand wie folgt zusammen :[666]

> „On pouvait considérer que la règle générale était que nul n'est tenu de renseigner son cocontractant à moins qu'une telle obligation ne soit imposée par la loi ou la convention ou que la réticence soit en fait génératrice d'un dol ou d'une erreur substantielle."[667]

Ab den 1960er Jahren wurde allerdings klar, dass die Rechtslage zugunsten der Schwächeren geändert werden musste.[668] Die Rechtsprechung gab den entscheidenden Impuls für diesen Bewusstseinswandel. Nach einem langjährigen Streit[669] entschied die *Cour de cassation*, dass auch ein Schweigen die Voraussetzungen der Arglist im Sinne des Art. 1116 Code civil aF erfüllte.[670] Die Täuschung durch Unterlassen setzte notwendigerweise eine vorvertragliche Informationspflicht voraus, die durch das Schweigen der Partei gegenüber dem Gläubiger verletzt werde.[671] Die Richter verbanden zunächst Täuschung durch Unterlassen und *bonne foi*. Demzufolge stellte eine Täuschung durch Unterlassen eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben dar.[672] In einem zweiten Schritt ließen die Richter die Verwendung der Täuschung aus und gründeten die Haftung unmittelbar auf dem

---

[664] *Portalis,* Discours préliminaire du premier projet de Code civil, S.1, 53. Übersetzung: Man regiert schlecht, wenn man zu viel regiert. Ein Mann, der mit einem anderen Mann zu tun hat, muss aufmerksam und weise sein; er muss sich um sein Interesse kümmern, die angemessenen Informationen nehmen und nicht vernachlässigen, was nützlich ist. Die Aufgabe des Gesetzes ist es, uns vor dem Betrug anderer zu schützen, jedoch nicht, uns von der Verwendung unserer eigenen Vernunft zu befreien.

[665] *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 685.

[666] *Ghestin,* La formation du contrat, Rn. 1515. Siehe dazu *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 685 f.

[667] Übersetzung: Es könnte davon ausgegangen werden, dass in der Regel niemand verpflichtet ist, seinen Vertragspartner zu informieren, es sei denn, eine solche Verpflichtung ist gesetzlich oder vertraglich vorgeschrieben oder das Verschweigen führt tatsächlich zu einem Betrug oder einem schwerwiegenden Irrtum.

[668] Zum Folgenden siehe *Le Tourneau/Poumarède,* Bonne foi, Répertoire de droit civil, Rn. 53 ff.; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 686 f.

[669] Siehe dazu *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 233.

[670] Ablehnend siehe Chambre des Requêtes, 17. Februar 1874, S. 1874.1.248; Chambre civile, 30. Mai 1927, S. 1928.1.105; Chambre Commerciale, 1. April 1952, D.1952.685. Erst mit 1ère Civile, 19. Mai 1958, Bull. civ. I, Nr. 251, dann ab 3ème Civile, 15. Januar 1971, Bull. civ. III, Nr. 38; 3ème Civile, 2. Oktober 1974, Bull. civ. III, Nr. 330, S. 251, immer zustimmend.

[671] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 233; *Le Tourneau/Poumarède,* Bonne foi, Répertoire de droit civil, Rn. 53.

[672] Chambre commerciale, 8. November 1983, Nr. 82-10.493, Bull. civ. IV, Nr. 298; 1ère Civile, 26. November 1991, Nr. 90-14.978, Bull. civ. I, Nr. 331, S. 215; 1ère Civile, 24. März 1992, Nr. 90-15.866.

Grundsatz von Treu und Glauben: Nach Art. 1134 Abs. 3 Code civil aF waren die Parteien im Einzelfall verpflichtet, wichtige Informationen preiszugeben.[673]

Indem der Umweg der Täuschung durch Unterlassen aufgegeben wurde und die Richter sich unmittelbar auf Art. 1134 Abs. 3 Code civil aF beriefen, nahm die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben zu. Zusätzlich wurden die Voraussetzungen für die Haftung bei Verletzung der vorvertraglichen Informationspflicht gesenkt.[674]

Nachdem die Rechtsprechung einen Richtungswechsel einleitet hatte, wurde der Gesetzgeber aktiv. Er erließ besondere Informationspflichten durch Einzelregelungen,[675] um dadurch vor allem die Entscheidungsgrundlage des Verbrauchers zu verbessern.[676] Mit dem Gesetz vom 18. Januar 1992 wurde zum ersten Mal eine allgemeine Informationspflicht zugunsten des Verbrauchers im Kaufrecht geschaffen.[677] Ergänzt und ersetzt wurde diese ein Jahr später mit dem Inkrafttreten des *Code de la consommation,*[678] der alle bisher geltenden Infomationspflichten zusammenstellte.[679] Weitere besondere Informationspflichten für bestimmte Verträge wurden weiterhin in unterschiedlichen Gesetzen geregelt, zum Beispiel Art. L 330-3 Code de commerce.

Folglich verfügte das französische Recht vor der Reform sowohl über eine allgemeine ungeschriebene vorvertragliche Informationspflicht als auch über besondere gesetzlich geregelte vorvertragliche Informationspflichten. Für diese Arbeit ist erstere von Bedeutung, da der Reformgesetzgeber im Rahmen des Erlasses des künftigen Art. 1112-1 Code civil die allgemeine vorvertragliche Informationspflicht regeln wollte und er sich dafür unter anderem auf die Rechtsprechung gestützt hat.[680]

---

[673] 1ère Civile, 16. Mai 1995, Nr. 92-20.976; 1ère Civile, 15. März 2005, Nr. 01-13.018; Chambre commerciale, 20. September 2005, Nr. 03-19.732, Bull. civ. IV Nr. 176, S. 191.
[674] *Le Tourneau/Poumarède,* Bonne foi, Répertoire de droit civil, Rn. 55.
[675] Für eine umfassende Auflistung siehe *Le Tourneau,* Chapitre 3112 – Contrat et période précontractuelle, in: Droit de la responsabilité et des contrats, Section 3112.12; *Malaurie/Aynès,* Droit des obligations, Rn. 522.
[676] *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 687.
[677] Art. 2 Loi No 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, abrufbar unter www.legifrance.gouv.fr. Dazu *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 261.
[678] Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation (partie législative).
[679] *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 687. *Fleischer* sortiert die Informationspflichten in drei Vorschriftengruppen ein: Informationen über die Eigenschaften der Güter und Dienstleistungen (s. Art. L 111-1 Code de la consommation), Informationen über die Preise und Verkaufsbedingungen (s. Art. L 113-3 Code de la consommation) und Informationen über den Vertragsinhalt (s. Art. L 111-2 Code de la consommation). Für andere Gruppierung siehe *Malaurie/Aynès,* Droit des obligations, Rn. 522.
[680] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

b) Voraussetzungen der damaligen vorvertraglichen Informationspflicht

Die durch Rechtsfortbildung geschaffene vorvertragliche Informationspflicht verfügte über zwei Voraussetzungen.[681] Zum einen war erforderlich, dass der Schuldner eine sachdienliche Information besitzt.[682] Eine solche war dann gegeben, wenn die Information zu einer Verhaltensänderung geführt hätte, wäre der Gläubiger über die Information in Kenntnis gesetzt worden, sei es durch Abbruch des Vorhabens oder durch Überprüfung der Vertragsbedingungen.[683] Notwendig war also, dass die Information für den Gläubiger von besonderer Bedeutung war.

Als zweite Voraussetzung wurde verlangt, dass der Gläubiger die streitige Information berechtigterweise nicht kannte.[684] Berechtigte Unkenntnis wurde dann angenommen, wenn besondere Umstände vorlagen, die dazu geführt haben, dass der Gläubiger keinen Zugang zur Information haben konnte.[685] Ein solcher Fall wurde angenommen, wenn es für den Gläubiger unmöglich war, die Information zu erhalten, der Schuldner allerdings über die Information verfügte.[686] Auch wurde die Unkenntnis als berechtigt angesehen, wenn aufgrund einer langjährigen Geschäftsbeziehung der Gläubiger davon ausgehen konnte, dass der Schuldner ihn informieren würde.[687]

Für den *B2C*-Bereich wurden die Voraussetzungen durch die Vermutung ergänzt, dass der Unternehmer in seinem Fachgebiet von der streitigen Information Kenntnis hatte oder Kenntnis hätte haben müssen.[688] Auch verlangte die Rechtsprechung von dem Unternehmer, dass er sich selbst über die Richtigkeit der Informationen informiert, wenn er sich dazu verpflichtet hat.[689] Allerdings wurden auch auf dem Verbraucher Informationspflichten auferlegt. In dem Fall, dass der Verbraucher über

---

[681] Zum Folgenden siehe *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 259.
[682] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 259; *Fabre-Magnan,* De l'obligation d'information dans les contrats, Rn. 169 ff.; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 753 f.
[683] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 259.
[684] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 259; *Fabre-Magnan,* De l'obligation d'information dans les contrats, Rn. 253 ff.; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 754 ff.
[685] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 259; *Fabre-Magnan,* De l'obligation d'information dans les contrats, Rn. 256 ff.; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 755 f.
[686] Absolute Unmöglichkeit war nicht vorausgesetzt, allerdings eine erhebliche Schwierigkeit, 3ème Civile, 28. April 1971, Nr. 70-10.209, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile 3, Nr. 258, S. 184.
[687] Chambre commerciale, 21. April 1959, Bull. civ. III, Nr. 178, S. 162; Commerciale, 8. März 1965, Nr. 61-13.451, Bull. civ. III, Nr. 173, S. 147; Chambre commerciale, 22. November 1971, Nr. 70-10.974, Bull. civ., Nr. 279, S. 261.
[688] 1ère Civile, 18. April 1989, Nr. 87-12.053, Bull. civ. I, Nr. 150, S. 99: „en sa qualité de professionnel de l'immobilier, [l'agent immobilier] ne pouvait ignorer les désordres apparents qui, en l'espèce, affectaient l'immeuble vendu par son entremise; et que dès lors, en omettant d'informer de l'existence de ceux-ci [les acheteurs], il a manqué à son devoir de conseil."
[689] 1ère Civile, 8. März 2012, Nr. 10-21.239, Bull. civ I, Nr. 49; 1ère Civile, 7. April 1998, Nr. 96-16.148, ging sogar in Richtung einer allgemeinen Pflicht des Unternehmers, sich zu informieren. Siehe noch *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 738 f.

entscheidende Information verfügt, war er verpflichtet, sie dem Unternehmer zu offenbaren.[690] Allerdings gab es von dieser Regel eine wichtige Ausnahme.

2. Das Urteil im Fall *Baldus* als Ausnahme der Informationspflicht

Der Wert eines Gegenstandes stellt unstreitig eine wesentliche und entscheidende Information dar. In diesem Bereich hatte die Rechtsprechung zunächst eine weite Informationspflicht angenommen, indem sie die Vertragsparteien verpflichtet hatte, über die Leistung umfassend zu informieren.[691] In einem zweiten Schritt schränkte die *Cour de cassation* diese Rechtsprechung für den Fall ein, dass eine enge vertrauensvolle Beziehungen bestand, die eine weitgehende Loyalitätspflicht begründete. Das Urteil im Fall *Vilgrain* bejahte eine solche Beziehung im Falle eines Rückkaufs von Gesellschaftsanteilen: Der Gesellschafter und Käufer war demnach verpflichtet, dem Verkäufer mitzuteilen, dass seine Anteile mehr Wert hatten als den von ihm gegebenen Preis.[692] Diese Entscheidung verursachte eine Debatte in der Literatur über den Umfang der Informationspflicht des Käufers.[693] Darauf antwortete das Gericht im Fall *Baldus*, in dem sich erneut die Frage stellte, ob die Informationspflicht gegenüber dem Verkäufer auch den Wert des Kaufgegenstandes umfasst, mit anderen Worten, ob der Käufer in Kenntnis des echten Wertes einer Sache ein heimliches Schnäppchen machen darf.

a) Sachverhalt und Entscheidungsgründe

Der der Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt ist relativ leicht nachzuvollziehen. Im Jahre 1986 wurden in einer öffentlichen Versteigerung fünfzig Fotografien des Künstlers *Baldus* zum Preis von 1000 F pro Stück verkauft. Drei Jahre später traf die Verkäuferin den damaligen Käufer erneut und verkaufte ihm fünfunddreißig weitere Fotografien desselben Künstlers zum selben Preis. Nachdem sie erfahren hatte, dass der Fotograf *Baldus* sehr berühmt war, und Kenntnis über den tatsächlichen Wert der Fotografien erhalten hatte, erhob sie eine Nichtigkeitsklage wegen Täuschung durch Unterlassen gegen den Käufer.

Das Berufungsgericht verurteilte den Beklagten zur Zahlung von 1. 915. 000 F, da der Beklagte wissentlich zu einem niedrigen Preis den Vertrag geschlossen habe. Er habe nämlich bei der Versteigerung Kenntnis erhalten, dass er die Fotografien zu einem Preis gekauft hatte, der in keinem Verhältnis zu dem tatsächlichen Wert stand. Infolgedessen habe er bei dem zweiten Kauf die Klägerin über den wirklichen Marktpreis informieren müssen. Dieser Pflicht sei er nicht nachgekommen, sodass er gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen und die Klägerin

---

690 1ère Civile, 24. November 1976, Nr. 74-12.352, Bull. civ. I, Nr. 370, S. 291: "celui qui traite avec un professionnel n'est pas dispense de lui fournir les renseignements qui sont en sa possession et dont l'absence altère le consentement de son cocontractant."

691 3ème Civile, 27. März 1991, Nr. 89-16.975, Bull. civ. III, Nr. 108, S. 62; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 363.

692 Urteil im Fall *Vilgrain*, Chambre commerciale, 27. Februar 1996, Nr. 94-11.241.

693 Siehe dazu der Streit zwischen *Ghestin,* JCP 1996, II, 22665, Rn. 5-8, 12-18, und *Malaurie,* D. 1996, 518 ff.

aufgrund seines Unterlassens zu einem Vertrag verpflichtet habe, den sie mit vollständigen Informationen nicht unter solchen Bedingungen geschlossen hätte.

Die *Cour de cassation* hob allerdings das Urteil des Berufungsgerichts auf und sprach folgenden Grundsatz aus:

„aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur."

b) Folgen der Entscheidung

Mit dieser Entscheidung hat die Rechtsprechung einen Schlussstrich unter das Urteil im Fall *Vilgrain* gezogen. Die Grundsatzentscheidung legt eine wichtige Ausnahme der Informationspflicht fest: Der Käufer muss den Verkäufer nicht über den Wert des Kaufgegenstandes informieren. Zur Begründung wird ausgeführt, dass der Wert einer Sache eine leicht zugängliche Information und es somit Sache der Vertragsparteien sei, sich darüber zu informieren.[694]

Dieser Leitsatz wurde mit einer späteren Entscheidung vom 17. Januar 2007 fortgeführt.[695] In diesem Fall ging es um den Kauf eines Grundstücks. Der Verkäufer war Landwirt, der Käufer Immobilienmakler, sodass er über wichtige Informationen zum Preis verfügte. Der Versuch des Verkäufers, den Kauf rückgängig zu machen, lief ins Leere. Denn die *Cour de cassation* sah in dem Schweigen des Käufers keinen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben durch Missachtung einer Informationspflicht. Zusätzlich ergänzten die Richter den Grundsatz mit dem Hinweis auf die Qualität der Parteien: Der Käufer, ungeachtet des Umstands, ob er Fachmann ist, sei an keine vorvertragliche Informationspflicht bezüglich des Werts des Kaufgegenstandes gebunden.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die vorvertragliche Informationspflicht bereits vor der Kodifizierung im damalig geltenden Vertragsrecht große Bedeutung hatte.[696] Allerdings versuchte die Rechtsprechung gleichzeitig den Anwendungsbereich der vorvertraglichen Informationspflicht wieder einzuschränken und die Eigenverantwortlichkeit zu verstärken, indem sie den Wert der Leistung davon ausnahm. Der Gesetzgeber stand somit vor der Entscheidung, das Erreichte zu konsolidieren oder noch Selbstinformation zu verlangen.

3. Vorschläge der Reformprojekte *Catala* und *Terré*

Beide Reformprojekte haben eine Vorschrift zur vorvertraglichen Informationspflicht aufgenommen und beide haben diese Pflicht im Kapitel über die Willensübereinstimmung, den *consentement*, eingeordnet. Allerdings vertreten sie unterschiedliche Ansichten zum Umfang der betroffenen Pflicht.

---

[694] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 187.
[695] 3ème Civile, 17. Januar 2007, Nr. 06-11.442, Bull. civ. III, Nr. 5, S. 3.
[696] *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 688.

Das Reformprojekt *Catala* hat die vorvertragliche Informationspflicht in Art. 1110[697] und die Rechtsfolgen des Verstoßes in Art. 1110-1[698] geregelt. Hier wird keine allgemeine Pflicht begründet, sondern sie besteht nur für zwei Fälle: zum einen, wenn es für den Vertragspartner unmöglich war, sich zu informieren, zum anderen, wenn der Vertragspartner aufgrund enger Beziehungen ein besonderes Vertrauen in die andere Vertragspartei besitzt. Zusätzlich betrifft die vorvertragliche Informationspflicht nur solche Umstände, die in einem direkten und notwendigen Zusammenhang mit dem *objet* oder der *cause* stehen (Art. 1110 Abs. 4 Reformprojekt *Catala*). Daraus ergibt sich somit eine Verstärkung der informationellen Eigenverantwortlichkeit und der Selbstinformation.

Das Reformprojekt *Terré* hat eine andere Lösung getroffen. In Art. 33 des Vorschlags wird den Parteien eine allgemeine Informationspflicht auferlegt, die mit der ständigen Rechtsprechung übereinstimmt.[699] Die Pflicht besteht demnach unter zwei Voraussetzungen. Der Vertragspartner muss erstens über eine entscheidende Information verfügen oder hätte über sie verfügen sollen. Zweitens muss die andere Partei berechtigterweise in Unkenntnis darüber sein, was wiederum dann der Fall

---

[697] Art. 1110 Reformprojekt *Catala:* Celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner. Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties. Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation. Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat. Übersetzung: Eine der Vertragsparteien, die Informationen von entscheidender Bedeutung für die andere kennt oder hätte kennen müssen, muss sie informieren. Diese Informationspflicht besteht jedoch nur zugunsten einer Person, die nicht in der Lage war, selbst Informationen einzuholen oder die ihrem Vertragspartner berechtigterweise vertrauen konnte, insbesondere aufgrund der Art des Vertrages oder der Eigenschaften der Parteien. Es obliegt der Person, die behauptet, Gläubiger einer Informationspflicht zu sein, nachzuweisen, dass die andere Partei die fragliche Information kannte oder hätte kennen müssen, aber die Pflicht obliegt dem Inhaber der Information, sich selbst zu entlasten, indem er nachweist, dass er seiner Verpflichtung nachgekommen ist. Als relevant werden die Informationen erachtet, die in direktem und zwingendem Zusammenhang mit dem Gegenstand oder der Ursache des Vertrages stehen.

[698] Art. 1110-1 Reformprojekt *Catala*: Le manquement à une obligation de renseignement, sans intention de tromper, engage la responsabilité de celui qui en était tenu. Übersetzung: Die Verletzung dieser Informationspflicht, ohne Täuschungsabsicht, führt zur Haftung des zur Information Verpflichteten.

[699] Art. 33 Reformprojekt *Terré*: La partie qui connaît ou devrait connaître une information dont elle sait le caractère déterminant pour l'autre partie doit la renseigner, lorsque l'ignorance de celle-ci est légitime. L'ignorance d'une partie est légitime lorsqu'elle est dans l'impossibilité de s'informer ou lorsqu'elle fait raisonnablement confiance à son cocontractant, du fait notamment de la nature du contrat ou de la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Übersetzung: Die Partei, die eine Information kennt oder hätte kennen müssen, von der sie weiß, dass sie für die andere Partei entscheidend ist, muss sie informieren, wenn die Unkenntnis dieser Partei berechtigt ist. Die Unkenntnis einer Partei ist berechtigt, wenn es für sie unmöglich ist, Informationen zu erhalten oder wenn sie ihrem Vertragspartner vernünftigerweise vertraut, insbesondere wegen der Art des Vertrages oder der Eigenschaft der Parteien. Es ist Sache der Person, die behauptet, dass die Informationen ihr geschuldet waren, zu beweisen, dass die andere Partei sie ihr schuldet, der anderen Partei, zu beweisen, dass sie sie geliefert hat.

ist, wenn es für sie unmöglich war, sich zu informieren, oder wenn sie vernünftigerweise ihrem Vertragspartner vertraut hat. Die offene Formulierung ermöglicht den Richtern, weitere Fälle des berechtigten Vertrauens anzunehmen und somit eine Einzelfallentscheidung zu treffen. Hier erlegt das Reformprojekt *Terré* eine allgemeine vorvertragliche Informationspflicht auf und kodifiziert die von der Rechtsprechung ausgearbeiteten Grundsätzen unter Berücksichtigung des DCFR und der PECL, wobei für letzteren mangels einer Vorschrift zu der vorvertraglichen Informationspflicht die Regeln der arglistigen Täuschung herangezogen wurden.[700]

In Bezug auf die Rechtsfolgen sind sich beide Reformprojekte einig, dass der Informationspflichtige bei Verstoß gegen seine Pflicht Schadensersatz leisten muss.[701] Allerdings fehlt im Reformprojekt *Catala* ein Hinweis darauf, ob aufgrund eines Willensmangels auch die Nichtigkeit des Vertrags verlangt werden kann. Es wird lediglich geregelt, dass sich der Schuldner bei fehlender Täuschungsabsicht Schadensersatzpflichtig macht. Diese Sichtweise ist zu eng, da eine Anfechtung wegen Irrtums in Betracht kommen kann. Die Formulierung des Reformprojekts *Terré* geht hingegen weiter und umfasst mit dem Verweis auf die folgenden Vorschriften zu den Willensmängeln jeden möglichen Anfechtungsgrund.

Dem französischen Gesetzgeber lagen mithin zwei unterschiedliche Regelungskonzepten vor: das Reformprojekt *Catala*, das die Selbstinformation verstärken wollte, und das Reformprojekt *Terré*, das eine weite Anwendung der vorvertraglichen Informationspflicht befürwortete.

B. Die französische Rechtslage nach der Reform im Rechtsvergleich

Seit Oktober 2016 verfügt der Code civil über eine gesetzlich geregelte vorvertragliche Informationspflicht (1.). In einigen Regelwerken ist eine Vorschrift zu dem Thema zu finden (2.). Im deutschen Recht fällt die Informationspflicht unter das Rechtsinstitut der *culpa in contrahendo* (3.).

1. Vorvertragliche Informationspflicht, Art. 1112-1 Code civil

Art. 1112-1 Code civil[702] regelt sowohl die Voraussetzungen (a)) als auch die Rechtsfolgen der Missachtung (b)).

---

[700] *Remy-Corlay*, Le consentement, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 147, 153 f.

[701] Art. 1110-1 Reformprojekt *Catala* (siehe oben), Art. 34 Reformprojekt *Terré*: Le manquement à une obligation d'information engage la responsabilité de celui qui en était tenu et, le cas échéant, conduit à la nullité du contrat dans les conditions des articles 35 et suivants. Übersetzung: Der Verstoß gegen eine Informationspflicht begründet die Haftung der an sie gebundenen Person und führt gegebenenfalls zur Nichtigkeit des Vertrages unter den Bedingungen der Artikel 35 ff.

[702] Art. 1112-1 Code civil: Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à

a) Vorbemerkungen

Die vorvertragliche Informationspflicht hat nun Eingang in den Code civil gefunden, allerdings nicht im Kapitel über die Willensbildung, wie die Reformprojekte es vorgeschlagen hatten. Vielmehr wird die vorvertragliche Informationspflicht bei den Vertragsverhandlungen eingeordnet. Diese Stellung erweckt den Anschein, dass eine Informationspflicht nur bei Vertragsverhandlungen besteht. Bedeutet dies, dass, wenn keine Vertragsverhandlungen stattgefunden haben, keine vorvertragliche Informationspflicht besteht?[703] Dies darf nicht so streng verstanden werden. Vielmehr setzt Art. 1112-1 Code civil nicht zwingend Vertragsverhandlungen voraus. Die Stellung soll den Zeitrahmen verdeutlichen, d. h., dass während des vorvertraglichen Stadiums die Informationen weitergegeben werden müssen. Denn gerade zu diesem Zeitpunkt bildet sich der Willen. Der Bedarf an Informationen ist somit am größten. Dies gilt auch bei Standardverträgen, also Verträgen, die ohne Vertragsverhandlungen geschlossen werden.[704] Wenn also Art. 1112-1 Code civil nur das vorvertragliche Stadium betrifft, auf welcher Grundlage beruht die Informationspflicht während der Durchführung des Vertrags? Diese Frage wird in dem nächsten Abschnitt beantwortet.

Auch ist bemerkenswert, dass im Gegensatz zu der früheren Rechtsprechung und zu den Reformprojekten *Catala* und *Terré* in Art. 1112-1 Code civil von einem *devoir* anstelle einer *obligation* gesprochen wird. Diese Unterscheidung erinnert an die von dem DCFR vorgenommene Abgrenzung zwischen *duty* und *obligation.*[705] Allerdings weist die vorvertragliche Informationspflicht in Art. 1112-1 Code civil alle Merkmale einer „Pflicht" im Sinne einer *obligation* auf. Man kann vom Schuldner verlangen, dass er seine Informationspflicht erfüllt, ohne den Verstoß abwarten zu müssen. Als Gegenbeispiel kann hier der *devoir de bonne foi* erwähnt werden: dieser regelt die Art, wie die Leistung zu erbringen ist, nämlich *de bonne foi*.[706] Allerdings kann der Gläubiger erst nach Verstoß gegen die vorvertragliche Informationspflicht wissen, dass eine solche überhaupt bestand. Die Abgrenzungs-

---

ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 258: „Diejenige Partei, die über eine Information verfügt, deren Bedeutung für den Konsens der anderen entscheidend ist, muss sie darüber informieren, sofern letztere legitimerweise diese Information nicht kennt oder ihrem Vertragspartner vertraut. Diese Informationspflicht erstreckt sich gleichwohl nicht auf die Einschätzung des Wertes der Leistung. Entscheidende Bedeutung haben diejenigen Informationen, die in direktem und notwendigem Zusammenhang mit dem Inhalt des Vertrages oder den Eigenschaften der Parteien stehen. Es obliegt demjenigen, der behauptet, dass ihm eine Information geschuldet war, zu beweisen, dass die andere Partei sie ihm schuldete; der anderen Partei obliegt der Beweis, dass sie die Information gegeben hat. Die Parteien können diese Pflicht weder beschränken noch ausschließen. Neben der Haftung der zur Information Verpflichteten, kann die Verletzung diese Informationspflicht unter den Voraussetzungen der Artikel 1130 ff. die Annullierung des Vertrages nach sich ziehen."

[703] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 237.

[704] Definition in Art. 1110 Abs. 2 Code civil.

[705] Siehe Kapitel 2 § 4 I B 3.

[706] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 237; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 182; Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Art. 2:302 Rn. 2; *Fauvarque-Cosson/Racine/Mazeaud, et al.,* European Contract Law, S. 40 f.

schwierigkeit wird dadurch zu lösen sein, dass zwischen dem *devoir général d'information* und der *obligation contractuelle d'information* unterschieden werden muss, eine Unterscheidung, die die Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die vorvertragliche Informationspflicht erklären wird.[707]

Die Stellung sowie die Wortwahl sind Ergebnis eines Kompromisses: Man wollte die Wirtschaftsakteure nicht abschrecken, gleichwohl sollte genug Spielraum für die Richter geschaffen werden.[708] Dieser Eindruck verstärkt sich zudem mit der folgenden Analyse der Voraussetzungen der Informationspflicht.

b) Voraussetzungen der vorvertraglichen Informationspflicht

Im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung verlangt Art. 1112-1 Abs. 1 Code civil das Vorliegen einer für die Willensbildung der anderen Partei entscheidenden Information. Wann eine Information entscheidend ist, ergibt sich aus Art. 1112-1 Abs. 3 Code civil. Demnach muss die Information im direkten und notwendigen Zusammenhang mit dem Inhalt des Vertrags oder den Eigenschaften der Parteien stehen. Verwiesen wird damit stillschweigend auf die neuen Vorschriften über den Inhalt des Vertrags, Art. 1162 ff. Code civil. Unter Eigenschaften einer Person werden – ähnlich wie im deutschen Recht[709] – wertbildende Faktoren verstanden, d. h. alle persönlichen, beruflichen, vermögensrechtlichen Elemente.[710] Der Einfluss des Reformprojekts *Catala* ist eindeutig. Der Wortlaut ist nämlich sehr ähnlich.[711]

Allerdings besteht keine Informationspflicht im Hinblick auf den Wert der Leistung (Art. 1112-1 Abs. 2 Code civil). Dieser Absatz dient der Kodifizierung der Rechtsprechung im Fall *Baldus,* die oben analysiert worden ist.[712] Grundsätzlich ist also eine Partei nicht verpflichtet, Informationen über den gewünschten Umsatz preiszugeben.[713]

Nach dem Wortlaut des Art. 1112-1 Abs. 1 Code civil muss eine Partei nur dann informieren, wenn sie auch über die gewünschte Information verfügt: „celui qui connaît une information […]". Vorausgesetzt wird also die tatsächliche Kenntnis und nicht das Kennenmüssen.[714] Infolgedessen ist eine Partei nicht mehr verpflichtet, sich die Information zu verschaffen, um informieren zu können, wie es früher

---

[707] Dazu *Fauvarque-Cosson/Racine/Mazeaud, et al.,* European Contract Law, S. 39 ff.. Siehe auch Kapitel 2 § 5 I B 1c) (1).
[708] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 237; Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[709] Jauernig/*Mansel* BGB § 119 Rn. 12; Palandt/*Ellenberger* BGB § 119 Rn. 24, 26.
[710] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 183; *Remy-Corlay*, Le consentement, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 147, 154.
[711] Siehe Kapitel 2 § 5 I A 3.
[712] Siehe Kapitel 2 § 5 I A 2.
[713] *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13, 27.
[714] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 186; *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art. 1112-1 Code civil; *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13, 27. aA *Le Tourneau,* Chapitre 3112 – Contrat et période précontrac-

unter bestimmten Umständen der Fall war. Der Gesetzgeber ist somit nicht den Vorschlägen der Reformprojekte *Catala* und *Terré* gefolgt, die auch ein Kennenmüssen ausreichen ließen.[715]

Weiterhin besteht eine Informationspflicht nur bei berechtigter Unkenntnis, *ignorance légitime*, oder bei berechtigtem Vertrauen, *confiance légitime*, Art. 1112-1 Abs. 1 Code civil.[716] Man findet hier die Anforderungen der bisherigen Rechtsprechung wieder. Berechtigte Unkenntnis liegt nicht vor, wenn es sich um eine sachkundige Person handelt,[717] wenn sich die Partei die Informationen auf einfachen Wegen selbst hätte schaffen können oder wenn die Information allgemein bekannt ist.[718] Berechtigtes Vertrauen wird nur dann angenommen, wenn besondere Umstände vorliegen, aufgrund derer sich eine Partei vollständig auf den Informationspflichtigen verlassen kann. Es muss somit eine besondere Treuepflicht gegeben sein, wie es zum Beispiel in gesellschaftlichen Angelegenheiten oder familiären Beziehungen der Fall sein kann.[719]

Schließlich beantwortet Art. 1112-1 Code civil eine wichtige Frage, nämlich die Problematik der Unterscheidung zwischen vertraglichen und vorvertraglichen Informationspflichten. Aus deutscher Sicht stellt sich das Problem nicht, da die Pflichtverletzung in jedem Fall zu einer Haftung nach vertragsrechtlichen Grundsätzen führen wird.[720] Nach französischer Rechtsauffassung, in der die vorvertragliche Haftung deliktischer Natur ist, ist die Unterscheidung aus mehreren Gründen entscheidend: für die Reichweite der Haftung, die Beweislastverteilung und die Haftungsfreizeichnung.[721] Vor der Reform war es in Frankreich umstritten, wie die Grenze zwischen vorvertraglicher und vertraglicher Informationspflicht gezogen werden sollte.[722] Die Rechtsprechung war bei diesem Streit nicht hilfreich.[723] Eine Ansicht in der Literatur wollte – ähnlich wie das deutsche Recht – ein einheitliches Haftungssystem einführen, wonach die Verstöße gegen die Informationspflichten

---

tuelle, in: Droit de la responsabilité et des contrats, Section 3112.14; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 238, die davon ausgehen, dass die Richter das Kennenmüssen der Kenntnis gleichstellen werden, um eine weite Anwendungsmöglichkeit der Norm zu gewährleisten.

[715] Art. 1110 Abs. 1 Reformprojekt *Catala;* Art. 33 Abs. 1 Reformprojekt *Terré.*

[716] *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13, 27 f.; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 187.

[717] *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13, 27 f.*; Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 238.

[718] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 187; *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13, 28*; Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 238. Siehe auch 1ère Civile, 2. Juli 2002, Nr. 99-14.765, Bull. civ. I, Nr. 178, S. 155; 1ère Civile, 4. Juni 2009, Nr. 08-13.480, Bull. civ. I, Nr. 179.

[719] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 187; *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13, 28.

[720] *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 736 f.

[721] *Malaurie/Aynès,* Droit des obligations, Rn. 998 f.

[722] Zum Folgenden siehe *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 736 f.; *Ghestin*, La formation du contrat, Rn. 1524 ff.

[723] *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 736 m.w.N; *Ghestin*, La formation du contrat, Rn. 1526.

gemäß den vertraglichen Haftungsregeln behandelt werden sollten.[724] Die herrschende Lehre war hingegen nicht bereit, die Trennung aufzugeben und grenzte nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses ab: Wenn der Verstoß gegen die Informationspflicht vor Vertragsschluss stattgefunden habe, bleibe die Haftung deliktisch, nach Vertragsschluss sei sie vertraglich.[725] *Fabre-Magnan* schlug als eine dritte Möglichkeit vor, sich am Zweck der Informationspflichten zu orientieren.[726] Sollte die Informationspflicht eine eigenverantwortliche Willensbildung gewährleisten, so sei die Haftung deliktisch. Sollte hingegen die Informationspflicht die ordnungsgemäße Vertragserfüllung sichern, dann müssten die vertraglichen Haftungsgrundsätze angewendet werden.

Die Antwort auf den Streit ergibt sich aus der Systematik. Art. 1112-1 Code civil wurde im Abschnitt über die Vertragsverhandlungen eingefügt und steht somit noch vor den Vorschriften über den Vertragsschluss (Art. 1113 ff. Code civil).[727] Demzufolge ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend. Es wurde weder ein einheitliches Haftungssystem geschaffen, noch nach dem verfolgten Zweck der Informationspflicht getrennt. Der Gesetzgeber ist dadurch dem Grundsatz „pas de responsabilté contractuelle sans contrat“[728] und der französischen Rechtstradition der *Cour de cassation*, die ihre Entscheidungen auf Grundlage des Art. 1382 Code civil aF gestützt hatte,[729] treu geblieben.

Während der Durchführung des Vertrags bleiben – vertragliche – Informationspflichten bestehen. Allerdings greifen andere Vorschriften ein, nämlich Art. 1194 Code civil und die gesetzlich geregelten speziellen Informationspflichten.[730] Dies führt allerdings dazu, dass Art. 1112-1 Abs. 5 Code civil nicht auf vertragliche Informationspflichten anwendbar ist. Nach dieser Vorschrift dürfen die Verhandlungsparteien ihre vorvertraglichen Informationspflichten nicht einschränken. Sobald der Vertrag jedoch abgeschlossen ist, ist dies wiederum möglich.[731] Nichtsdestoweniger greift im zweiten Fall die neueingeführte Klauselkontrolle (Art. 1170 ff.

---

[724] *Calais-Auloy/Temple,* Droit de la consommation, Rn. 54 f.; *Delebecque/Collart Dutilleul,* Contrats civils et commerciaux, Rn. 205 f., 215.
[725] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 258; *Ghestin*, La formation du contrat, Rn. 1525 ff.
[726] *Fabre-Magnan,* De l'obligation d'information dans les contrats, Rn. 276 ff. Siehe dazu *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 737; *Ghestin*, La formation du contrat, Rn. 1530 f.; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 258.
[727] *Le Tourneau,* Chapitre 3112 – Contrat et période précontractuelle, in: Droit de la responsabilité et des contrats, Section 3112.15.
[728] *Le Tourneau,* Chapitre 3112 – Contrat et période précontractuelle, in: Droit de la responsabilité et des contrats, Section 3112.15. Für die Haftung bei Fehlverhalten in den Vertragsverhandlungen siehe Kapitel 2 § 4 II.
[729] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 189; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 239. Zum Beispiel 1ère Civile, 28. Mai 2008, Nr. 07-13.487, Bull. civ. I, Nr. 154.
[730] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 184; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 492. Dazu Kapitel 3 § 7 III.
[731] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 184.

Code civil) ein, sodass die vertragliche Informationspflicht nicht grenzenlos eingeschränkt werden kann.[732]

Mithin müssen strenge Voraussetzungen erfüllt sein, um eine vorvertragliche Informationspflicht zu begründen. Nach dem Bericht über die *ordonnance* sollten damit die Sorgen der Unternehmen berücksichtigt und Rechtsunsicherheit beseitigt werden.[733] Ein ungehemmter Informationszufluss wird also nicht stattfinden.[734]

c) Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die vorvertragliche Informationspflicht

Während die Voraussetzungen relativ eindeutig sind, werfen die Rechtsfolgen einige Fragen auf. Art. 1112-1 Abs. 6 Code civil ist die für die Rechtsfolgen anzuwendende Norm. Demnach kann der Gläubiger Schadensersatz verlangen (1) und Anfechtungsklage erheben (2).

(1) Schadensersatz

Obwohl das Gesetz schweigt, ist unstreitig, dass der Schadensersatzanspruch gemäß Art. 1112-1 Abs. 6 Code civil außervertraglich einzuordnen ist.[735] Wie oben gesehen,[736] ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend dafür, ob die Informationspflicht den vorvertraglichen oder vertraglichen Haftungsgrundsätzen folgt. Bei Verstoß gegen die Informationspflicht vor Vertragsschluss ist Art. 1112-1 Abs. 6 Code civil einschlägig, die deliktischen Haftungsmaßstäbe sind somit anzuwenden. Ab Vertragsschluss ist alles wiederum nach den vertraglichen Haftungsregeln zu entscheiden.[737]

Es stellt sich allerdings die Frage, welche Schadensposten ersetzt werden. Mit dem Schadensersatz soll die geschädigte Partei in den Zustand zurückgesetzt werden, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde. Bei Verstoß gegen die Informationspflicht ist jedoch zweifelhaft, was die Partei getan hätte, wenn sie zutreffend informiert worden wäre. Die bisherige Rechtsprechung sieht nur im Verlust der Chance, den Schaden zu vermeiden, einen ersatzfähigen Schaden. Dabei handelt es

---

[732] Zur Kauselkontrolle siehe *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art. 1171; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 440 ff.; *Gaudemet*, L'amputation du contrat, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage 2017 N°1, S. 27 ff.; *Witz,* Störung des vertrraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 119, 128 ff.; *Niggemann,* RIW 10/2018, 658 ff.

[733] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[734] *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13, 28; *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art. 1112-1 Code civil.

[735] *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13, 28; *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art. 1112-1 Code civil; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 189; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 239; *Le Tourneau,* Chapitre 3112 – Contrat et période précontractuelle, in: Droit de la responsabilité et des contrats, Section 3112.15.

[736] Siehe oben Kapitel 2 § 4 II B 1.

[737] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 182, 189.

sich allerdings nur um einen Teil des Schadens.[738] Vor allem soll nicht der erhoffte Gewinn ersetzt werden.[739] Ein Teil der Literatur sieht diese Rechtsprechung als verfehlt an.[740] Demnach solle nicht die *perte de chance* ersetzt werden. Ohne die relevante Information habe die Partei nicht eine Chance verloren, sich anders zu entscheiden. Vielmehr wurde sie einer Gefahr ausgesetzt, die sie mit der Information hätte vermeiden können.[741] Wenn sich die Gefahr realisiert, soll dem Opfer folglich der gesamte Schaden ersetzt werden. Vorgeschlagen wurde die Einführung eines unabhängigen Schadenspostens, nämlich *le préjudice d'impréparation.*[742] *Fabre-Magnan* schlägt für den Fall eines Vertragsabschlusses schließlich einen weiteren Lösungsweg vor: Die fehlende Information solle zum Vertragsbestandteil werden.[743] Ziel sei dabei, die Realität mit dem Versprechen in Einklang zu bringen.[744] Ihrer Ansicht nach befriedige diese Lösung am besten die Bedürfnisse des fehlerhaften informierten Vertragspartners.[745] Zwei Voraussetzungen seien erforderlich, um eine Integration der Information in den Vertrag zu ermöglichen.[746] Zum einen müsse der Gläubiger berechtigterweise vertrauen dürfen, dass die streitige Information Bestandteil des Vertrags geworden sei. Zum anderen müsse der Schuldner in der Lage sein, die versprochene Eigenschaft zu erbringen. Erforderlich sei also, dass der Richter die zwangsweise Erfüllung in Natur anordnen könne.[747] Sei dies nicht möglich, könne der Geschädigte Schadensersatz verlangen.[748] Diese Lösung wurde allerdings von der Rechtsprechung der *Chambre commerciale* zurückgewiesen.[749]

Es erscheint wahrscheinlich, dass die Richter Art. 1112-1 Code civil im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung auslegen werden, mit der Folge, dass der Vertrauensschaden des Geschädigten ersetzt und die *perte de chance* weiter verwendet

---

[738] 1ère Civile, 27. März 1973, Nr. 71-14.587**,** Bull. civ. I, Nr. 115, S. 105; Chambre commerciale, 19. Oktober 1999, Nr. 97-13.446, Bull. civ. IV, N°176, S. 149; Chambre sociale, 17. Dezember 1998, Nr**.** 97-12.897, Bull. civ. V, N° 577, S. 429.

[739] Chambre commerciale, 31. Januar 2012, Nr. 11-10.834; Chambre commerciale, 10. Juli 2012, Nr.11-21.954, Bull. civ. IV, Nr. 174; *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13, 28 f.; *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art. 1112-1 Code civil.

[740] Sehr kritisch *Ghestin*, La formation du contrat, Rn. 1809ff m.w.N.; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 239; *Fabre-Magnan,* De l'obligation d'information dans les contrats, Rn. 612 ff.: „la jurisprudence actuelle en matière de perte d'une chance est dépourvue de toute cohérence."

[741] *Houtcieff,* D. 2009, 2971, Rn. 4; *Borghetti,* RDC 2010, 610 ff.

[742] Überstzung: der Schaden der Unbereitschaft, Ausdruck von *Penneau,* D. 1999, 46 f. Siehe *Houtcieff,* D. 2009, 2971, Rn. 7 ff.; *Borghetti,* RDC 2010, 610 ff.; *Fabre-Magnan,* JCP 2016, Nr. 25, 706 ff.

[743] *Fabre-Magnan,* De l'obligation d'information dans les contrats, Rn. 639 ff. Siehe dazu ausführlich *Ghestin*, La formation du contrat, Rn. 1822 ff.

[744] *Fabre-Magnan,* De l'obligation d'information dans les contrats, Rn. 643.

[745] *Fabre-Magnan,* De l'obligation d'information dans les contrats, Rn. 640.

[746] *Fabre-Magnan,* De l'obligation d'information dans les contrats, Rn. 656.

[747] *Fabre-Magnan,* De l'obligation d'information dans les contrats, Rn. 664.

[748] *Fabre-Magnan,* De l'obligation d'information dans les contrats, Rn. 669.

[749] Chambre commerciale, 31. Januar 2012, Nr. 11-10.384. Zwar wurde die Entscheidung nicht im *Bulletin* veröffentlicht. Angesichts der seltenen Entscheidungen in diesem Bereich ist es dennoch davon auszugehen, dass die Rechtsprechung nicht diese Lösung unterstützt, *Ghestin*, La formation du contrat, Rn. 1830.

wird.[750] Die Systematik unterstützt ebenfalls diese Aussage. Denn Art. 1112 Code civil beschränkt den Schadensersatz auf das negative Interesse. Zudem ist Art. 1112-1 Code civil eine Sondervorschrift zu der allgemeinen Vorschrift über die Vertragsverhandlungen.

Es spricht somit viel dafür, dass Art. 1112-1 Code civil die gleichen Schadensposten wie Art. 1112 Code civil ersetzbar macht.

(2) Anfechtung

Art. 1112-1 Abs. 6 Code civil verschafft die zusätzliche Möglichkeit, den Vertrag gemäß Art. 1130 ff. Code civil anzufechten. In Betracht kommen zwei Willensmängel, der Eigenschaftsirrtum (Art. 1132 Code civil) und die arglistige Täuschung (Art. 1137 Code civil).

Gemäß Art. 1132 Code civil[751] stellt ein Rechts- oder Tatsachenirrtum einen Anfechtungsgrund dar, wenn er wesentliche Eigenschaften der geschuldeten Leistung oder des Vertragspartners betrifft. Wenn also der Verstoß gegen die vorvertragliche Informationspflicht zu einem Rechts- oder Tatsachenirrtum führt, kann der Irrende den Vertrag anfechten, mit der Folge, dass der Vertrag *ex tunc* für nichtig erklärt wird, Art. 1131, 1178 Code civil. Zu beachten ist, dass gemäß Art. 1178 Code civil die Nichtigkeit des Vertrags nur vom Richter oder durch übereinstimmende Erklärung festgestellt werden kann.

Mit Art. 1137 Abs. 2 Code civil[752] wurde der langjährige Streit über die arglistige Täuschung durch Unterlassen beendet.[753] Zwei Voraussetzungen sind nun erforderlich: Zum einen muss der arglistig Täuschende willentlich über eine Information schweigen, zum anderen muss er Kenntnis von der entscheidenden Bedeutung der Information für den Vertragspartner haben. Art. 1137 Abs. 2 Code civil ist in dieser Hinsicht strenger als Art. 1112-1 Code civil.[754] Im Gegensatz zu Art. 1112-1 Code civil verlangt Art. 1137 Abs. 2 Code civil nicht, dass die andere Partei berechtigterweise keine Kenntnisse hat.

Problematischer war allerdings der Anwendungsbereich des Art. 1137 Code civil. Denn in der ursprünglichen Fassung der Vorschrift war er weiter als in Art. 1112-

---

[750] So *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13, 28 f.; *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art. 1112-1 Code civil.

[751] Art. 1132 Code civil: L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 264: „Ein Rechts- oder Tatsachenirrtum ist, sofern er nicht unentschuldbar ist, ein Grund für die Nichtigkeit des Vertrages, wenn er wesentliche Eigenschaften der geschuldeten Leistung oder des Vertragspartners betrifft."

[752] Art. 1137 Abs. 2 Code civil: Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 265: „Eine arglistige Täuschung liegt auch dann vor, wenn einer der Vertragspartner vorsätzlich eine Information verschweigt, von der er weiß, dass sie für die andere Partei von entscheidender Bedeutung ist."

[753] Siehe oben Kapitel 2 § 5 I A 1 a).

[754] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 190.

1 Code civil. Letztere schließt nämlich aus der Informationspflicht den Wert der Leistung aus, was allerdings Art. 1137 Code civil in der Fassung von 2016 nicht tat. Infolgedessen hätte das Schweigen über den Wert der Leistung keinen Verstoß gegen die vorvertragliche Informationspflicht begründet, jedoch hätte es die Voraussetzungen der arglistigen Täuschung nach Art. 1137 Abs. 2 Code civil erfüllen können. Diese Konsequenz führte zu scharfer Kritik,[755] vor allem aufgrund der Konsequenzen für das Gesellschaftsrecht.[756] Eine solche Auslegung führte nämlich dazu, die Rechtsprechung im Fall *Baldus* auszuhebeln.[757]

Um einen solchen Widerspruch zu vermeiden, musste Art. 1137 Code civil neu formuliert werden. Dies hat mit dem Ratifizierungsgesetz vom 20. April 2018[758] stattgefunden. Ein neuer Absatz wurde eingeführt, der besagt:

> „Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation."[759]

Ausgeschlossen ist somit die Einschätzung des Wertes der Leistung, wie auch in Art. 1112-1 Abs. 2 Code civil. Der Widerspruch zwischen den Vorschriften wurde damit aufgelöst. Die Verletzung von Informationspflichten gemäß Art. 1112-1 Code civil unterscheidet sich von der arglistigen Täuschung durch Unterlassen gemäß Art. 1137 Code civil also allein dadurch, dass letztere zusätzlich eine Täuschungsabsicht voraussetzt.[760]

2. Vorvertragliche Informationspflicht in den europäischen und internationalen Regelwerken

Die untersuchten Regelwerke verfügen nicht alle über eine Vorschrift zur vorvertraglichen Informationspflicht. Während in den PECL und in den UPICC keine Parallelvorschrift zu finden ist (a)), regeln der DCFR und der Gandolfi-Code die Informationspflicht umfassend (b)).

a) Keine ausdrückliche Informationspflicht in den PECL und UPICC

Weder in den PECL noch in den UPICC ist eine ausdrückliche Regelung zur Informationspflichten zu finden.[761] Zwar wird in Art. 1.7 UPICC und Art. 1:201 PECL

---

[755] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 190, 327; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 363; *Le Tourneau,* Chapitre 3112 – Contrat et période précontractuelle, in: Droit de la responsabilité et des contrats, Section 3112.14; *Mekki,* D. 2017, 375 ff.
[756] *Mekki*, Revue des sociétés, 2016, 483, Rn. 11.
[757] Zu dem Urteil im Fall *Baldus* siehe oben Kapitel 2 § 5 I A 2.
[758] Art. 5, 1 des Ratifizierungsgesetzes Nr. 2018-287.
[759] Übersetzung: Dennoch liegt keine arglistige Täuschung vor, wenn eine Partei dem Vertragspartner ihre Einschätzung des Wertes der Leistung nicht mitteilt.
[760] *Fabre-Magnan,* JCP 2016, Nr. 25, 706 ff. So schon Chambre commerciale, 28. Juni 2005, Nr. 03-16.794, Bull. civ. IV, Nr. 140, S. 151. Kritish *Fages,* Die Vertragsverhandlungen im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 13, 29.
[761] Zum Folgenden Commentaries on European Contract Laws/*Kästle-Lamparter*, Introduction before Art. 2:401 Rn. 11.

der Grundsatz von Treu und Glauben auf die vorvertragliche Phase ausgedehnt, sodass sich die Parteien auch während den Vertragsverhandlungen treugemäß verhalten müssen. Allerdings wird weder allgemein noch speziell Bezug auf die Informationspflicht genommen.

Einen kleinen Hinweis findet man in der offiziellen Kommentierung zu Art. 2.1.15 UPICC. Demnach ist Art. 2.1.15 UPICC auch anwendbar, wenn eine Partei vorsätzlich oder fahrlässig Informationen nicht offenbart hat, die sie aufgrund der Natur der Parteien oder des Vertrags hätte offenbaren müssen.[762] Ob daraus eine allgemeine vorvertragliche Informationspflicht herzuleiten ist, erscheint zweifelhaft. Zum einen neigen die UPICC dazu, eine allgemeine Informationspflicht abzulehnen.[763] Zum anderen hätten die UPICC eine vorvertragliche Informationspflicht in der Vorschrift selbst aufgenommen und nicht nur in den Kommentierungen dargestellt, wenn die Bearbeiter eine solche hätten regeln wollen. Der offizielle Kommentar ist allerdings so zu verstehen, dass die Verletzung einer vorvertraglichen Informationspflicht während der Vertragsverhandlungen nur ein weiteres Beispiel für einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben in den Verhandlungen darstellt,[764] ohne dass den Verhandlungsparteien eine allgemeine Informationspflicht auferlegt wird. Dies ist vor allem von Bedeutung, wenn kein Vertrag geschlossen worden ist.[765] Denn in diesem Fall sind die Anfechtungsregeln nicht anwendbar.

Es bleiben noch die Vorschriften über die Willensmängel zu untersuchen, die bei fehlerhafter Information einschlägig sein können: arglistige Täuschung (Art. 3.2.5 UPICC und Art. 4:107 PECL) und Rechts- oder Tatsachenirrtum (Art. 3.2.2 UPICC und Art. 4:103 PECL). Denn die Verantwortung für den Irrtum wird weitgehend aus der Verletzung einer Informationspflicht abgeleitet.[766] So wird in Art. 3.2.2 (1) (a) UPICC und in Art. 4:103 (1) (a) PECL ein Irrtum für relevant erklärt, wenn er durch Angaben der anderen Partei hervorgerufen wurde oder wenn die andere Partei Kenntnis vom Irrtum hatte oder haben musste und entgegen den Geboten von Treu und Glauben nicht aufgeklärt hat. Dabei handelt es sich um eine besondere Informationspflicht in Bezug auf den Irrtum der anderen Partei.[767]

Die Regelungen über die arglistige Täuschung haben zwar unterschiedliche Kriterien, stimmen allerdings im Ergebnis insofern überein, als auch der Fall der *fraudulent non-disclosure* umfasst werden soll. Maßstab für die UPICC ist der Grund-

[762] Comment 2, Art. 2.1.15 UPICC. Dazu auch Kapitel 2 § 4 II B 3).
[763] Commentary on PICC/*Huber*, Art. 3.2.5 Rn. 14. Siehe auch Comment 1, Art. 2.1.16 UPICC.
[764] Comment 2, Art. 2.1.15 UPICC; Commentary on PICC/*Rios,* Art. 2.1.15 Rn. 27. Siehe auch *Bonell,* The UNIDROIT Principles in Practice, Art. 2.1.15, S. 141, der "non disclosure of relevant facts" als Fallgruppe auflistet.
[765] Über die Frage der Anwendung der Regelwerke, wenn kein Vertrag geschlossen ist, siehe: Commentary on PICC/*Rios*, Art. 2.1.15 Rn. 7.
[766] *Jud,* Die Principles of European Contract Law als Basis, in: *Schmidt-Kessel* (Hg.)*,* Der gemeinsame Referenzrahmen, Entstehung, Inhalte, Anwendung, S. 85 ff.; Commentaries on European Contract Laws/*Lohsse,* Art. 4:103 Rn. 12.
[767] Commentaries on European Contract Laws/*Lohsse,* Art. 4:103 Rn. 14; Commentary on PICC/*Huber,* Art. 3.2.2 Rn. 20 ff.

satz von Treu und Glauben (Art. 3.2.5 UPICC), der allerdings konkretisierungsbedürftig ist.[768] Hingegen verfügen die PECL über eine detaillierte Liste von Kriterien, die die Begründung von Informationspflichten konkretisieren. Dabei wiederholen die PECL die Kriterien, die in anderen europäischen Staaten verwendet werden.[769] Insbesondere kann hier eine Annäherung an die durch die französische Rechtsprechung verwendeten Indizien festgestellt werden.[770] Es wird untersucht, ob eine Partei sachkundig ist, ob die Erlangung von Informationen aufwendig ist, ob die andere Partei die Information vernünftigerweise selbst erlangen konnte und ob die Information offenkundig von Bedeutung für die andere Partei ist (Art. 4:107 (3) PECL).

Als Folge eines Irrtums oder einer arglistigen Täuschung kann die geschädigte Partei die Anfechtungsklage erheben oder die Anpassung des Vertrags sowie Schadensersatz verlangen (Art. 4:105 PECL). Ersetzt wird nach beiden Regelwerken der Vertrauensschaden (Art. 4:117 PECL, Art. 3.2.16 UPICC).

Die PECL und die UPICC enthalten demnach keine Regelung wie in Art. 1112-1 Code civil. Zwar lässt sich aus einzelnen Normen eine Informationspflicht entnehmen. Sie wird allerdings nicht so stark betont, wie dies in der französischen Norm der Fall ist. Die PECL und die UPICC können nicht als Vorbild der französischen Norm angesehen werden.

b) Vorvertragliche Informationspflicht in dem DCFR

Im klaren Gegensatz zu den PECL und UPICC verfügt der DCFR über einen umfangreichen Abschnitt mit acht Vorschriften zu den Informationspflichten.[771]

Die Vorschriften beruhen auf der Vorarbeit der Acquis Group,[772] weshalb die Acquis Principles in leicht abgeänderter Version wiederzuerkennen sind.

(1) Anwendungsbereich und Voraussetzungen, Art. II.-3:101, II.-3:102 DCFR

Der Abschnitt beginnt mit Art. II.-3:101 DCFR, der eine allgemeine Informationspflicht regelt, allerdings nur für den Unternehmer.[773] Der persönliche Anwendungsbereich der Art. II.-3:301 ff. DCFR ist somit enger gefasst als in der französischen Vorschrift: Nur die Vertragsverhandlungen zwischen Unternehmern oder zwischen Unternehmer und Verbraucher sind umfasst und nur den Unternehmer trifft eine Informationspflicht. Die offizielle Kommentierung gibt keine Begründung für diese Einschränkung und für den Ausschluss von Verträgen zwischen Privatpersonen.

---

[768] Commentary on PICC/*Du Plessis,* Art. 3.2.5 Rn. 16 ff.
[769] Commentaries on European Contract Laws/*Kästle-Lamparter*, Introduction before Art. 2:401 Rn. 11.
[770] Dazu siehe Kapitel 2 § 5 I A 1.
[771] In dieser Arbeit werden nur die allgemeinen Vorschriften des DCFR besprochen (Art. II.-3:101-II.-3:109 DCFR). Weitere besonderen Informationspflichten befinden sich in dem Buch IV, zum Beispiel Art. IV.C.-2:102, IV.C.-8:105, IV.E.-2:101, IV.E.-2:202, IV.E.-3:203, IV.E.-4:102, IV.E.-5:202 DCFR.
[772] Zur Entstehungsgeschichte des DCFR siehe Kapitel 1 § 2 I A 3.
[773] Kritisch *Pfeiffer,* ZEuP 2008, 679, 696 f.

Die Einschränkung ist angesichts des allgemeinen Redlichkeitsgebotes kaum zu erklären.[774]

Die von den Bearbeitern des DCFR verwendeten Acquis Principles beruhen in Bezug auf die Informationspflichten unter anderem auf der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.[775] Dies erklärt den Verweis auf die Waren- und Dienstleistungsverträge. Bezüglich des sachlichen Anwendungsbereichs werden von Art. II.-3:101 ff. DCFR Verträge über die Lieferung von *goods, other assets or services by a business* erfasst. Die offenzulegenden Informationen passen sich dementsprechend an: Lediglich die Informationen im Zusammenhang mit dem Vertragstyp müssen mitgeteilt werden. Infolgedessen sind die Begleitumstände des Vertrags nicht Inhalt der Informationspflicht.[776]

Welche Informationen von besonderer Relevanz sind, ergibt sich entweder aus Art. II-3:101 (1) DCFR oder aus Art. II.-3:101 (2) DCFR. Wenn die Gegenseite ein Verbraucher ist, müssen gemäß Art. II.-3:101 (1) DCFR alle Informationen mitgeteilt werden, die sich aus den normalen Qualitäts- und Leistungsanforderungen ergeben. Wenn die zu erbringende Leistung nicht von diesem Standard abweicht oder eine Abweichung nicht zu erwarten ist, wird keine Informationspflicht begründet.[777] Ist der Vertragspartner Unternehmer, ändert sich der *reasonable-expectations*-Test.[778] Gemäß Art. II.-3:101 (2) DCFR ergibt sich der Beurteilungsmaßstab in *B2B*-Verträgen aus der *good commercial practice*. Die Maßstabsänderung wird dadurch erklärt, dass der Bedarf an Informationen bei Verträgen zwischen Unternehmern weniger groß ist.[779]

Zusätzlich wird noch ergänzt, welche Informationen mitgeteilt und auf welche Art und Weise sie verwendet werden können. Art. II.-3:102 DCFR und Art. II.-3:103 DCFR regeln die Informationspflichten jeweils für einen auf Werbung beruhenden Verbrauchervertrag und für einen Verbrauchervertrag, wenn der Verbraucher einen erheblichen Informationsnachteil aufweist. Erforderlich ist, dass der Preis (Art. II.-3:107 DCFR), die Adresse und Identität des Unternehmers (Art. II.-3:108 DCFR) mitgeteilt werden. Zudem müssen die Informationen klar und bestimmt genug sein (Art. II.-3:106 DCFR).

Dieser Informationskatalog ist sehr detailliert und von der Regelungstechnik her komplex.[780] Die Nachteile der Vorschriften des DCFR korrespondieren mit den Vorteilen der französischen Regelung: Art. 1112-1 Code civil ist eine verständliche Generalklausel, die beiden Verhandlungsparteien eine allgemeine und umfassende

---

[774] *Pfeiffer,* ZEuP 2008, 679, 697.
[775] Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates. Für einen Überblick zur Entstehungsgeschichte der Informationspflichten in den ACQP siehe Commentaries on European Contract Laws/*Kästle-Lamparter*, Introduction before Art. 2:401 Rn. 17 f.; *Wilhelmsson/Twigg-Flesner,* ERCL 4/2008, 441 ff.
[776] Commentaries on European Contract Laws/*Kästle-Lamparter*, Art. 2:401 Rn. 3.
[777] Comment B, Art. II.-3:101 DCFR.
[778] Comment C, Art. II.-3:101 DCFR.
[779] Comment C, Art. II.3-101 DCFR.
[780] *Pfeiffer,* ZEuP 2008, 679, 698.

Informationspflicht auferlegt. Auch normiert Art. 1112-1 Abs. 3 Code civil die Kriterien, bei deren Vorliegen Informationen mitgeteilt werden müssen, ohne diese allerdings auf einen vorgegebenen Inhalt einzuschränken. Vielmehr ermöglicht die offene Bestimmung des Art. 1112-1 Abs. 3 Code civil eine Einzelfallentscheidung und vermeidet somit einen „Informationsoverload“[781] einer Partei.

(2) Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Informationspflicht, Art. II.-3:109 DCFR

Art. II.-3:109 DCFR regelt die Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die vorvertragliche Informationspflicht und unterscheidet zwischen mehreren Fällen.

Zunächst behandelt Art. II.-3:109 (1) DCFR die Verletzung der Informationspflicht nach Art. II.-3:103 DCFR. Demnach beginnt bei Vertragsschluss die Widerrufsfrist erst nach Erhalt der vollständigen Information zu laufen. Es soll damit gewährleistet werden, dass keine Vertragspartei einseitig über den Inhalt des Vertrags bestimmt.[782] Eine solche Bestimmung findet sich im französischen Recht nicht.[783]

Gemäß Art. II.-3:109 (2) DCFR muss der Unternehmer, der seine Aufklärungspflicht verletzt, alle Verpflichtungen aus dem geschlossenen Vertrag erfüllen, die die andere Partei vernünftigerweise in Folge der mangelhaften oder unrichtigen Aufklärung erwarten kann. Zudem kann sich der geschädigte Informationsgläubiger auf die Rechtsmittel wegen Nichterfüllung für diese Verpflichtungen berufen, Art. II.-3:109 (2) S. 2 DCFR.[784] Angesichts des dritten Absatzes ist diese zusätzliche Ergänzung wichtig.[785] Denn der Unternehmer ist gemäß Art. II.-3:109 (3) DCFR verpflichtet, Schadensersatz für jeden Verlust zu leisten, den die andere Partei während der Verhandlungen erlitten hat, gleichgültig, ob ein Vertrag abgeschlossen ist oder nicht. Umfasst sind hier sowohl Vermögens- als auch Nichtvermögensschäden.[786] Allerdings ist der Schadensersatzanspruch nach dieser Vorschrift ausgeschlossen, wenn ein Rechtsmittel wegen Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung gegeben ist. Somit besteht bei Vorliegen eines wirksamen Vertrags keine Konkurrenz zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Rechtsmittteln.[787] Für das französische Recht muss Art. 1112-1 Abs. 6 Code civil von den weiteren Art. 1217 ff. Code civil getrennt betrachtet werden. Nur Schadensersatz

[781] Zum Ausdruck siehe Commentaries on European Contract Laws/*Kästle-Lamparter*, Introduction before Art. 2:401 Rn. 28 ff.
[782] Siehe Kapitel 3 § 7 II.
[783] Selbst für den Verstoß gegen eine besondere Informationspflicht gemäß Art. L111-1 Code de la consommation. Mangels geregelter Rechtsfolgen im Code de la consommation ist das allgemeine Vertragsrecht einschlägig (Art. 1217 ff. Code civil, siehe dazu Kapitel 4 § 10).
[784] Siehe Kapitel 4 § 10 III.
[785] *Riske,* La responsabilité précontractuelle dans le processus d’uniformisation du droit privé européen, Rn. 1054.
[786] Siehe die Definition von „loss“ im Anhang des DCFR. Zum Ersatz des Vertrauensschadens siehe: *Jud,* Die Principles of European Contract Law als Basis, in: *Schmidt-Kessel* (Hg.)*,* Der gemeinsame Referenzrahmen, Entstehung, Inhalte, Anwendung, S. 83 f.; *Busch,* Informationspflicht im Wettbewerbs- und Vertragsrecht, S. 191; aA Commentaries on European Contract Laws/*Kästle-Lamparter*, Art. 2:406 Rn. 15.
[787] *Riske,* La responsabilité précontractuelle dans le processus d’uniformisation du droit privé européen, Rn. 1055.

und Anfechtung sind somit mögliche Folgen des Verstoßes gegen die vorvertragliche Informationspflicht.[788] Zugunsten des Geschädigten ordnet jedoch das französische Recht ein Wahlrecht ein: er kann entweder Schadensersatz nach Deliktsrecht verlangen oder die vertraglichen Rechtsbehelfe (Art. 1217 ff. Code civil) geltend machen, wenn deren Voraussetzungen erfüllt sind.[789]

Aus dem Wortlaut des Art. II.-3:109 (3) DCFR ergibt sich nicht, ob ein Verschulden des Informationspflichtigen erforderlich ist. Es scheint, als sei kein Verschulden zu verlangen.[790] Im Gegensatz hierzu wird nach Art. 1112-1 Abs. 1 Code civil vorausgesetzt, dass die Partei die entscheidende Bedeutung der Information kennt, sodass eine fehlerhafte oder fehlende Information eine *faute* darstellt.[791]

Zusammenfassend ergibt sicht also, dass in Bezug auf die Rechtsfolgen das französische Recht und der DCFR nicht ganz miteinander übereinstimmen. Der Unterschied ist unter anderem dadurch zu erklären, dass der DCFR den vertraglichen Rechtsbehelfen Vorrang einräumt. Mithin spricht vieles dafür, dass sich der französische Reformgeber nicht von dem DCFR für die Einführung einer Informationspflicht inspirieren lassen hat.

c) Vorvertragliche Informationspflicht in dem Gandolfi-Code

Art. 7 Gandolfi-Code erlegt den Parteien im Gegensatz zu Art. II.-3:101 DCFR und in Anlehnung an Art. 1112-1 Code civil eine umfassende allgemeine vorvertragliche Informationspflicht auf.

(1) Anwendungsbereich und Voraussetzungen, Art. 7 Abs. 1 Gandolfi-Code

Sowohl der persönliche als auch der sachliche Anwendungsbereich gehen sehr weit.[792] Art. 7 Abs. 1 Gandolfi-Code bestimmt:

> „Während der Verhandlungen hat jede Partei die Pflicht, die andere über alle tatsächlichen und rechtlichen Umstände zu informieren, von denen sie Kenntnis hat oder haben muss, soweit dies der anderen Partei ermöglichen würde, sich über die Gültigkeit des Vertrages und ihres Interesses, diesen abzuschließen, klar zu werden."

Die Gegenüberstellung mit der französischen Vorschrift zeigt, wie ähnlich beide Regelungen sind. Zum einen sind beide Parteien verpflichtet, Informationen mitzuteilen. Es macht also keinen Unterschied, ob eine Partei Verbraucher, die andere Unternehmer ist, oder eine Partei Verkäufer und die andere Käufer. Zum anderen

---

[788] Siehe Kapitel 2 § 5 I B 1 c).
[789] Wenn jedoch der Verstoß gegen die Informationspflicht während der Durchführung des Vertrags stattfindet, hat der Geschädigte kein Wahlrecht mehr und Art. 1112-1 Abs. 6 Code civil ist nicht anwendbar. Vgl. die Abgrenzung zwischen *devoir général précontractuel d'information* und *obligation contractuelle d'information*, Kapitel 2 § 5 I B 1 a).
[790] Commentaries on European Contract Laws/*Kästle-Lamparter*, Art. 2:401 Rn. 14; *Lehmann,* ZEuP 2009, 693, 712.
[791] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 186.
[792] Kritisch *Grigoleit,* Irrtum, Täuschung und Informationspflichten in den European Principles und in den Unidroit-Principles, in: *Schulze/Ebers/Grigoleit* (Hg.), Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, S. 201, 214, Fn. 40 („zu weit reichend").

muss jede Information offengelegt werden, die für die andere Partei von Bedeutung sein könnte. Allerdings unterscheidet sich die Formulierung im Hinblick auf den Bezugspunkt der Information. Art. 1112-1 Abs. 3 Code civil stellt auf den engen Zusammenhang der betreffenden Information mit dem Vertragsinhalt oder dem Vertragspartner ab. Hingegen orientiert sich Art. 7 Abs. 1 Gandolfi-Code an der Wirksamkeit des Vertrags und dem eigenen Interesse an dem Vertragsabschluss. Zu beachten ist, dass im französischen Recht der Vertragsinhalt ebenfalls eine Voraussetzung für die Wirksamkeit des Vertrags darstellt. Gemäß Art. 1128, 3° Code civil muss nämlich der Vertragsinhalt zulässig und bestimmt sein.[793] Infolgedessen ist eine Information über den Vertragsinhalt zugleich eine Information über die Wirksamkeit des Vertrags. Somit stimmen beide Vorschriften im Ergebnis überein.

Weiterhin ist gemäß Art. 7 Abs. 1 Gandolfi-Code erforderlich, dass die Partei die Information kannte oder kennen musste. Hier geht das *Avant-projet* weiter als die französische Norm, da auch die fahrlässige Unkenntnis umfasst ist. Dem Wortlaut nach setzt Art. 1112-1 Abs. 1 Code civil voraus, dass der Informationspflichtige tatsächliche Kenntnis hatte. Einige Autoren halten es für möglich, dass die Gerichte den Wortlaut weit auslegen und das Kennenmüssen ausreichen lassen werden. Das bleibt allerdings abzuwarten.[794]

(2) Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Informationspflicht, Art. 7 Abs. 2 Gandolfi-Code

Auch auf Rechtsfolgenseite sind sich beide Vorschriften sehr ähnlich. Art. 7 Abs. 2 Gandolfi-Code trennt die Rechtsfolgen je nachdem, ob der Vertrag geschlossen wurde oder nicht.

Bei fehlendem Vertragsabschluss kann der Geschädigte nach Maßgabe des Art. 6 Abs. 4 Gandolfi-Code Schadensersatz verlangen. Dementsprechend kann er Ersatz für das negative Interesse erhalten.[795] Der Verweis auf Art. 6 Gandolfi-Code, der die Haftung bei Fehlverhalten in den Vertragsverhandlungen regelt, verdeutlicht, dass die Haftung bei Verstoß gegen die vorvertragliche Informationspflicht einen Unterfall des Fehlverhaltens bei Vertragsverhandlungen darstellt. Wenn der Vertrag besteht, steht dem Geschädigten ein Schadensersatzanspruch sowie ein Anfechtungsrecht zu. Zusätzlich kann er die Rückzahlung des geleisteten Beitrags verlangen.

Von den Schadensposten sowie von der Anfechtungsmöglichkeit her besteht eine gewisse Parallelität zwischen dem Gandolfi-Code und dem Code civil. Die französische Vorschrift grenzt zwar nicht so deutlich zwischen bestehendem und nicht

[793] Art. 1128, 3° Code civil ersetzt Art. 1108 Code civil aF und lautet: Sont nécessaires à la validité d'un contrat: 1° Le consentement des parties; 2° Leur capactié à contracter; 3° Un contenu licite et certain. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 263: Notwendig für die Wirksamkeit eines Vertrages sind: 1° Der Konsens der Parteien; 2° Ihre Geschäftsfähigkeit; 3° Ein rechtmäßiger und bestimmter Inhalt.
[794] Siehe dazu Kapitel 2 § 5 I B 1 b).
[795] Siehe dazu Kapitel 2 § 4 II B 4.

bestehendem Vertrag ab. Jedoch ergibt sich aus dem Sinn der Norm selbst, welche zusätzliche Möglichkeiten gewährt sind, wenn ein Vertrag geschlossen wurde.

Mithin sind Art. 1112-2 Code civil und Art. 7 Gandolfi-Code zwei sehr ähnliche Vorschriften. Sowohl in den Voraussetzungen als auch in den Rechtsfolgen stimmen sie überein. Es stellt sich die Frage, welche Norm welchen Gesetzgeber bzw. Bearbeiter beeinflusst hat. Ursprung für Art. 7 Gandolfi-Code ist nämlich die französische Rechtsprechung zur *obligation de renseignement*. Es wird sogar vertreten, dass Art. 7 Gandolfi-Code das Spiegelbild der französischen Rechtstradition darstelle.[796] Gerade deswegen war Art. 7 Gandolfi-Code ein gutes Vorbild für den französischen Gesetzgeber. Denn Ziel war, die französische Rechtsprechung zum Thema zu kodifizieren und damit eine gesetzliche Grundlage für die künftigen Entscheidungen zu verankern.[797] Infolgedessen konnte sich der Gesetzgeber von der Struktur und vom Inhalt des Regelwerks inspirieren lassen, um eine an der französischen Rechtsprechung orientierte Informationspflicht zu regeln. Somit kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass sich Art. 1112-1 Code civil auf Art. 7 Gandolfi-Code stützt.[798]

3. Vorvertragliche Informationspflicht in Deutschland

Die vorvertragliche Aufklärungs- oder Informationspflicht[799] bildet im deutschen Recht den Kern des Rechtsinstituts der *culpa in contrahendo*.[800] Anders als im französischen Recht gibt es im deutschen Recht keine allgemeine vorvertragliche Informationspflicht.[801] Vielmehr gilt der Grundsatz der Eigenverantwortung für die für die Partei vertragsrelevanten Informationen.[802] Der BGH betont nämlich, dass eine allgemeine Rechtspflicht, den anderen Teil über alle Einzelheiten aufzuklären, nicht besteht. Jeder muss sich die für seine Willensbildung relevanten Informationen grundsätzlich auf eigene Kosten und eigenes Risiko beschaffen.[803] Infolgedessen kommt eine Aufklärungspflicht nur unter besonderen Umständen in Betracht.[804]

---

[796] Commentaries on European Contract Laws/*Kästle-Lamparter*, Introduction before Art. 2:401 Rn. 12.
[797] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 180.
[798] *Gsell,* Die Neuregelungen zu den Vertragsverhandlungen, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 31, 34.
[799] Über die Unterscheide zwischen Aufklärungs- und Informationspflichten siehe NK-BGB/*Becker* BGB § 311 Rn. 74 f.; Staudinger/*Olzen* BGB § 241 Rn. 437 ff.
[800] MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 64.
[801] Commentaries on European Contract Laws/*Kästle-Lamparter*, Introduction before Art. 2:401 Rn. 10; MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 64. Allerdings ähnlich zu dem Vorschlag des Reformprojekts *Catala*, siehe Kapitel 2 § 5 I A 3.
[802] BeckOGK/*Herresthal* BGB § 311 Rn. 38; BeckOK BGB/*Sutschet* BGB § 311 Rn. 73.
[803] Zum Beispiel BGH, Urteil vom 14. September 2017 – VII ZR 307/16 = NJW 2017, 3586 (ständige Rechtsprechung).
[804] Dazu siehe rechtsvergleichend *Cartwright/Hesselink*, Case Nr. 13, S. 362 ff.

a) Anwendungsbereich und Voraussetzungen, §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB

Im Rahmen des Anwendungsbereiches der Informationspflicht differenziert das deutsche Recht wie das französische nicht nach Eigenschaften der Parteien. Vielmehr entscheidet sich im Einzelfall, wer die Informationspflicht trägt.[805]

Wann genau eine Informationspflicht angenommen werden kann, lässt sich im deutschen Recht nicht einfach ermitteln. Erforderlich ist eine Einzelfallentscheidung bezüglich des Inhalts und des Umfangs dieser Pflicht.[806] Eine Aufklärungspflicht liegt vor, wenn eine Aufklärung sämtlicher Umstände, die für den Vertragsschluss der anderen Partei erkennbar von wesentlicher Bedeutung sind, nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung erwartet werden darf.[807] Voraussetzung ist somit zum einen ein erhebliches Informationsgefälle. Dabei kommt es auf die besondere Sachkunde einer Partei und auf die Unerfahrenheit des anderen Teils an.[808] Auch hängt die Begründung einer solchen Pflicht davon ab, ob der womöglich Informationspflichtige die relevanten Informationen bereits besitzt oder ob er sich diese selbst erst beschaffen muss. Denn eine Nachforschungspflicht im Fremdinteresse wird nur unter engen Voraussetzungen angenommen, weil eine solche Pflicht die Leichtigkeit des Rechtsverkehrs beeinträchtigt und zu einer Duplizierung von Informationsanstrengungen führt.[809] Dieses Informationsgefälle muss für die andere Partei erkennbar sein, d. h. das Informationsbedürfnis muss sich dem Wissenden aufdrängen.[810] Die Entscheidungserheblichkeit als dritte Voraussetzung hängt davon ab, ob die Informationen für den Vertragsschluss oder Vertragsdurchführung erforderlich sind.[811] Weiterhin müssen noch die Interessen der nichtwissenden Partei schutzwürdig sein. Diese Voraussetzung erfordert eine Interessenabwägung. Zu ermitteln ist also, inwieweit es der wissenden Partei zumutbar ist, die Informationen herauszugeben.[812] Eine uneingeschränkte Aufklärungspflicht wird von der Rechtsprechung abgelehnt.[813]

Im Vergleich zum deutschen Recht verfügt Art. 1112-1 Code civil über einige Kriterien – wenn auch auslegungsbedürftige –, an denen sich die Gerichte orientieren können, um über das Vorliegen einer Informationspflicht zu entscheiden. Den abstrakten §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB kann auch ein aufmerksamer Leser keine

[805] MüKoBGB/*Bachmann* BGB § 241 Rn. 138 ff.; MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 64:
[806] Eine bloße Informationsasymmetrie reicht nicht aus, MüKoBGB/*Bachmann* BGB § 241 Rn. 136 f.
[807] BGH, Urteil vom 12. November 1969 - I ZR 93/67 = NJW 1970, 653, 655; Palandt/*Grüneberg* BGB § 311 Rn. 40; BeckOK BGB/*Sutschet* BGB § 311 Rn. 74; Staudinger/*Olzen* BGB § 241 Rn. 448.
[808] MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 69; Staudinger/*Olzen* BGB § 241 Rn. 448.
[809] *Fleischer,* Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 426; BeckOK BGB/*Sutschet* BGB § 311 Rn. 76; Staudinger/*Olzen* BGB § 241 Rn. 449.
[810] Staudinger/*Olzen* BGB § 241 Rn. 450 f.
[811] Staudinger/*Olzen* BGB § 241 Rn. 452.
[812] Staudinger/*Olzen* BGB § 241 Rn. 453 f. Insbesondere bei Pflicht zu Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen, siehe dazu auch Kapitel 2 § 5 II B 2.
[813] BGH, Urteil vom 20. September 1996 – V ZR 173/95 = NJW-RR 1997, 144, 145; BGH, Urteil vom 28. März 1984 - VIII ZR 5/83 = NJW 1984, 2289, 2290; BGH, Urteil vom 13. Juli 1983 - VIII ZR 142/82 = NJW 1983, 2493, 2494.

Anhaltspunkte für solche Kriterien entnehmen. Vielmehr ergeben sich die Kriterien und Fallgruppen aus der Rechtsprechung. Dabei knüpft die Rechtsprechung zunächst an einen objektiven Maßstab, die Verkehrsanschauung, an.[814] In einem zweiten Schritt kommt eine subjektive Betrachtungsweise zur Anwendung.[815] Denn auch die konkrete Verhandlungssituation wird in Betracht gezogen.[816] Nach Art. 1112-1 Code civil wird ein ähnlicher Maßstab angewendet.[817] Erforderlich ist zum einen die tatsächliche Kenntnis über eine entscheidende Information. Dies wird subjektiv zu ermitteln sein. Zudem ist vorausgesetzt, dass die andere Partei berechtigterweise nicht über die Information verfügte. Wiederum stellt diese *ignorance légitime* auf die Unmöglichkeit des Informationszugangs und auf das Vertrauen gegenüber der anderen Partei ab (Art. 1112-1 Abs. 1 Code civil) und bringt also einen objektiven Prüfungsmaßstab mit sich.

Neben einer Pflichtverletzung und einem Schaden ist nach deutschem Recht weiter erforderlich, dass Kausalität zwischen den beiden Voraussetzungen besteht. Der Geschädigte muss beweisen, dass ohne die Pflichtverletzung der Schaden nicht eingetreten wäre.[818] In Frankreich hat dieses Problem einige Fragen aufgeworfen, insbesondere für den Umfang des Schadensanspruchs.[819] Die deutsche Lösung liegt darin, eine Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens aufzustellen. Demnach wird vermutet, „dass sich der Anleger bei ordnungsgemäßer Aufklärung aufklärungsrichtig (d. h. objektiv vernünftig) verhalten hat".[820] Nach der Rechtsprechung spielt die Vermutung auch dann eine Rolle, wenn der Handelnde mehrere Handlungsalternativen hatte, sogar auch bei Entscheidungskonflikten.[821] Unklarheiten bei der Ermittlung des Verhaltens bei pflichtgemäßer Aufklärung gehen somit zulasten des Aufklärungspflichtigen. Diese Rechtsprechung ist nicht unumstritten,[822] allerdings ist aufgrund des Ausgleichsinteresses und des Präventionsgedankens die Anwendung der Vermutung zu bevorzugen.[823] Die Verwendung einer Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens führt dazu, dass die Kausalitätsfragen für den Schadensersatzanspruch im deutschen Recht entschärft sind.

Könnte eine solche Vermutung im französischen Recht übernommen werden? Die Beweisregel des Art. 1112-1 Abs. 4 Code civil spricht nicht notwendigerweise da-

[814] BGH, Urteil vom 12. November 1969 – I ZR 93/67 = NJW 1970, 653, 655; BGH, Urteil vom 24. Mai 1993 –II ZR 136/92 = NJW 1993, 2107; BGH, Urteil vom 19. Mai 2006 – V ZR 264/05 = NJW 2006, 3139; BGH, Urteil vom 1. Februar 2013 – V ZR 72/11 = NJW 2013, 1807, Rn. 8; NK-BGB/*Becker* BGB § 311 Rn. 75a; BeckOK BGB/*Sutschet* BGB § 311 Rn. 74.
[815] NK-BGB/*Becker* BGB § 311 Rn. 75c; BeckOK BGB/*Sutschet* BGB § 311 Rn. 74.
[816] Staudinger/*Feldmann* BGB § 311 Rn. 124; NK-BGB/*Becker* BGB § 311 Rn. 75a ff.
[817] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 186 f.
[818] BeckOGK/*Herresthal* BGB § 311 Rn. 456.
[819] Siehe Kapitel 2 § 5 I B 1 c) (1).
[820] BeckOGK/*Herresthal* BGB § 311 Rn. 457.
[821] BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 – XI ZR 262/10 = NJW 2012, 2427, 2429 f.; BGH, Urteil vom 15. Juli 2014 – XI ZR 418/13 = NJW 2014, 2951, 2953; BGH, Urteil vom 26. Februar 2013 – XI ZR 498/11 = NJW 2013, 1801 f.; *Schwab,* NJW 2012, 3274; Staudinger/*Feldmann* BGB § 311 Rn. 172.
[822] BeckOGK/*Herresthal* BGB § 311 Rn. 459.
[823] *Canaris*, FS Hadding 2004, S. 3, 21 ff.

gegen. Hier heißt es, dass derjenige, der behauptet, ihm sei eine Information geschuldet, beweisen muss, dass die andere Partei sie ihm tatsächlich schuldete, während umgekehrt die andere Partei die Erteilung der geschuldeten Information beweisen muss. Der Gesetzgeber hat allerdings nicht geregelt, dass der Informationsgläubiger zusätzlich nachweisen muss, dass er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung dementsprechend verhandeln hätte. Die Anwendung der Vermutung könnte ermöglichen, den Kausalitätsnachweis und dessen Schwierigkeiten bei der *perte de chance* zu überwinden, sodass sich der Hauptkritikpunkt der Lehre erübrigte. Das würde allerdings nicht dazu führen, den Gesamtschaden zu ersetzen. Denn die *perte de chance* umfasst nur einen Teilschaden.[824] Infolgedessen würde die Übernahme der Vermutung aufklärungspflichtigen Verhaltens im französischen Recht nur dazu beitragen, das Problem des Kausalitätsnachweis der *perte de chance* zu beheben, nicht allerdings dem Opfer einen umfangreichen Schadensersatzanspruch zu gewähren.

b) Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Informationspflicht

Wie im französischen Recht kann der Geschädigte Schadensersatz gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB verlangen. Allerdings existiert hier ein wesentlicher Unterschied. Wie oben schon gesehen, ist Art. 1112-1 Code civil deliktischer Natur.[825] Im französischen Recht sind die Ansprüche nach Vertrags- und Deliktsrecht stark getrennt. Im deutschen Recht weist die *culpa in contrahendo* eine vertragsähnliche Natur auf, sodass der Anspruchsgläubiger im Rahmen des Schadensersatzes als Rechtsfolge auch Einwirkungen auf dem Vertrag verlangen kann. Insbesondere kann der Geschädigte im Rahmen der *culpa in contrahendo* die Rückabwicklung des Vertrages als Vertrauensschaden verlangen, [826] und dies sogar unabhängig davon, ob ein Vermögensschaden entstanden ist.[827] Denn auch geschützt ist das Dispositionsinteresse.[828] Im Gegensatz zum französischen Verständnis wird nach dem deutschen Recht bei Verstoß gegen die Informationspflicht der gesamte Vertrag als Schaden gesehen, und nicht nur die *perte de chance*, den Schaden zu vermeiden.

Weiterhin wird im französischen Recht danach unterschieden, ob der Vertrag angefochten wurde oder nicht.[829] Wurde der Vertrag angefochten, werden grundsätzlich zwei Schadensposten ersetzt: die vergeblichen Aufwendungen und die *perte de chance,* den Vertrag mit einem Dritten abzuschließen, soweit der mögliche Abschluss bestimmt genug ist. Entscheidet hingegen der Getäuschte, den Vertrag bestehen zu lassen, wird als Schadensposten lediglich die *perte de chance*, einen Vertrag zu günstigeren Bedingungen abzuschließen, ersetzt. Im Ergebnis kommt das

[824] Siehe oben Kapitel 2 § 5 I B 1 c) (1).
[825] Siehe oben Kapitel 2 § 4 II B 1 a).
[826] NK-BGB/*Becker* BGB § 311 Rn. 83; Staudinger/*Feldmann* BGB § 311 Rn. 177.
[827] NK-BGB/*Becker* BGB § 311 Rn. 83; Staudinger/*Feldmann* BGB § 311 Rn. 178.
[828] NK-BGB/*Becker* BGB § 311 Rn. 53.
[829] Dazu *Jourdain*, RTD civ. 2012, 732; *Fages,* RTD civ. 2012, 725.

einer Preisminderung gleich.[830] Die deutsche Rechtslage ist in diesem Zusammenhang ähnlich. Zum Vertrauensschaden gehören die vergeblichen Aufwendungen, sowie der entgangene Gewinn nach § 252 BGB, soweit der Geschädigte bei ordnungsgemäßen Aufklärung mit dem anderen Vertragspartner oder einem Dritten einen für ihn günstigeren Vertrag abgeschlossen hätte.[831] Auch ist es ihm möglich, einen „(Rest)vertrauensschaden" zu verlangen.[832] Es handelt sich dabei um den Betrag, „um den der Geschädigte den Kaufgegenstand zu teuer erworben hat".[833]

Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Geschädigte sogar das Erfüllungsinteresse gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 BGB verlangen, wenn das Geschäft ohne die *culpa in contrahendo* mit dem vom Geschädigten erstrebten Inhalt wirksam zustande gekommen wäre oder wenn dies der Schutzzweck der verletzten Pflicht gebietet.[834] Dies wäre nach französischem Verständnis, das die Rechtsprechung im Fall *Manoukian*[835] zum Ausdruck brachte und heute in Art. 1112-1 Abs. 6 Code civil kodifiziert ist, nicht möglich.[836]

Zusammenfassend ermöglicht das deutsche Recht dem Geschädigten eine breitere Auswahl an Schadensposten. Zudem erleichtert die deutsche Rechtsprechung den Kausalitätsnachweis, sodass sich der Anspruchsgläubiger in einer stärkeren Position als im französischen Recht befindet.

Nicht nur der Verstoß gegen eine vorvertragliche Informationspflicht kann zur Schadensersatzpflicht führen. Auch die Verletzung einer Vertraulichkeitspflicht kann einen Anspruch begründen. Denn wenn ein Vertragspartner verpflichtet ist, Informationen zu liefern, darf er auch erwarten, dass sie geheim bleiben. Die Reichweite der vorvertraglichen Informationspflicht ist somit für den Schutz der veröffentlichten Daten ausschlaggebend.

II. Die Schaffung einer Vertraulichkeitspflicht, Art. 1112-2 Code civil

Während sich die untersuchten Rechtsquellen für die Kundgabe von Informationen nicht einig waren, stimmen sie für die Verschwiegenheitspflicht im Wesentlichen überein. Weil allerdings Informations- und Vertraulichkeitspflicht im Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen, ist es fraglich, woran sich der französische Gesetzgeber für die Schaffung von Art. 1112-2 Code civil orientiert hat (B.). Vor der

---

[830] *Jourdain*, RTD civ. 2012, 732.
[831] MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 213; Staudinger/*Feldmann* BGB § 311 Rn. 180.
[832] Früher auch „minderungsähnlicher Schadenersatz" genannt. Allerdings sehr streitig vgl. NK-BGB/*Becker* BGB § 311 Rn. 85 ff.
[833] BGH, Urteil vom 25. Mai 1977 – VIII ZR 186/75 = NJW 1977, 1536; BGH, Urteil vom 8. Dezember 1988 – VII ZR 83/88 = NJW 1989, 1793, 1794; BGH, Urteil vom 12. Oktober 1993 – X ZR 65/92 = NJW 1994, 663; BGH, Urteil vom 6. April 2001 – V ZR 394/99 = NJW 2001, 2875, 2876 f.; BGH, Urteil vom 19. Mai 2006 – V ZR 264/05 = NJW 2006, 3139, 3141 f.
[834] BGH, Urteil vom 24. Juni 1998 – XII ZR 126/96 = NJW 1998, 2900; BGH, Urteil vom 6. April 2001 – V ZR 394/99 = NJW 2001, 2875; Palandt/*Grüneberg* BGB § 311 Rn. 56; BeckOK BGB/*Lorenz* BGB § 280 Rn. 51.
[835] Siehe dazu Kapitel 2 § 4 II A 2.
[836] *Jourdain*, RTD civ. 2012, 732.

Reform verfügte das französische Recht über eine ungeschriebene, von der Rechtsprechung entwickelte Pflicht (A.). Betroffen sind alle während der Verhandlungen ausgetauschten Informationen, die nicht veröffentlicht werden dürfen.[837]

A. Die Rechtslage in Frankreich vor der Reform

Wie allgemein für die vorvertragliche Phase gab es im Code civil von 1804 auch für die Vertraulichkeitspflicht in den Vertragsverhandlungen keine Vorschrift. Einige besondere Normen waren vorhanden.[838] Allerdings hatten sie einen sowohl persönlich als auch sachlich engen Anwendungsbereich, sodass der Schutz nicht den Umfang hatte, der nötig war.[839] Denn oft werden während der Vertragsverhandlungen wichtige Informationen ausgetauscht, um die Ernsthaftigkeit der Vertragsverhandlungen zu verdeutlichen und den Bedarf an Information zu befriedigen. Die Balance zwischen Transparenz und Vertraulichkeit in den Vertragsverhandlungen ist schwer zu finden, jedoch erforderlich, um reibungslose Vertragsverhandlungen zu führen und einen möglichst sicheren Vertragsabschluss zu gewährleisten.[840]

Vor der Reform unterlag die Vertraulichkeitspflicht sowohl der Vertragsfreiheit als auch dem Grundsatz von Treu und Glauben.[841] Die Verhandlungsparteien waren frei, eine Vertraulichkeitsklausel zu vereinbaren. Wenn die ausgetauschten Informationen besonders vertraulich waren, wurde sogar der Abschluss eines Vorvertrags bevorzugt, bei dessen Verletzung die vertragliche Haftung einschlägig war.[842] Bei fehlender vertraglicher Klausel wurde der Grundsatz von Treu und Glauben herangezogen, um eine Vertraulichkeitspflicht zu begründen, sog. *obligation de réserve et de discrétion.*[843] Die Rechtsprechung hat sich allerdings häufiger auf die Regeln des unlauteren Wettbewerbs gestützt.[844] Auf Grundlage von Art. 1382 Code civil aF konnte somit derjenige geschützt werden, der „sich nicht auf ein absolutes Recht berufen kann".[845] Die Voraussetzungen für die Haftung aus unlauterem Wettbewerb stimmten im Wesentlichen mit den allgemeinen Voraussetzungen zu

[837] *Huet/Dupuis-Tubol,* Violation de la confidentialité des négociations, in Formation of contracts and precontractual liability, ICC, S. 241 f.
[838] Zum Beispiel Art. L. 226-1 Code pénal, Art. L. 1227-1 Code du travail.
[839] *Jaouen,* AJCA 2016, 275ff.
[840] *Le Tourneau,* Chapitre 3112 – Contrat et période précontractuelle, in: Droit de la responsabilité et des contrats, Section 3112.71; *Jaouen,* AJCA 2016, 275 ff.
[841] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 191; *Le Tourneau,* Chapitre 3112 – Contrat et période précontractuelle, in: Droit de la responsabilité et des contrats, Section 3112.71; *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art. 1112-2.
[842] *Le Tourneau,* Chapitre 3112 – Contrat et période précontractuelle, in: Droit de la responsabilité et des contrats, Section 3112.71; *Jaouen,* AJCA 2016, 275 ff. Zu den Vorteilen der vertraglichen Haftung siehe *Huet/Dupuis-Tubol,* Violation de la confidentialité des négociations, in Formation of contracts and precontractual liability, ICC, S. 253 ff.
[843] Cour d'appel de Paris, 1. Februar 1989, D. 1990, 292; *Hassler,* D. 1990, 292.
[844] Chambre commerciale, 3. Oktober 1978, Nr. 77-10.915, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale, Nr. 208, S. 176; Chambre commerciale, 3. Juni 1986, Nr. 84-16.971, Bull. civ. IV, Nr. 110, S. 94; 1ère Civile, 5. Juli 2006, Nr. 05-12.193, Bull. civ. I, Nr. 360, S. 309.
[845] „Celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif", Chambre commerciale, 18. Januar 1982, Nr. 81-10.013, Bulletin des arrêts Cour de cassation Chambre commerciale, Nr. 19.

Art. 1382 Code civil aF überein[846] und mussten nur leicht angepasst werden.[847] Erforderlich war, dass während der Vertragsverhandlungen eine Partei Informationen erhält, die sie zuvor nicht besaß, dass diese Informationen wertvoll sind und dass die Partei durch deren Verwendung zu ihren Gunsten das Vertrauen der anderen Partei missbraucht.[848] Zudem mussten die Informationen einen geheimen und originalen Charakter haben.[849] Damit war gemeint, dass die Informationen nicht leicht zugänglich sind und dass sie eine „schöpferische Leistung [aufweisen], die den Eindruck der Persönlichkeit widerspiegelt."[850]

Ob die Vertragsverhandlungen erfolgreich waren und ein Vertragsschluss stattfand, war unbeachtlich.[851] Mit Art. 1112-2 Code civil erhält nun die Vertraulichkeitspflicht eine gesetzliche Grundlage und begründet eine allgemeine Pflicht für jede Vertragsverhandlung.

B. Die französische Rechtslage nach der Reform im Rechtsvergleich

Der Einfluss der europäischen und internationalen Regelwerke kann hier nicht geleugnet werden (1.). Von Interesse ist auch der Rechtsvergleich mit der Vertraulichkeitspflicht im deutschen Recht (2.).

1. Einfluss der europäischen und internationalen Regelwerke auf die Entstehung des Art. 1112-2 Code civil

Die Einführung einer Vertraulichkeitspflicht ist ursprünglich auf das Reformprojekt *Terré* zurückzuführen (a)). Der *rapport* an den Präsidenten gesteht zu, dass sich der Reformgeber bei der Erarbeitung des Art. 1112-2 Code civil von den europäischen und internationalen Regelwerken hat inspirieren lassen.[852] Die Vorschriften in den Regelwerken über die Vertraulichkeitspflicht verwenden sehr ähnliche Formulierungen[853], sodass man von einem *general principle of law*[854] sprechen kann.

Inwiefern Art. 1112-2 Code civil mit den Regelwerken übereinstimmt, wird in einem zweiten Schritt untersucht (b)).

a) Der Einfluss des Reformprojekts *Terré*

Im Gegensatz zu dem Reformprojekt *Catala* bestanden die Bearbeiter des Projekts *Terré* auf der Einführung einer Vertraulichkeitspflicht in dem Abschnitt über die

---

[846] *Faute,* Schaden und Kausalität. Siehe dazu *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 696 ff.
[847] Dazu *Huet/Dupuis-Tubol,* Violation de la confidentialité des négociations, in Formation of contracts and precontractual liability, ICC, S. 245 ff.
[848] *Huet/Dupuis-Tubol,* Violation de la confidentialité des négociations, in Formation of contracts and precontractual liability, ICC, S. 247.
[849] *Pollaud-Dulian,* RTD com. 2007, 79; *Huet/Dupuis-Tubol,* Violation de la confidentialité des négociations, in Formation of contracts and precontractual liability, ICC, S. 246 f.
[850] *Pollaud-Dulian,* RTD com. 2007, 79.
[851] Chambre commerciale, 3. Juni 1986, Nr. 84-16.971, Bull. civ. IV, Nr. 110, S. 94.
[852] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[853] Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Art. 2:302 Rn. 2.
[854] Commentary on PICC/*Rios*, Art. 2.1.16 Rn. 1.

Vertragsverhandlungen. Das Projekt stützt sich dabei ausdrücklich auf die UPICC, die PECL und den Gandolfi-Code.[855] Art. 25 des Reformprojekts lautet :

> „Indépendamment de toute rupture, l'utilisation non autorisée d'une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations ouvre droit à réparation dans les conditions du droit commun de la responsabilité délictuelle."[856]

Drei Elemente sind hervorzuheben. Zunächst ist zu beachten, dass Art. 25 des Reformprojekts *Terré* nur die Verwendung von Informationen betrifft. Nicht umfasst ist somit ihre Verbreitung, obwohl alle Regelwerke auch diese zweite Möglichkeit in ihren Vorschriften regeln.[857] Hier wurde ein Regelungsmangel gesehen, den die Reform gerade beheben sollte.[858] Warum sich die Bearbeiter des Reformprojekts auf die Verwendung von vertraulichen Informationen beschränkten, wird in den Aufsätzen zu dem Reformprojekt nicht erläutert.

Zweitens setzt Art. 25 Reformprojekt *Terré* die bisherige Rechtsprechung fort, indem präzisiert wird, dass die Vertraulichkeitspflicht unabhängig vom Abbruch von Vertragsverhandlungen oder dem Abschluss des Vertrages bestehen bleibt.[859] Der Einfluss der Regelwerke, insbesondere der Art. 2.1.16 UPICC, Art. 2:302 PECL, ist hier spürbar.

Letztlich stellt Art. 25 Reformprojekt *Terré* klar, dass bei Verstoß gegen die Vertraulichkeitspflicht die Haftung deliktischer Natur ist. Dies gilt allerdings nur, wenn kein Vorvertrag abgeschlossen und keine vertragliche Klausel vereinbart wurde. Denn in diesem Fall wäre die Haftung unstreitig vertraglicher Natur. Die Frage nach dem Umfang des Schadensersatzes hatte den Bearbeitern einige Schwierigkeiten auferlegt. Die UPICC, die PECL und der Gandolfi-Code sehen nämlich vor, den entstandenen Schaden zu ersetzen und eine Entschädigung für die aus der unberechtigten Nutzung der vertraulichen Informationen erzielte Bereicherung zu zahlen (Art. 8 Abs. 2 Gandolfi-Code, Art. 2:302 PECL; Art. 2.1.16 UPICC). Laut den Bearbeitern des Reformprojekts käme ein solcher Anspruch den *punitive damages* gleich, die dem französischen Recht fremd sind.[860] Die Arbeitsgruppe *Terré* wollte keine Besonderheit für den Verstoß gegen die Vertraulichkeitspflicht aufstellen und entschied sich somit gegen die Lösung der Regelwerke, ließ allerdings die Debatte über die Einführung von *punitive damages* im französischen Recht offen.[861]

---

[855] *Aubert de Vincelles*, Le processus de conclusion du contrat, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 119, 137 f. Warum allerdings nicht auf den DCFR, ist unklar.
[856] Übersetzung: Ungeachtet jeglichen Abbruchs begründet die unbefugte Verwendung vertraulicher Informationen, die im Rahmen der Verhandlungen erlangt wurden, das Recht auf Schadensersatz unter den Voraussetzungen des allgemeinen Deliktsrechts.
[857] Siehe Kapitel 2 § 5 II B 1 b) (3).
[858] So Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[859] Vgl. chambre commerciale, 3. Juni 1986, Nr. 84-16.971, Bull. civ. IV, Nr. 110, S. 94.
[860] Wobei es sich um das Rechtsinstitut der *restitution* handelt. *Aubert de Vincelles*, Le processus de conclusion du contrat, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 119, 138.
[861] *Aubert de Vincelles*, Le processus de conclusion du contrat, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 119, 138.

b) Art. 1112-2 Code civil im Vergleich zu den europäischen und internationalen Regelwerken

Art. 1112-2 Code civil lautet :

> „Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun."[862]

Die Formulierung klingt bekannt: Es besteht – zumindest formell – betrachtet eine gewisse Ähnlichkeit zu Art. 25 des Reformprojekts *Terré* und zu den europäischen und internationalen Regelwerken. Allerdings stellt sich eine Frage: Handelt es sich um eine *obligation* oder *devoir*?

Die Regelwerke stimmen in dieser Hinsicht nicht durchwegs miteinander überein.[863] Denn bis auf den Gandolfi-Code ist in alle Regelwerke von einer *duty of confidentiality* die Rede. Der Gandolfi-Code spricht hingegen von einer *obligation*.[864] Das Reformprojekt *Terré* lässt die Frage offen.[865] Während die bisherige französische Rechtsprechung von einer *obligation de discrétion et de réserve* ausgegangen ist, ist unklar, ob Art. 1112-2 Code civil den Parteien eine *duty* oder eine *obligation* auferlegt. Beide Formulierungen werden nämlich verwendet.[866] Nach den erörterten Unterscheidungskriterien spricht hier viel dafür, einen *devoir de confidentialité* anzunehmen. Bevor ein Verstoß begangen worden ist, besteht kein vollziehbarer Anspruch. Es bleibt dennoch abzuwarten, ob sich die Rechtspraxis auf die Zugrundelegung eines einzigen Begriffs einigen kann.

(1) Zeitlicher und persönlicher Rahmen der Erlangung vertraulicher Informationen

Der Anwendungsbereich des Art. 1112-2 Code civil ist relativ einfach zu bestimmen. Der persönliche Anwendungsbereich umfasst zum einen jede Verhandlungspartei. Dazu kommen noch die Personen, die in die Vertragsverhandlungen notwendigerweise involviert sind, ohne selbst Verhandlungspartei zu sein, zum Beispiel Protokollführer, Mediatoren, Experten.[867]

Für den zeitlichen Anwendungsbereich gibt es eine Begrenzung: Die vertrauliche Information muss während der Vertragsverhandlungen erhalten worden sein. Nicht übernommen wurde die Präzisierung zu dem fehlenden Erfordernis eines Vertragsabschlusses. Hier ist ein Unterschied zu den Regelwerken festzustellen: Bis auf den

---

[862] Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 258: „Derjenige, der ohne Erlaubnis eine vertrauliche Information, die er anlässlich der Verhandlungen erhalten hat, nutzt oder preisgibt, haftet nach den allgemeinen Vorschriften."
[863] Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Art. 2:302 Rn. 2.
[864] Zu der Unterscheidung *Fauvarque-Cosson/Racine/Mazeaud, et al.,* European Contract Law, S. 39 ff.; Kapitel 2 § 4 I B 3.
[865] In der Kommentierung zu Art. 25 Reformprojekt *Terré* wird von einer *obligation* gesprochen, *Aubert de Vincelles*, Le processus de conclusion du contrat, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 119, 137 f. Allerdings wird in Art. 25 selbst nichts gesagt.
[866] Eindeutig zB *Le Tourneau/Poumarède,* Bonne foi, Section 2, Rn. 49.
[867] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 192.

Gandolfi-Code wird in jedem Regelwerk ergänzt, dass die Vertraulichkeitspflicht unabhängig von einem Vertragsabschluss besteht.[868] Der französische Gesetzgeber wollte dabei erreichen, dass Art. 1112-2 Code civil nicht nur eine Ausprägung des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen ist, sondern vielmehr eine autonome Pflicht darstellt.[869]

In diesem Zusammenhang stimmt die französische Vorschrift grundsätzlich mit den europäischen und internationalen Regelwerken überein.

(2) Definition der „vertraulichen Information"

Problematischer erscheint die Bestimmung der vertraulichen Informationen. Weder in Art. 25 Reformprojekt *Terré* noch in Art. 1112-2 Code civil ist eine Definition zu finden. Am einfachsten liegen die Dinge natürlich, wenn die Parteien selbst die ausgetauschten Informationen für vertraulich erklären. Wenn sie sich darauf hingegen nicht geeinigt haben, ist es die Aufgabe des Richters im Streitfall zu entscheiden.

Art. 1112-2 Code civil könnte insoweit in Anlehnung an die europäischen und internationalen Regelwerke ausgelegt werden. Die Regelwerke gehen von einer punktuellen – sogar stillschweigenden[870] – Vertraulichkeitspflicht aus. Ob eine vertrauliche Information besteht, entscheidet sich demnach im Einzelfall. Art. II.-3:302 (2) DCFR bestimmt:

> "In this Article, ‚confidential information' means information which, either from its nature or the circumstances in which it was obtained, the party receiving the information knows or could reasonably be expected to know is confidential to the other party."

Der Gandolfi-Code gibt hingegen keine Hinweise. Die UPICC und die PECL folgen eher einer objektiven Bestimmung und somit der Spur des DCFR. Beide stellen nämlich auf die Natur und den Zweck des Vertrages, die Stellung und Erwartungen der Parteien ab.[871]

Um einen engen Bezug zu den europäischen und internationalen Regelwerken herzustellen, könnte der Richter eine ähnliche Herangehensweise anwenden, um die Vertraulichkeit zu bestimmen. Dies wäre deswegen von Vorteil, weil ein fester Rahmen festgelegt wäre, an dem sich der Richter orientieren könnte. Allerdings könnte ein solches Verständnis von „vertraulicher Information" die nach Art. 1112-1 Code civil zu Preisgabe von Information verpflichtete Partei nicht ausreichend von ihrer anschließenden Verbreitung schützen. Denn Art. 1112-1 Code civil erlegt

[868] Art. 2:302 S. 1 PECL; Art. 2.1.16 S. 1 UPICC; Art. II.-3:302 (1) DCFR.
[869] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 191.
[870] Comment B, Art. 2:302 PECL; Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Art. 2:302 Rn. 10.
[871] Comment B, Art. 2:302 PECL; Comment 2, Art. 2.1.16 UPICC; Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Art. 2:302 Rn. 10; Commentary on PICC/*Rios,* Art. 2.1.16 Rn. 12.

den Parteien eine allgemeine vorvertragliche Informationspflicht auf, ohne Rücksicht darauf, ob die Information vertraulich ist oder nicht.[872] Infolgedessen würde eine solche Auslegung dazu führen, dass der Informationsverpflichtete ohne jeglichen Schutz vor Verbreitung oder Verwendung seine wichtigsten Geheimnisse mitteilen müsste. Wenn die Parteien schon von Gesetzes wegen verpflichtet sind, wichtige Informationen zu offenbaren, können sie im Gegenzug erwarten, dass die andere Partei sie nicht ohne Erlaubnis verbreitet.[873]

Eine andere mögliche Auslegung des Art. 1112-2 Code civil wäre es, die Vertragsverhandlungen an sich für vertraulich zu erklären. Infolgedessen würde jede ausgetauschte Information während der Vertragsverhandlungen unter den Schutz der Vertraulichkeitspflicht fallen. Diese Auslegung stünde im Einklang mit der vorvertraglichen Informationspflicht aus Art. 1112-1 Code civil. Allerdings würde sie eine Vermutung der Vertraulichkeit aufstellen und somit zu einem äußerst weitgehenden sachlichen Anwendungsbereich führen.[874] Zudem deckt sich diese Interpretation nicht mit den europäischen und internationalen Regelwerken. In den offiziellen Kommentaren wird nämlich betont, dass die Parteien nicht davon ausgehen müssen, dass die ausgetauschten Informationen vertraulich sind.[875]

Zu beachten ist jedoch, dass die UPICC und die PECL keine allgemeine Informationspflicht kennen.[876] Dementsprechend ist es nicht möglich, der Auslegung der europäischen und internationalen Regelwerke zu folgen, ohne der Gesetzessystematik zu widersprechen und eine Schutzlücke entstehen zu lassen. Die künftige Rechtsprechung bleibt abzuwarten, wobei es nicht überraschend wäre, wenn ein weites Verständnis von „vertraulichen Informationen“ angenommen würde, um einen Widerspruch zu vermeiden.

(3) Die Konkretisierung des Verstoßes

Es war dem Gesetzgeber besonders wichtig, zwischen zwei Handlungsmöglichkeiten zu unterscheiden.[877] Deshalb folgte er in diesem Punkt nicht dem Vorschlag des Reformprojekts *Terré* und fügte eine zusätzliche taugliche Handlung hinzu, mit der die Vertraulichkeitspflicht verletzt werden kann. Art. 1112-2 Code civil nennt somit zum einen „celui qui utilise“ und zum anderen „celui qui divulgue“, die Verwendung und die Preisgabe oder Verbreitung werden also als taugliche Handlungen gesehen. Wo der Unterschied genau liegt, wird nicht in Art. 1112-2 Code civil geklärt. Der Unterschied könnte darin zu sehen sein, dass die *divulgation* oder Verbreitung das Mitspielen eines Dritten voraussetzt. Hingegen muss die Verwendung

[872] Siehe Kapitel 2 § 5 I B 1.
[873] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 193; *Jaouen,* AJCA 2016, 275 ff.
[874] Dagegen *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art. 1112-2.
[875] Comment 1, Art. 2.1.6 UPICC; Comment 1, Art. II.-3:302 DCFR; Comment A, Art. 2: 302 PECL.
[876] Siehe Kapitel 2 § 5 I B 2 a).
[877] Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

der Information nicht notwendigerweise einen Dritte miteinbeziehen, sondern sie kann auf anderer Weise erfolgen.[878]

Mit der Ausnahme des Gandolfi-Code trennen auch die anderen Regelwerke zwischen den beiden Handlungen: der „duty not to disclose" einerseits und der „use for own purposes" (PECL, DCFR) oder „improper use for own purposes" (UPICC) andererseits. In der Literatur besteht Einigkeit darüber, dass

> „disclosure comprises all forms of deliberate or negligent communication of the information by any means."[879]

Dies entspricht dem französischen Verständnis von *divulgation*.

Die Behandlung der zweiten möglichen Handlung ist schwieriger.[880] Was genau unter „improper" zu verstehen ist, findet sich in der offiziellen Kommentierung nicht näher erläutert, was in der Literatur kritisiert wird. Um die Bestimmung zu konkretisieren, nahm die Literatur nationale Gerichtsentscheidungen ins Visier.[881] Der Unterschied zwischen beiden Handlungsmöglichkeiten wurde darin gesehen, dass durch die *Nutzung* der anvertrauten Information ein direkter und eigener Vorteil entsteht, der, entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben, den Interessen des Informanten widerspricht.[882]

Dass ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben festgestellt werden muss, stimmt mit der französischen Formulierung überein. Denn die Vertraulichkeitspflicht stellt einen besonderen Ausdruck dieses Grundsatzes dar.[883] Allerdings setzt die französische Vorschrift nicht voraus, dass die Verwendung der anvertrauten Information zum eigenen Nutzen erfolgen muss. Lediglich ist erforderlich, dass die Information ohne Erlaubnis – zu eigenen wie auch zu fremden Zwecken – verwendet wird. Während also in den Regelwerken der Tatbestand der Nutzung *lex specialis* zur Verbreitung ist, ist das Verhältnis zwischen den Handlungsmöglichkeiten aus französischer Sicht genau umgekehrt. Diese Feststellung wird vom Wortlaut der betroffenen Vorschriften unterstützt: Die Regelwerke listen zuerst den Tatbestand der Verbreitung auf und erst im zweiten Schritt der Nutzung. In Art. 1112-2 Code civil folgt die *divulgation* der *utilisation.* Daraus ergibt sich also, dass im Fall der Nutzung einer Information zu fremden Nutzen eine unterschiedliche Subsumtion zwischen den Regelwerken und der französischen Vorschrift stattfinden kann. Erstere werden womöglich darin eine *divulgation* sehen, während letztere eine *utilisation.* Die Rechtsfolgen bleiben jedoch für beide Handlungsmöglichkeiten gleich.

---

[878] In diesem Sinne *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 194.
[879] Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Art. 2:302 Rn. 12.
[880] Zum Folgenden Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Art. 2:302 Rn. 13; Commentary on PICC/*Rios,* Art. 2.1.16 Rn. 17.
[881] Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Art. 2:302 Rn. 13 nimmt Bezug auf: *Seager v Copydex Ltd* [1967] 2 All ER 415; OGH 4 Ob 166/93 (22. März 1994) 552; 1ére Civile, 13. Mai 2014, Nr. 12-25.900, Bull. civ. I, Nr. 85.
[882] Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Art. 2:302 Rn. 13.
[883] Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Art. 2:302 Rn. 8; Commentary on PICC/*Rios*, Art. 2.1.16 Rn. 1; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 191.

(4) Rechtsfolgen

Gemäß Art. 1112-2 Code civil haftet derjenige bei Verstoß gegen die Vertraulichkeitspflicht durch Verwendung oder Verbreitung einer vertraulichen Information „dans les conditions du droit commun“. Somit ist die außervertragliche Haftung grundsätzlich einschlägig, es sei denn, dass die Parteien einen Vorvertrag abgeschlossen haben.[884] Welche Rechtsnatur die vorvertragliche Vertraulichkeitspflicht in den Regelwerken aufweist, ist nicht geklärt.[885]

Zu beachten ist, dass die Verbreitung und die Verwendung an sich schon ausreichen, um eine *faute* zu begründen. Ansonsten bleiben wie immer Schaden und Kausalität zwischen Vertraulichkeitspflichtverletzung und Schaden erforderlich. Genauso lauten die europäischen und internationalen Regelwerke.[886]

Problematisch ist allerdings die Bestimmung des Anspruchsumfangs. Da die Verwendung und/oder die Verbreitung der vertraulichen Information schon stattgefunden hat, kann der Schadensersatzanspruch nicht alle Folgen der Pflichtverletzung – zumindest nicht in natura – beseitigen.[887] Hierzu geben die europäischen und internationalen Regelwerke keine Hinweise. Um einen Abschreckungseffekt herzustellen, sehen die Regelwerke einen zusätzlichen ersetzbaren Schadensposten vor, nämlich die *restitution.*[888] Der französische Gesetzgeber ist jedoch der *Civil-law*-Tradition treu geblieben und hat in Übereinstimmung mit dem Vorschlag des Reformprojekts *Terré* diese Bestimmung nicht übernommen.

Zudem sieht Art. II.-3:302 (3) DCFR die Möglichkeit einer vorbeugenden Unterlassungsklage vor, wenn eine Partei vernünftigerweise einen Vertraulichkeitsbruch vermeiden will.[889] Denn laut offizieller Kommentierung ist im Fall eines möglichen Vertraulichkeitsbruchs Prävention oft wichtiger als Schadensersatz.[890]

---

[884] *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art. 1112-2 Code civil.
[885] Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Art. 2:302 Rn. 6; Commentary on PICC/*Rios*, Art. 2.1.16 Rn. 4.
[886] Comment 3, Art. 2.1.16 UPICC, Comment C, Art. II.-3:302 DCFR; Comment C, Art. 2:302 PECL; Commentaries on European Contract Laws/*Babusiaux*, Art. 2:302 Rn. 16.
[887] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 195.
[888] Siehe Kapitel 2 § 5 II B 1 a).
[889] Die *procédure de référé* hat in Frankreich sehr engen Voraussetzungen siehe Art. 145, 808 f. Code de la procédure civile. Auch wünschenswert für die UPICC siehe Commentary on PICC/*Rios,* Art. 2.1.16 Rn. 21.
[890] Comment C, Art. II.-3:302 DCFR.

2. Vergleich mit der Vertraulichkeitspflicht im deutschen Recht

Die Vertraulichkeits- oder Geheimhaltungspflicht im deutschen Recht[891] gehört zu den Rücksichtspflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB.[892] Demnach dürfen zur Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen Teils sensible Daten nicht an Dritten weitergegeben werden.[893] Ob eine solche Pflicht besteht, hängt vom Einzelfall ab, wobei die Rechtsprechung bestimmte Maßstäbe entwickelt hat. Als erste Voraussetzung muss eine Einflussmöglichkeit der einen Partei über Umstände bestehen. Weiterhin muss der Gegner im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung besonders schutzbedürftig sein. Die Schutzbedürftigkeit ergibt sich „aus den sonderverbindungsspezifischen Einwirkungsmöglichkeiten der einen bei gleichzeitig reduzierten Abwehrmöglichkeiten der anderen Seite".[894] Im Wege der Auslegung erlegt die Rechtsprechung den Parteien in besonderen Fällen somit eine Vertraulichkeitspflicht auf.[895]

In Deutschland wird also den Schwerpunkt auf die Schutzbedürftigkeit des Gegners gelegt, die eine abstrakte Voraussetzung ist, hingegen in Frankreich auf die „vertrauliche Information", die eine konkrete Voruassetzung ist. Die Verbreitung oder Verwendung vertraulicher Informationen reicht im deutschen Recht für sich genommen nicht aus. Vielmehr muss noch eine Interessenabwägung vorgenommen werden. Die Hürde für die Annahme der Vertraulichkeitspflicht ist dadurch in Deutschland höher als in Frankreich. Zudem ist das Zusammenspiel von Informations- und Vertraulichkeitspflicht ein anderes. Denn in Deutschland kann zugunsten der wissenden Partei die Interessenabwägung dazu führen, dass eine wichtige vertrauliche Information nicht mitgeteilt werden muss, sodass eine darauffolgende Vertraulichkeitspflicht nicht mehr notwendig ist.[896] Art. 1112-1 Code civil enthält hingegen keine Ausnahme, auch nicht für Geschäftsgeheimnisse. Infolgedessen ist Art. 1112-2 Code civil von großer Bedeutung, um die Balance wiederherzustellen.

Wenn eine Geheimhaltungspflicht angenommen wurde, begründet der Verstoß während der Vertragsverhandlungen einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 BGB. Diese Verletzung fällt unter das Rechtsinstitut der *culpa in contrahendo.* Für den Schadensersatzumfang kann hier auf die vorherigen

[891] Nicht behandelt wird hier die Umsetzung der Richtlinie 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-How und vertraulicher Geschäftsinformation in deutsches und französisches Recht. Denn in Frankreich wurde die Richtlinie im Code du commerce, und nicht im Code civil umgesetzt. Zum Thema siehe *Ann,* GRUR-Prax 2016, 465; *Schiller*, JCP 2016, Nr. 26, 746; *Roda,* D. 2018, 1318, Rn. 1 ff. Zur Debatte über die Folge der Richtlinie auf die Pressefreiheit siehe Dossier: Secret des affaires et contrat, AJ Contrat 2018, 407-418.
[892] MüKoBGB/*Bachmann* BGB § 241 Rn. 107; BeckOK BGB/*Sutschet* BGB § 241 Rn. 88; Staudinger/*Olzen* BGB § 241 Rn. 523; *Gsell,* Die Neuregelungen zu den Vertragsverhandlungen, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 31, 43.
[893] MüKoBGB/*Bachmann* BGB § 241 Rn. 107; Staudinger/*Olzen* BGB § 241 Rn. 487 f.; *Cartwright/Hesselink*, Case Nr. 12, S. 346.
[894] Zum Ganzen siehe Staudinger/*Olzen* BGB § 241 Rn. 495 ff.
[895] BGH, Urteil vom 24. Januar 2006 - XI ZR 384/03 = NJW 2006, 830.
[896] Siehe Kapitel 2 § 5 I B 3.

Ausführungen verwiesen werden:[897] Grundsätzlich wird der Vertrauensschaden ersetzt, womit deutsche und französische Rechtsordnungen übereinstimmen.

Einmal mehr zeigt sich, dass die deutschen Normen abstrakter formuliert sind und somit das Rechtsinstitut viele Fälle umfassen kann. Dadurch entstehen keine Schutzlücken. Das unterscheidet das deutsche Recht wesentlich von den französischen Vorschriften, die viel konkreter formuliert sind und damit einen spezifischeren Anwendungsbereich haben.[898] Die Schutzlücken werden im französischen Recht allerdings dadurch einigermaßen vermieden, dass ein Rückgriff auf Art. 1240 Code civil möglich bleibt, während nach deutschem Recht ein Rückgriff auf das Deliktsrecht grundsätzlich nur bei Vorsatz (§ 826 BGB) möglich ist.

[897] Siehe Kapitel 2 § 4 II B 4.
[898] Dazu siehe *Gsell,* Die Neuregelungen zu den Vertragsverhandlungen, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 31, 45 ff.

§ 6 Ergebnis und Zusammenfassung

Drei neue Vorschriften wurden durch die Reform zu dem vorvertraglichen Leistungsstörungsrecht eingeführt. Während die Ähnlichkeit des Art. 1112 Code civil mit den europäischen und internationalen Regelwerken eindeutig ist, lässt sich dies für die beiden anderen Vorschriften nicht leicht beurteilen.

Abgesehen von der schwierigen Frage der Rechtsnatur des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen stimmen die untersuchten Vorschriften in vielerlei Hinsicht überein. Dabei ist insbesondere die Nähe des französischen Rechts zum DCFR festzustellen. Zwar sind die französischen und deutschen Normen nicht gleich aufgebaut und in mancher Angelegenheit weit entfernt. Dennoch überwiegen die Ähnlichkeiten. Schon die Kodifizierung und gesetzliche Anerkennung des Rechtsinstituts stellen den ersten Schritt in Richtung der deutschen Rechtsordnung dar. Die regelungstechnischen Lösungswege sind zwar unterschiedlich, stimmen allerdings im Ergebnis miteinander überein. Der Einfluss Deutschlands mag geringer sein als jener der europäischen und internationalen Regelwerke. Es kann dennoch nicht geleugnet werden, dass auch die deutschen Regelungen bei der Entstehung des Art. 1112 Code civil eine Rolle gespielt haben.

Im Hinblick auf Art. 1112-1 Code civil zeigt das Ergebnis des Rechtsvergleiches, dass diese Regelung keiner der Vorschriften der Regelwerke ähnlich ist. Zwar weisen der Gandolfi-Code und der Code civil Gemeinsamkeiten auf. Auch kann eine gewisse Parallelität zu dem DCFR gefunden werden. Auf Tatbestandsebene stimmen die französische und deutsche vorvertragliche Informationspflicht im Wesentlichen überein. Allerdings fallen trotz einiger ähnlicher Schadensposten die Rechtsfolgen auseinander, was auf die unterschiedliche Rechtsnatur beider Vorschriften und auf die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens im deutschen Recht zurückzuführen ist. Die PECL und die UPICC konnten mangels Regelung zu der vorvertraglichen Informationspflichten nicht umfassend für den Rechtsvergleich herangezogen werden. Dass sich die untersuchten Rechtsquellen stark voneinander unterscheiden, verdeutlicht auch die fehlende Rechtsvereinheitlichung in dieser Frage. Es besteht also auf europäischer wie auch auf internationaler Ebene kein allgemeiner Konsens über die vorvertragliche Informationspflicht.

Dies könnte der Umstand erklären, dass in Art. 1112-1 Code civil die französische Rechtsprechung zu der Frage wiederzufinden ist. Weil ein europäischer und internationaler Grundsatz nicht vorhanden war, hat sich der Gesetzgeber in dieser Hinsicht für die Übernahme der ständigen Rechtsprechung entschieden. Die Rechtsprechung und die Literatur waren sich zudem vor der *ordonnance* einig, sodass kein weiterer Klärungsbedarf zu diesem Thema bestand und die Kodifizierung der Rechtsprechung stattfinden konnte.

Gleiches gilt für Art. 1112-2 Code civil. Zwar geht aus dem *rapport* hervor, dass die Inspirationsquelle in den internationalen und europäischen Regeln gesucht wurde. Obwohl die Regelungstechnik ähnlich ist, bemerkt man bei näherer Betrachtung, dass die Vorschriften nicht ganz übereinstimmen. Die Unterschiede sind auf

die Reichweite der vorvertraglichen Informationspflicht und auf die französische Rechtstradition zurückzuführen. Um die Kohärenz zwischen der vorvertraglichen Informationspflicht und der Vertraulichkeitspflicht zu gewährleisten, war der französische Gesetzgeber verpflichtet, sich von den untersuchten Regelwerken zu entfernen.

Kapitel 3: Das vertragliche Leistungsstörungsrecht bei Störung des vertraglichen Gleichgewichts – Art. 1195 Code Civil

1876 bis 2016: Es hat genau 140 Jahre gedauert, bis die *théorie de l'imprévision*[899] im französischen Zivilrecht anerkannt wurde. Nach jahrelangen Debatten ist es heute zur „innovation majeure de la réforme"[900] geworden.

Das Urteil im Fall *Canal de Craponne* im Jahre 1876[901] legte die Rechtsprechung für die nächsten Jahre fest: Eine richterliche Vertragsanpassung wegen veränderter Umstände sei nicht möglich. Die *théorie de l'imprévision* stelle nämlich eine unzulässige Ausnahme vom Grundsatz der Vertragsbindung dar. Der Grundsatz der Vertragsbindung hat eine besondere Bedeutung im französischen Recht: Ein Vertrag gilt nicht nur wie ein Gesetz zwischen den Vertragsparteien (Art. 1134 Abs. 1 aF, 1103 nF Code civil), auch sind Dritte – vor allem der Richter – von jeder Einmischung ausgeschlossen. Zudem ist der Vertrag nach Abschluss unantastbar. Als Symbol der Stabilität soll er unberührt bleiben. Diese besonderen Wirkungen eines Vertragsabschlusses erklären die Zurückhaltung Frankreichs gegenüber der einseitigen Änderung von Vertragsbestimmungen und der richterlichen Vertragsanpassung.

Da diese Rechtsauffassung bis zur *ordonnance* galt, hat sich Frankreich auf internationaler Ebene isoliert. Denn alle in dieser Arbeit zum Rechtsvergleich herangezogenen Rechtsquellen folgen einem weniger strengen Verständnis von Vertragsbindung und erlauben unter bestimmten Voraussetzungen einseitige Vertragsänderungen. Zudem kennen sie das Rechtsinstitut der *hardship* und verfügen über Regelungen hierzu (Art. 6.2.2 f. UPICC, Art. 6:111 PECL, Art. III.-1:110 DCFR, Art. 97 Abs. 1 Gandolfi-Code).

In Frankreich war man sich bewusst, dass die Anwendung der strengen Rechtsprechung zu Schwierigkeiten geführt hatte, wobei in der Lehre und in der Rechtsprechung viel darüber debattiert wurde, wie diese zu lösen waren. Für den Gesetzgeber war es eine einmalige Chance: Die Neuregelung der *théorie de l'imprévision* stellte sogleich deren Anerkennung im Zivilrecht dar. Das Rechtsinstitut musste somit in jeder Hinsicht neu geschaffen werden. Dabei konnte der Gesetzgeber zwar auf keine zivilrechtliche Rechtsprechung aus Frankreich zurückgreifen. Allerdings standen die Erfahrung Deutschlands sowie die UPICC, die PECL, der DCFR und Gandolfi-Code zur Verfügung.

Nach der Auseinandersetzung mit dem Grundsatz der Vertragsbindung und seiner Ausprägung (§ 7) folgt in einem zweiten Teil die Analyse seiner Ausnahme, die

[899] Der französische Rechtsbegriff ist nicht unumstritten, dazu *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 1.
[900] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[901] Civile, 6. März 1876, D. 1876.I.193 ff. Siehe dazu unten Kapitel 3 § 8 I A 1.

Theorie der Vertragsanpassung bei unvorhersehbarer Anderung der Umstände (§ 8).

§ 7 Der Grundsatz der Vertragsbindung und seine Ausprägungen, Art. 1103, 1193, 1194 Code civil

Pacta sunt servanda.[902] Mit dem Vertragsabschluss sind die Vertragsparteien gebunden und verpflichtet, den Vertrag einzuhalten (I.). Aus dem Grundsatz der Vertragsbindung folgen zwei Konsequenzen. Der Grundsatz führt zum einen dazu, dass nur die Vertragsparteien entscheiden können, den Vertrag zu verändern oder aufzulösen (II.), und zum anderen, dass der bindende und verpflichtende Vertragsinhalt bestimmt werden muss (III.).

I. Der Grundsatz der Vertragsbindung, Art. 1103 Code civil

Der Grundsatz der Vertragsbindung ist weltweit anerkannt, nur deren Verankerung in den jeweiligen Rechtsquellen ist unterschiedlich (A.). Der Ursprung des Grundsatzes bleibt hingegen unklar (B.).

A. Verankerung des Grundsatzes

1. Im französischen Recht, Art. 1103 Code civil

Vor der Reform des Vertragsrechts war der Grundsatz der Vertragsbindung in Art. 1134 Abs. 1 Code civil aF geregelt. Art. 1134 Code civil aF war eine der berühmtesten Normen des alten Code civil und lag vielen Franzosen besonders am Herzen, sodass die Reform des Code civil in dieser Hinsicht eine starke symbolische Wirkung mit sich brachte.[903] Die Vorschrift lautete :

„Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites."

Der neue Art. 1103 Code civil regelt mit ähnlichem Wortlaut die Vertragsbindung wie folgt:

„Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits."[904]

Der Grundsatz ist klar: Verträge müssen von den Vertragsparteien wie Gesetze beachtet werden.

Auf den ersten Blick scheint die Änderung nicht bedeutend zu sein: Eine andere Nummerierung und die Verwendung des Worts Vertrag – *contrat* – anstelle Vereinbarung – *convention.* Doch verändert die gesetzgeberische Entscheidung mehr als nur eine Zahl. Bei genauer Betrachtung werden zwei wichtige Konsequenzen dieser Modifizierung deutlich.

---

[902] Zur Herkunft dieses Satzes siehe *Stöhr,* AcP (214) 2014, 425, 439 ff.
[903] *Fabre-Magnan,* JCP 2008, Nr. 43, doctr. 199.
[904] Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 254: „Gesetzmäßig zustande gekommene Verträge haben für diejenigen, die sie geschlossen haben, die Wirkung von Gesetzen."

Zum einen wurde Art. 1103 Code civil im einleitenden Kapitel über die Grundprinzipien des Vertragsrechts eingeordnet. Er steht zwischen der Vertragsfreiheit (Art. 1102 Code civil)[905] und dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 1104 Code civil).[906] Art. 1134 Code civil aF stand seinerseits im Abschnitt zur Wirkung der Vereinbarung. Der Gesetzgeber hat überlegt, die neue Vorschrift in das Unterkapitel über die Vertragswirkung (und nicht über die Wirkung der Verpflichtung) einzuordnen und somit den Grundsatz der Vertragsbindung von den Grundsätzen der Vertragsfreiheit und der *bonne foi* zu trennen.[907] Allerdings sprach sich die herrschende Lehre dagegen aus, da die Spaltung der Grundsätze dazu geführt hätte, dass die zwei anderen Grundsätze symbolisch betrachtet mehr Gewicht gehabt hätten.[908] Vor allem wäre die *bonne foi* in den Vordergrund gerückt, was der herrschenden Meinung in der Literatur widersprochen hätte.[909] Aufgrund der Kritik hat der Gesetzgeber die systematische Einteilung geändert und die *force obligatoire* im einleitenden Kapitel geregelt, wobei im *rapport* präzisiert wurde, dass alle drei Grundsätze keine übergeordneten Normen sind, sondern vielmehr allgemeine Grundsätze darstellen, die durchgehend zu beachten sind.[910]

Die Aufnahme der *force obligatoire* im ersten Kapitel verfolgte zudem ein weiteres Ziel. Der Zweck der *bonne foi* ist es unter anderem, die starren Konsequenzen des Grundsatzes der Vertragsbindung abzumildern.[911] Die Kombination beider Prinzipien in Art. 1134 Code civil aF ermöglichte eine Ausbalancierung zwischen der *force obligatoire* und der *bonne foi*. Die Reform sollte dieses Gleichgewicht nicht zerstören. Im Gegenteil versuchte der Gesetzgeber, die Verbindung dadurch zu erhalten und zu stärken, dass der Grundsatz der *bonne foi* sofort auf die *force obligatoire* folgt.[912]

Die zweite wichtige Ergänzung, die durch Art. 1103 Code civil eingeführt worden ist, besteht in der Lösung des Abgrenzungsproblems zwischen Vertragsbindung und verbindendem Vertragsinhalt. Das Problem wurde von *Ancel* erkannt.[913] Dem

---

[905] Siehe dazu Kapitel 2 § 4 I A 1.
[906] Siehe dazu Kapitel 2 § 4 I A 2.
[907] Siehe Art. 1194 Projet d'ordonnance, 25. Februar 2015.
[908] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 99; *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art. 1103 Code civil.
[909] Siehe u.a. *Ghozi/Lequette,* D. 2008, 2609, Rn. 5 ff. Dazu Kapitel 2 § 4 I A 2.
[910] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: „bien que destinées à donner des lignes directrices au droit des contrats, [elles] ne constituent pas pour autant des règles de niveau supérieur à celles qui suivent et sur lesquelles les juges pourraient se fonder pour justifier un interventionnisme accru: il s'agit bien plutôt de principes destinés à faciliter l'interprétation de l'ensemble des règles applicables au contrat, et au besoin à en combler les lacunes." Übersetzung: Obwohl sie Leitlinien für das Vertragsrecht enthalten sollen, sind sie keine übergeordneten Regeln als die nachstehenden und auf welcher sich Richtern zur Rechtfertigung eines verstärkten Interventionismus heranziehen könnten; vielmehr handelt es sich um Grundsätze, die darauf abzielen, die Auslegung aller auf den Vertrag anwendbaren Regeln zu erleichtern und gegebenenfalls Lücken zu schließen.
[911] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 99.
[912] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 99.
[913] *Ancel,* RTD civ. 1999, 771. Siehe auch *Chantepie,* Contrat: effets, Répertoire de droit civil, Rn. 42 ff.; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 100 f.

Code civil von 1804 schien die Annahme zugrunde zu legen, dass der einmal wirksam zustande gekommene Vertrag durch die Schaffung von Verpflichtungen ersetzt werde, sodass letztlich nur die Verpflichtung oder das Schuldverhältnis die Bindung zwischen den Parteien bewirkt und nicht der Vertrag selbst.[914] Die Verwirrung wurde im alten Code civil dadurch verstärkt, dass seine Verfasser die Rechtsbegriffe Vereinbarung und Verpflichtung vermischten.[915] *Ancel* erklärt, dass beide Ausdrücke nicht gleichbedeutend sind. Denn ein Vertrag verpflichte die Parteien nicht, weil er Verpflichtungen auferlegt. Auch Verträge, die keine Verpflichtungen mit sich bringen, seien bindend. Somit müsse die Vertragsbindung von dem verbindlichen Vertragsinhalt unterschieden werden. Nun wurde mit der Reform Klarheit geschaffen: Die Stellung des Art. 1103 Code civil außerhalb des Abschnitts über die Vertragsbindung (Art. 1193-1195 Code civil) verdeutlicht die selbstständige Bedeutung beider Rechtsbegriffe.[916] Zudem präzisiert die Vertragsdefinition in Art. 1101 Code civil[917], dass Verträge auch zum Inhalt haben können, Verpflichtungen aufzulösen, und dennoch bindend sind, was vor der Reform im Code civil nicht eindeutig geregelt war.[918] Wichtig ist diese Ergänzung für Art. 1193 Code civil, worauf später eingegangen wird.[919]

2. In den europäischen und internationalen Regelwerken

„The rule that contracts are legally binding is universal within the systems of the European Union […].“[920] Es steht außer Frage, dass der Grundsatz *pacta sunt servanda* ein allgemeiner Rechtsgrundsatz ist. Allerdings weist die Darstellung des Grundsatzes innerhalb der Regelwerke Unterschiede auf, sodass eine genaue Analyse unerlässlich ist.

Die UPICC, der DCFR und der Gandolfi-Code verfügen alle drei über eine bzw. mehrere Vorschriften zur Vertragsbindung. Art. 1.3 UPICC legt zunächst den Grundsatz in knappen Wortern fest: „A contract validly entered into is binding upon the parties“ (Art. 1.3 S. 1 UPICC). Im zweiten Satz folgt eine Bestimmung zum *mutuus dissensus*.[921] Art. 1.3 UPICC steht, wie auch Art. 1103 Code civil, im einleitenden Kapitel. Der DCFR hat eine ähnliche Vorschrift aufgenommen.[922]

---

[914] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 100.
[915] *Ancel,* RTD civ. 1999, 771, Rn. 3.
[916] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 101.
[917] Art. 1101 Code civil: Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 254: „Der Vertrag ist eine Willensübereinstimmung zwischen zwei oder mehreren Personen, die dazu bestimmt ist, schuldrechtliche Verpflichtungen zu begründen, zu ändern, zu übertragen oder zum Erlöschen zu bringen.“
[918] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 101; *Chantepie,* Contrat: effets, Répertoire de droit civil, Rn. 42 ff.; *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art. 1110. Zum Beispiel der Schuldverzicht: In Art. 1285 Code civil aF wurde der Schuldverzicht als „décharge conventionnelle“ genannt. Nun wird in Art. 1350 Code civil ausdrücklich geregelt, dass der Schuldverzicht ein Vertrag ist.
[919] Siehe dazu Kapitel 3 § 7 II.
[920] Notes, Art. I.-1:103 DCFR. Siehe auch Commentary on PICC/*Vogenauer,* Art. 1.3, Rn. 1: „[…] this is, a principle common tot he laws of all – or at least most – jurisdictions in the world.“
[921] Art. 1.3 S. 2 UPICC: It can only be modified or terminated in accordance with its term or by agreement or as otherwise provided in these Principles.
[922] Notes, Art. I.-1:103 DCFR. Siehe auch Commentary on PICC/*Vogenauer,* Art. 1.3, Rn. 1.

Art. II.-1:103 DCFR wiederholt in Absatz 1 den Grundsatz der Vertragsbindung und in Absatz 3 die Möglichkeit des *mutuus dissensus*. Im zweiten Absatz wird sogar die bindende Wirkung einseitiger Rechtsgeschäfte geregelt. Sehr ähnlich lauten Art. 42 Gandolfi-Code, der den Grundsatz der Vertragsbindung aufnimmt, und Art. 43 Gandolfi-Code, der die Ausprägungen des Grundprinzips regeln. Zu beachten ist, dass der Gandolfi-Code das einzige Regelwerk ist, das wie die französische Vorschrift die Vertragsbindung mit den Wirkungen eines Gesetzes vergleicht. Im Gegensatz zu diesen ausführlichen Regeln verfügen die PECL nicht über eine allgemeine Vorschrift. Die bindende Vertragswirkung wird allerdings vorausgesetzt und als selbstverständlich unterstellt.[923]

Zwar hat sich der französische Gesetzgeber bei der Aufnahme des Grundsatzes der Vertragsbindung auf Art. 1134 Abs. 1 Code civil aF gestützt und insoweit versucht, eine Kontinuität zwischen altem und neuem Code civil durch die Wiederholung des Art. 1134 Abs. 1 Code civil aF zu schaffen. Gleichwohl zeigen die neuen französischen Vorschriften eine besondere Ähnlichkeit zu den UPICC: Beide haben den Grundsatz der Vertragsbindung in das einleitende Kapitel aufgenommen. Auch die Reihenfolge innerhalb des Kapitels stimmt jeweils überein: zuerst die Darstellung der Vertragsfreiheit (Art. 1.1 UPICC, Art. 1102 Code civil), dann des Grundsatzes der bindenden Vertragswirkung (Art. 1.3 UPICC, Art. 1103 Code civil) und schließlich des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 1.7 UPICC, Art. 1104 Code civil). Allerdings verwenden die UPICC nicht das Bild des Gesetzes, um die Vertragsbindung zu verdeutlichen. In dieser Hinsicht stehen sich der Gandolfi-Code und der Code civil näher, da sie beide die Vertragsbindung mit der Bindung eines Gesetzes vergleichen. Nichtsdestoweniger stimmen die Regelwerke und das französische Recht überein: Denn die Aufnahme des Grundsatzes der bindenden Vertragswirkung läuft zwar nicht parallel, doch ändert dies nichts an der Anerkennung und Geltung des Grundsatzes in den hier untersuchten Regelwerken.

3. Im deutschen Recht

Im BGB findet sich keine ausdrückliche Bestimmung zur Vertragsbindung. Die Vertragsbindung wird als „die ohne rechtlichen Grund nicht unilateral lösbare Unterwerfung einer Partei unter alle einem Vertrag entspringenden Rechtsgebote“ definiert.[924] In dem ersten Entwurf zu BGB wurde der Vorschlag unterbreitet, eine Norm hierzu aufzunehmen.[925] Allerdings wurde § 359 BGB-Entwurf I nicht angenommen. Grund hierfür ist der hohe Abstraktionsgrad des BGB[926] und die Selbstverständlichkeit dieses Grundsatzes.[927]

---

[923] Vgl. Art. 2:101, 2:107 PECL, *Heiderhoff,* Europäisches Privatrecht, Rn. 240.
[924] *Weller,* Die Vertragstreue, S. 274.
[925] § 359 BGB-Entwurf I lautet: Der Vertrag verpflichtet den Vertragschließenden zu demjenigen, was aus den Bestimmungen und der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte sowie mit Rücksicht auf Treu und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergiebt. Mehr dazu siehe Kapitel 3 § 7 III C 2 b).
[926] *Weller,* Die Vertragstreue, S. 276.
[927] Staudinger/*Olzen* BGB Einleitung zum Schuldrecht, Rn. 65.

Zur Herleitung des Grundsatzes gibt es mehrere Ansätze.[928] Das BAG knüpft an die §§ 145 ff. BGB an.[929] Die Bindung an den Antrag gemäß § 145 BGB steht allerdings in keinem zwingenden Zusammenhang zu der Bindung an den später geschlossenen Vertrag.[930] Das Gegenargument kann am Beispiel Frankreichs demonstriert werden: Im französischen Recht wird der Grundsatz der Vertragsbindung bestimmt, ohne jedoch eine Bindung an den Vertragsantrag vorzusehen. Gemäß Art. 1115 f. Code civil kann derjenige, der ein Angebot macht, unter bestimmten Voraussetzungen seinen Antrag widerrufen. Bei Verstoß und rechtswidrigem Widerruf macht er sich lediglich Schadensersatzpflichtig, ohne dass der Vertrag zustande kommt (Art. 1116 Abs. 3 Code civil).[931] Infolgedessen führt der Widerruf stets zur Verhinderung des Vertragsabschlusses.

Der BGH nimmt § 241 BGB als Grundlage für die Vertragsbindung.[932] Da das Schuldverhältnis an der Spitze des Rechts des Schuldverhältnisses steht[933] und nicht die Rechtsfigur des Vertrags, kann § 241 BGB nicht allein als Grundlage herangezogen werden. Andere Stimmen knüpfen an § 311 Abs. 1 BGB an.[934] Allerdings reicht auch § 311 Abs. 1 BGB alleine nicht aus, da die Norm nur „die Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft“ und nicht die folgenden Wirkungen regelt.[935] Hingegen ergeben sich aus der Kombination von § 311 Abs. 1 BGB iVm § 241 BGB alle Elemente für die Herleitung der Vertragsbindung.[936] § 311 Abs. 1 BGB kategorisiert den Vertrag als Unterfall des Schuldverhältnisses und knüpft somit das Rechtsinstitut an die Wirkungen des § 241 BGB. Die Beteiligten werden sodann den Rücksichts- und Leistungspflichten gemäß § 241 Abs. 1 S. 1 BGB unterworfen.[937] Mithin ergibt sich die Vertragsbindung im deutschen Recht aus § 311 Abs. 1 iVm § 241 BGB.

Wie schon im vorangegangenen Kapitel betont, unterscheiden sich BGB und Code civil in ihrer Regelungstechnik.[938] Das BGB ist im Vergleich zum Code civil sehr abstrakt. Dies findet sich hier erneut bestätigt. Im Gegensatz zu Art. 1103 Code civil muss das deutsche Recht tiefer analysiert werden, um klare Grundsätze herauszuarbeiten. Dennoch ähnelt sich das deutsche und französische Verständnis der Vertragsbindung, was zusätzlich durch die Analyse der Herkunft und Legitimation der Vertragsbindung aus deutscher und französischer Sicht bestätigt wird.

---

[928] Zum Folgenden: *Weller,* Die Vertragstreue, S. 275 ff.
[929] BAG, Urteil vom 30.9.1993 – 7 AZR 268/93 = NJW 1994, 1021, 1023: „An dem wirksam abgeschlossenen Aufhebungsvertrag muß [der Arbeitnehmer] sich nach §§ 145 ff. BGB festhalten lassen.“
[930] *Weller,* Die Vertragstreue, S. 275 f.
[931] Dazu *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 210 ff.
[932] Vgl. BGH, Urteil vom 28. November 1963 – II ZR 41/62 = NJW 1964, 648, 649 f.; BGH, Urteil vom 17. März 1964 – Ia ZR 193/63 = NJW 1965, 688, 692; BGH, Urteil vom 20. Dezember 1989 – VII ZR 203/88 = NJW-RR 1990, 270 f. Siehe *Weller,* Die Vertragstreue, S. 276 m.w.N.
[933] *Weller,* Die Vertragstreue, S. 276.
[934] Staudinger/*Feldmann* BGB § 311 Rn. 5; MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 311 Rn. 1 ff.
[935] *Weller,* Die Vertragstreue, S. 275.
[936] *Weller,* Die Vertragstreue, S. 276 f.
[937] *Weller,* Die Vertragstreue, S. 276.
[938] Siehe Kapitel 2 § 4 I B 3.

B. Deutsch-französische Analyse der Legitimation der Vertragsbindung

Es muss noch erörtert werden, wodurch die Vertragsbindung im deutschen und französischen Recht legitimiert wird.[939] In Frankreich vertrat die früher herrschende Meinung, dass sich die Vertragsbindung aus dem Grundsatz der Privatautonomie – *la théorie de l'autonomie de la volonté* – ergibt.[940] Die Theorie besagt, dass eine Person verpflichtet ist, weil und soweit sie die Verpflichtung gewollt hat. Übertragen auf der Vertragsbindung ergibt sich Folgendes: Die Vertragsbindung findet ihren Ursprung und ihre Legitimation im Willen der Vertragsparteien.[941] In Deutschland wurde ein ähnlicher Ansatz vertreten. Die Vertragsbindung wird unter Hinweis darauf gerechtfertigt, dass die Parteien den Vertrag übereinstimmend und auf der Grundlage eines freien Willensentschlusses vereinbart haben, sog. Konsensgedanke.[942] Allerdings stoßen diese Erklärungen auf einige Schwierigkeiten. Erstens ist die *théorie de l'autonomie de la volonté* erst im 19. Jahrhundert aufgetreten.[943] Verträge waren jedoch schon unter römischem Recht bindend. Auch hatte das Konsensprinzip in der Antike nur eine geringe Bedeutung.[944] Dennoch waren die römischen Verträge bindend. Infolgedessen kann historisch betrachtet die Theorie den Ursprung nicht erklären.[945] In Frankreich hatten zudem die Autoren des Code civil von 1804 wenig Vertrauen in den einzelnen Menschen, sodass sie wohl kaum die Privatautonomie in den Vordergrund stellen sollten.[946] Ferner muss noch in Betracht gezogen werden, dass beim Willen als alleiniger Basis auch eine Willensänderung Niederschlag finden muss. Da sich die Vertragsparteien selbstständig durch ihren Willen verpflichten können, könnten sie sich genauso gut gegen die Erfüllung ihrer Verpflichtung entscheiden.[947] Weiterhin ergeben sich einige Schwierigkeiten für die Rechtfertigung der Vertragsbindung für Kollektivverträge zum einen und für faktische Verträge zum anderen, wobei für letztere in Deutschland die Theorie kaum noch vertreten[948] und in Frankreich keine vergleichbare Theorie zu finden ist. Kollektivverträge weisen das Problem auf, dass die Regelungen

---

[939] Zum Folgenden: *Stöhr,* AcP (214) 2014, 425, 427 ff.; *Weller,* Die Vertragstreue, S. 277 ff.; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 74 ff.; *Latina,* Contrat: généralités, Répertoire de droit civil, Rn. 135 ff.; *Ghestin*, La formation du contrat, Rn. 255 ff.

[940] Zur Theorie siehe: *Gounot*, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé francais. Contribution à l'étude de l'individualisme juridique, Paris, 1912; *Ranouil*, L'autonomie de la volonté: Naissance et évolution d'un concept, 1980.

[941] *Mazeaud/Chabas,* Leçons de droit civil, T. II, Obligations, Rn. 721: „La règle de l'[ancien] article 1134 du code civil est la conséquence de l'autonomie de la volonté: la volonté est toute puissante; elle engage l'individu à l'égal de la loi; ni le législateur ni le juge ne sauraient délier les contractants."

[942] *Mayer-Maly,* FS Seidl, 1975, S. 118 ff.; *Graue,* Vertragsschluss durch Konsens?, in: *Jakobs* (Hg.), Rechtsgeltung und Konsens, S. 105 ff. Siehe ausführlich hierzu: *Stöhr,* AcP (214) 2014, 425, 427ff.

[943] Siehe dazu *Ranouil,* L'autonomie de la volonté: Naissance et évolution d'un concept, S. 12-14, 20-61.

[944] *Stöhr,* AcP (214) 2014, 425, 428.

[945] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 74; *Latina,* Contrat: généralités, Répertoire de droit civil, Rn. 137.

[946] *Martin,* RTD civ. 2003, 247, 262; *Niort,* RTD civ. 2005, 257.

[947] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 74; *Latina,* Contrat: généralités, Répertoire de droit civil, Rn. 137.

[948] MüKoBGB/*Busche* BGB vor § 145 Rn. 44; BeckOK BGB/*Eckert* BGB § 145 Rn. 45; NK-BGB/*Götz/Schulze* Vorbemerkungen zu §§ 145–157 Rn. 42.

auch Personen erfassen, die keine Vertragsparteien und mit dem Vertrag nicht zwangsläufig einverstanden sind.[949] Bei faktischen Verträgen widerspricht der Vertragsschluss dem inneren Willen einer Partei, sodass die Legitimation der Vertragsbindung durch das Konsensprinzip in diesem Fall nicht funktioniert.[950]

Weiterhin wird sowohl in Frankreich als auch in Deutschland auf den Vertrauensgedanken abgestellt, die sog. c*onfiance légitime* in Frankreich.[951] Demnach ist ein Versprechen bindend, weil der andere berechtigterweise darauf vertrauen durfte, dass seine Erwartungen erfüllt werden.[952] Jeder Vertragspartner stützt also sein Vertrauen auf einen rechtlichen Tatbestand, der im Vertragsschluss zu finden ist.[953] Allerdings wird der Vertrauensgedanke aufgrund seiner geringen Bedeutung nur selten als Legitimationsgrundlage herangezogen.[954] Seit der Einführung der Erklärungstheorie im deutschen Recht wurden Wille und Vertrauen zum einen getrennt, sodass das Vertrauen letztendlich im Rahmen der Haftung für geschlossene Verträge eine Rolle spielt.[955] Das Vertrauen ist weiterhin sowohl in Frankreich als auch in Deutschland nur dann geschützt, wenn das Gesetz es anordnet. Übertragen auf das Vertragsrecht folgt daraus, dass das Vertrauen nur geschützt ist, wenn der Vertrag ordnungsgemäß zustande gekommen und somit bindend ist.[956] Erforderlich ist also ein Bindungsbefehl der Rechtsordnung. Ohne die gesetzliche Anordnung kann das Vertrauen gar nicht erst zustande kommen.[957] Ohne Vertragsbindung wären Geschäften verbunden mit einer Vorleistung aufgrund fehlenden Vertrauens und mangels gesetzlichen Schutzes nicht ohne eine Sicherungsmaßnahme zu schließen.[958] Letztlich führt die Entwicklung standardisierter Verträge zu einer Minderung individuell ausgehandelter Verträge, sodass die personenbezogenen und individuellen

[949] *Stöhr,* AcP (214) 2014, 425, 429.
[950] *Stöhr,* AcP (214) 2014, 425, 434f.
[951] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 75; *Latina,* Contrat: généralités, Répertoire de droit civil, Rn. 141 ff.; *Mazeaud,* RIDC 2006, 363, 388 ff.; *Stöhr,* AcP (214) 2014, 425, 435 ff.; *Weller,* Die Vertragstreue, S. 279 ff.
[952] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 75.
[953] *Weller,* Die Vertragstreue, S. 279 f. *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 75, verwendet als Beispiel den Art. 1112-1 Code civil und erklärt, dass der Informationsverpflichtete die Information mitteilen muss, wenn sein Gegenüber *berechtigterweise* darauf vertraut hat. Allerdings kann Art. 1112-1 Code civil hier nicht ohne Widerspruch als Beispiel herangezogen werden. Art. 1112-1 Code civil findet in der vorvertraglichen Phase Anwendung, sodass noch kein Vertrag zustande gekommen ist. Außer wenn die vertragliche Natur der Beziehung zwischen zwei Verhandlungspartnern angenommen wird (was in Frankreich abgelehnt wurde, dazu Kapitel 2 § 4 II B 1 a)), kann also Art. 1112-1 Code civil nicht die *Vertrag*sbindung rechtfertigen.
[954] Zum Folgenden *Stöhr,* AcP (214) 2014, 425, 435 ff.
[955] *Stöhr,* AcP (214) 2014, 425, 436. Das Theorie der Vertrauenshaftung kann nicht ohne Hinweis auf das Werk von *Canaris* erwähnt werden, siehe *Canaris,* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971. Siehe auch dazu rechtsvergleichend *Rieg,* Le rôle de la volonté dans l'acte juridique, Librairie génerle de droit et de jurisprudence, 1961. Zwar hat Frankreich die Willenstheorie in dem Code civil von 1804 zugrunde gelegt, sodass der Wille, und nicht das Erklärte, entscheidend war. Allerdings hat sich dies mit der Zeit und der Rechtsfortbildung weiterentwickelt. Beispiel hierzu ist die Vertrauenshaftung bei vorvertraglichen Aufklärungspflichten, die an Bedeutung gewonnen hat, siehe Art. 1112-1 Code civil und Kapitel 2 § 5 I.
[956] *Gounot,* L'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, S. 351 ff.
[957] *Weller,* Die Vertragstreue, S. 279 f.
[958] *Weller,* Die Vertragstreue, S. 280.

Elemente beim Vertragsschluss abnehmen.[959] Nicht die *confiance légitime,* sondern die Risikoeinschätzung steht nunmehr im Vordergrund.[960] Gleiches gilt für die im Internet geschlossenen Verträge, bei welchen sogar die Kenntnis des Vertragspartners fehlt.[961] Allerdings werden Verträge mit höchstpersönlicher Prägung heute noch geschlossen (Ehe-, Arzt-, Erbvertrag), sodass der Vertrauensgedanke in diesen Fällen noch präsent ist und eine Legitimationsgrundlage der Vertragsbindung darstellt.[962] Infolgedessen kann der Vertrauensgedanke für das französische und deutsche Recht die Vertragsbindung nicht rechtfertigen.[963]

Der letzte Legitimationsgrund – auch oft als Herkunftsgrund herangezogen – folgt aus dem Gesetz: Die Vertragsbindung ist gegeben, weil das Gesetz dies so anordnet.[964] Diese Erklärung steht im Einklang mit der von *Kelsen* entwickelten Theorie vom Stufenbau der Rechtsordnung.[965] Der Vertrag ist demnach bindend, weil die ihm übergeordnete Norm dies so bedingt.[966] Der Wille ist für die Entstehung des Vertrags ausschlaggebend, die verbindende Kraft des Vertrags hängt allerdings vom Gesetz ab.[967] In Deutschland werden in diesem Zusammenhang die Anerkenntnistheorie und die Apriorismus-Theorie gegenübergestellt. Die Anerkenntnistheorie besagt, dass der Vertrag erst durch Anerkennung durch das geltende Recht bindend wird.[968] Hingegen geht die aprioristische Theorie davon aus, dass die Vertragsfreiheit und Vertragsbindung der Rechtsordnung vorgegeben sind und die Vertragsbindung eine Selbstverständlichkeit ist, die aus der privatautonomen Parteivereinbarung entsteht.[969] Diese Theorien sind auf das französische Recht übertragbar, wobei die herrschende Meinung in beiden Ländern der ersten Theorie folgt.[970] Folgende Anmerkungen schwächen allerdings diese Erklärung. Müsste die bloße Abschaffung des Art. 1103 Code civil dazu führen, dass die Vertragsbindung nicht mehr existiert? Warum stellen Beschränkungen der Vertragsbindung durch den Gesetzgeber überhaupt einen verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftigen Eingriff dar?[971] Der Gesetzgeber kann die Vertragsbindung zwar beschränken, allerdings nicht abschaffen. Der Wegfall einer gesetzlichen Regelung würde zudem nicht den

---

[959] *Stöhr,* AcP (214) 2014, 425, 436.
[960] *Stöhr,* AcP (214) 2014, 425, 436.
[961] *Oeschler*, Jura 2012, 581, 583; *Grapentin,* NJW 2019, 181, 182 f.
[962] *Stöhr,* AcP (214) 2014, 425, 436 ff.
[963] Siehe ebenfalls zurückhaltend in Bezug auf die Einführung des Vertrauengsgedanken im französischen Recht: *Calmes*, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et francais, Dalloz, 2001.
[964] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 76; *Latina,* Contrat: généralités, Répertoire de droit civil, Rn. 139 ff.; *Weller,* Die Vertragstreue, S. 275; a.A. *Stöhr,* AcP (214) 2014, 425, 441 ff.
[965] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 398 ff. Dazu siehe auch *Ghestin*, La formation du contrat, Rn. 211 ff.
[966] Zum Vertrag in Kelsen's Theorie: *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 458 ff.
[967] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 76; *Chantepie,* Contrat: effets, Répertoire de droit civil, Rn. 139.
[968] *Stöhr,* AcP (214) 2014, 425, 441 f.
[969] *Stöhr,* AcP (214) 2014, 425, 442 ff. Vgl. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 412 ff.
[970] Für das französische Recht: *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 29; *Guerlin*, L'attente légitime du contractant, S. 317 ff. Für das deutsche Recht *Weller,* Die Vertragstreue, S. 172 m.w.N.
[971] *Stöhr,* AcP (214) 2014, 425, 448.

Einzelnen daran hindern, sich vertraglich zu binden.[972] Infolgedessen muss zugegeben werden, dass die Selbstbestimmungsfreiheit des Menschen und somit die Grundlage für die Vertragsfreiheit apriorisch gelten,[973] wobei die Grenzen der Vertragsbindung durch die Rechtsordnung festgelegt werden.

Folglich stimmen Deutschland und Frankreich darin überein, dass die Legitimationsgrundlage noch nicht geklärt ist. Allerdings befürwortet ein Teil der Literatur die Kombination aller drei Erklärungen.[974]

II. Das Verbot der einseitigen Vertragsänderung, Art. 1193 Code civil

Der Grundsatz der *force obligatoire* drückt sich durch den Grundsatz der Unveränderbarkeit des Vertrags aus: Keinerlei Modifizierung ist möglich, weder eine kleine noch eine große, es sei denn, die Parteien einigen sich gemeinsam über eine Änderung oder das Gesetz ordnet es an. Der Reformgeber hat in Art. 1193 Code civil diese Konsequenz der Vertragsbindung geregelt (A.). Auch auf europäischer und internationaler Ebene ist ein ähnliches Konzept zu finden (B.).

A. Aus französischer Sicht, Art. 1193 Code civil

Art. 1193 Code civil[975] legt fest, dass Verträge nur übereinstimmend durch die Vertragspartner oder durch Gesetz verändert oder aufgelöst werden können. Der Grundsatz der Unveränderbarkeit gilt sowohl gegenüber den Parteien (1.) als auch gegenüber dem Richter (2.).

1. Die Geltung des Grundsatzes gegenüber den Parteien

Art. 1193 Code civil übernimmt den ehemaligen Art. 1134 Abs. 2 Code civil aF und ergänzt ihn, indem er nicht mehr nur die Auflösung, sondern jegliche Veränderung erfasst.[976] Art. 1193 Code civil besagt aber nicht, dass der Vertrag unverändert bleiben muss. Die Unveränderbarkeit bezieht sich nur auf eine Vertragsänderung durch willkürliche einseitige Erklärung.[977]

Der Vertrag kann somit durch Einigung oder wegen gesetzlich vorgegebener Gründe geändert oder aufgelöst werden. Während die Autoren des Code civil mit der einseitigen Bestimmung des Vertragsinhalts zurückhaltend umgingen, haben sich heute die gesetzlichen Grundlagen für eine Vertragsänderung und -auflösung durch einseitige Erklärung vermehrt: die einseitige Preisbestimmung (Art. 1164,

---

[972] *Stöhr,* AcP (214) 2014, 425, 447.
[973] Siehe befürwortend der aprioristischen Theorie *Stöhr,* AcP (214) 2014, 425, 441 ff.
[974] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 73; *Latina,* Contrat: généralités, Répertoire de droit civil, Rn. 135; *Weller,* Die Vertragstreue, S. 277 ff.
[975] Art. 1193 Code civil: Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 280: „Verträge können nur in gegenseitigem Einvernehmen der Parteien oder aufgrund gesetzlich vorgesehener Gründe geändert oder aufgehoben werden".
[976] Art. 1134 Abs. 2 Code civil aF: Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Übersetzung: Sie können nur in gegenseitigem Einvernehmen oder aufgrund gesetzlich vorgesehener Gründe aufgehoben werden.
[977] *Weller,* Die Vertragstreue, S. 285; *Latina,* Contrat: généralités, Répertoire de droit civil, Rn. 122; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 517.

1165 Code civil), die einseitige Vertragsauflösung (Art. 1224, 1226 Code civil)[978] oder die Kündigung unbefristeter Verträge (Art. 1211 Code civil).

Wenn die durch Einigung vorgenommene Modifizierung erheblich ist, ist die Abgrenzung der Änderung des ursprünglichen Vertrags vom Abschluss eines neuen Vertrags schwierig.[979] Im zweiten Fall handelt es sich um eine *novation*, die in Art. 1329 Code civil[980] definiert ist und andere Voraussetzungen und Rechtsfolgen formuliert. Eine *novation* ist ein Vertrag, dessen Ziel die Ersetzung des alten Vertrags durch einen neuen ist. Die Voraussetzungen hierfür sind zum einen das Vorhandensein von zwei wirksamen unterschiedlichen Schuldverhältnissen und zum anderen der Wille zur Umwandlung.[981] Die Rechtsfolgen sind ebenfalls zweiteilig: Es erlischt das alte Schuldverhältnis und es entsteht ein neues, wobei beide in einer Wechselbeziehung zueinander stehen. Das alte Schuldverhältnis kann also nicht erlöschen, ohne dass das andere wirksam entstanden ist.[982] Zu beachten ist, dass alle Sicherheiten, die mit dem alten Schuldverhältnis verbunden waren, auch erlöschen (Art. 1334 Code civil[983]). Das ist der wesentliche Unterschied zur Vertragsänderung, bei der alle Sicherheiten bestehen bleiben. Deswegen ist die Unterscheidung der beiden Änderungsmöglichkeiten von großer Bedeutung. Maßgebliches Abgrenzungskriterium liegt darin, dass die *novation* zusätzlich eine Umwandlungsabsicht voraussetzt, die gemäß Art. 1330 Code civil[984] nicht vermutet werden kann.

---

[978] Siehe dazu Kapitel 4 § 10 III E B 2.

[979] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 517; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 495.

[980] Art. 1329 Code civil: La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée. Elle peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 304: „Die Novation ist ein Vertrag, der eine Verpflichtung, die er begründet, an die Stelle einer anderen Verpflichtung setzt und letztere gleichzeitig zum Erlöschen bringt. Sie kann durch Ersetzung der Pflichten zwischen denselben Parteien, durch einen Wechsel des Schuldners oder durch einen Wechsel des Gläubigers erfolgen."

[981] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 641 ff.

[982] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 647.

[983] Art. 1334 Code civil: L'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires. Par exception, les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 305: „Das Erlöschen der ursprünglichen Pflicht erstreckt sich auf alle mit ihr einhergehenden Nebenpflichten. Ausnahmsweise können die ursprünglichen Sicherheiten mit Zustimmung der sicherheitsleistenden Dritten für die Sicherung der neuen Pflicht herangezogen werden."

[984] Art. 1330 Code civil: La novation ne se présume pas; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 305: „Die Novation wird nicht vermutet; der Wille zur Vornahme der Novation muss unzweifelhaft aus der Handlung hervorkommen."

2. Die Geltung des Grundsatzes gegenüber dem Richter

Der Grundsatz der Unveränderbarkeit des Vertrags gilt auch gegenüber dem Richter.[985] Nach der traditionellen Ansicht ist der Vertrag Angelegenheit der Vertragsparteien und nicht des Richters.[986] Demnach solle der Richter dem Vertrag fernbleiben und jede Einmischung müsse gerechtfertigt oder von Gesetzes wegen geordnet sein. Denn jede Einmischung gefährde die Rechtssicherheit.

Es stellt sich die Frage, ob die Reform die Rechtslage geändert hat. Einerseits hat der Richter an Befugnissen gewonnen. Dies ergibt sich aus dem verstärkten Rückgriff auf unbestimmte Rechtsbegriffe wie *raisonnable, manifeste, significatif*, die eine Auslegung durch den Richter erfordern.[987] Die wichtigste Neuerung stellt Art. 1195 Code civil dar, der den Wegfall der Geschäftsgrundlage regelt und eine Anpassungsmöglichkeit durch den Richter vorsieht.[988] Andererseits bleibt es dabei, dass der Richter die Wirksamkeit des Vertrags lediglich feststellt und nicht über die Befugnis verfügt, zum Beispiel bei Wucher den Vertrag anzupassen (Art. 1143 Code civil). Auch kann der Richter Schadensersatz zusprechen, wenn der Preis missbräuchlich ist, allerdings kann er sein Ermessen nicht auf die Preisbestimmung ausüben (Art. 1164 Abs. 2, 1165 Abs. 2 Code civil). Der Reformgeber ist somit in dieser Hinsicht der alten Fassung des Code civil treu geblieben.

Mithin ist festzuhalten, dass sich die Rechtslage nicht zugunsten oder zulasten des Richters geändert hat, sondern vielmehr der Grundsatz des Ausschlusses des Richters aus der vertraglichen Sphäre beibehalten worden ist.[989]

B. Aus deutscher, europäischer und internationaler Sicht

Genauso wie die untersuchten Rechtsquellen hinsichtlich des Grundsatzes der Vertragsbindung übereinstimmen, scheinen sie auch bei der Ausprägung einer Linie zu folgen: Was durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen erschaffen worden ist, kann auch durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen wieder geändert werden.[990]

Im deutschen Recht wird zwar die Vertragsbindung nicht ausdrücklich erwähnt. Allerdings ist das Verbot der einseitigen Änderung geregelt. Gemäß § 308 Nr. 4 BGB ist ein in den AGB vereinbarter Änderungsvorbehalt unwirksam, wenn dieser im freien Belieben einer Partei steht und nicht mit einer triftigen Rechtfertigung

[985] Zum Folgenden, *Latina,* Contrat: généralités, Répertoire de droit civil, Rn. 126; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 496.
[986] Ständige Rechtsprechung: 3ème Civile, 18. März 2009, Nr. 07-21.260, Bulletin 2009, III, Nr. 64.
[987] Dazu *Blanc,* Le juge et les standards juridiques, RDC 2016, 394, Rn. 1; *Mazeaud,* La place du juge en droit des contrats, RDC 2016, 353, Rn. 19 ff.
[988] Siehe dazu Kapitel 3 § 8 II C 3.
[989] *Chantepie,* Contrat: effets, Répertoire de droit civil, Rn. 126.
[990] *Weller,* Die Vertragstreue, S. 285; Comment 2, Art. 1.3 UPICC; Comment D, Art. II.-1:103 DCFR.

verknüpft ist.[991] Allerdings gilt dies nur für Verträge mit AGB, sodass die Norm einen im Vergleich zu Art. 1193 Code civil engen Anwendungsbereich hat.

Die UPICC, der DCFR und der Gandolfi-Code beinhalten durchwegs eine Regelung hierzu. Demzufolge gibt es drei Änderungsmöglichkeiten: gemeinsam durch die Parteivereinbarung oder einseitig entweder durch das nationale Recht oder durch die Vorgaben der Regelwerke selbst (Art. 1.3 S. 2 UPICC, Art. II.-1:103 (3) DCFR und Art. 43 Gandolfi-Code).

Zwei Gesichtspunkte sind insoweit besonders von Interesse. Zum einen tauchen in den Vorschriften aller drei Regelwerke die Möglichkeiten der Vertragsänderung und -auflösung auf. Dies findet sich in Art. 1193 Code civil wieder. Allerdings stand in Art. 1134 Abs. 2 Code civil aF, dass die Vertragsparteien den Vertrag durch Einigung oder aus gesetzlichen Gründen nur auflösen können. Die Ergänzung der französischen Vorschrift um die Möglichkeit der Vertragsänderung zeigt einen besonderen Einfluss der Regelwerke auf den Gesetzgeber. Im *rapport* wird jedoch klargestellt, dass eine Auslegung *a fortiori* des Art. 1134 Abs. 2 Code civil aF die Möglichkeit der Vertragsänderung schon kannte.[992] Dennoch hat die Norm durch die ausdrückliche Ergänzung an Präzision gewonnen und sich damit zudem an die Regelwerke angenähert.

Der zweite interessante Gesichtspunkt liegt darin, dass in den Kommentierungen zu den Regelwerken kein Wort dazu verloren wird, dass der Grundsatz der Unveränderbarkeit des Vertrags auch gegenüber dem Richter gelten soll. Im Gegensatz dazu wird dieser Aspekt im französischen Recht betont. Dies ist auf das besondere Verständnis der Franzosen vom Richteramt zurückzuführen.[993]

III. Der Inhalt der Vertragsbindung, Art. 1194 Code civil

Ist der Vertrag geschlossen, stellt sich die Frage, was überhaupt sein Inhalt ist. Vor der Reform sah die französische Rechtsprechung in Art. 1135 Code civil aF eine Grundlage, um den Vertragsparteien neue Pflichten aufzuerlegen. Der Vertrag wurde „erzwungen“[994] und es wurde mithilfe „schöpferischer Auslegung“ ein neuer Vertragsinhalt entdeckt (A.). Es stellt sich nun die Frage, ob diese Methode mit dem neu eingefügten Art. 1194 Code civil weiterhin geboten ist (B.). Auch auf europäischer und internationaler Ebene bedarf die Abgrenzung zwischen Vertragsauslegung und Bestimmung des Inhalts der Vertragsbindung näherer Betrachtung (C.).

---

[991] BGH, Urteil vom 17. Februar 2004 – XI ZR 140/03 = NJW 2004, 1588 f.; BAG, Urteil vom 12. Januar 2005 – 5 AZR 364/04 = NJW 2005, 1820, 1821 f.

[992] Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: „Le texte complète ces dispositions pour expliciter que les parties peuvent également modifier le contrat d’un commun accord, ce qu’une interprétation a fortiori de l’article 1134 permettait déjà.“

[993] Siehe oben Kapitel 3 § 7 II A 2.

[994] Sog. le forçage du contrat. Ausdruck von *Josserand*, DH 1933, 89, 91; DH 1940, Chronique, 5 ff.

A. Die „schöpferische Auslegung“ von Verträgen in der bisherigen französischen Rechtslage

1. Das Problem der Rechtsnatur der Art. 1134 Abs. 3, 1135 Code civil aF

Das Ziel der Vertragsauslegung ist es, den Vertragsinhalt zu klären und zu bestimmen, worauf sich die Parteien geeinigt haben. Im alten Code civil gab es hierzu einen Normenkatalog (Art. 1157–1164 Code civil aF), wobei die Literatur seine Nutzlosigkeit oft kritisiert hat.[995] Früher zählten auch die Art. 1134 Abs. 3, 1135[996] Code civil aF zu den Auslegungsregeln.[997] Allerdings ist es aufgrund der Verwendung dieser Vorschriften durch die Rechtsprechung streitig geworden, ob sie noch die entscheidenden Merkmale einer Auslegungsregel aufweisen.

Vor der Reform standen den Richtern zwei Auslegungsmethoden zur Verfügung. Die erste Möglichkeit ist die subjektive Herangehensweise, die von der klassischen Literaturansicht vertreten wurde.[998] Die Auslegung zielte darauf ab, den gemeinsamen Willen herauszuarbeiten. In dieser Hinsicht sollte Art. 1134 Abs. 3 Code civil aF so verstanden werden, dass die *bonne foi* zur Achtung des Vereinbarten führen und dass Art. 1135 Code civil aF bloß eine Erinnerung an das Gesetz darstellen sollte.[999] Der von der modernen Literaturansicht vertretenen objektiven Methode lag hingegen die Annahme zugrunde, dass die Suche nach dem Parteiwillen utopisch sei. Infolgedessen bringe es nichts, nach ihm zu suchen. Vielmehr sollten bei Vertragslücken das Gesetz, der Grundsatz von Treu und Glauben und die Verkehrssitte herangezogen werden.[1000] Während nach der subjektiven Ansicht Art. 1134 Abs. 3, 1135 Code civil aF nur den Parteiwillen ergänzen sollen, handelte es sich bei diesen nach der objektiven Ansicht um die einzig anzuwendenden Orientierungsmaßstäbe.

Die Rechtsprechung kombinierte beide Methoden und entwickelte damit zwei Auslegungsarten. Die *interprétation explicative* oder erklärende Vertragsauslegung zielte darauf ab, den Parteiwillen zu erforschen.[1001] Sie kam dann zur Anwendung,

---

[995] *Carbonnier* sprach sogar von „petit-guide âne“ in *Carbonnier,* Droit civil, Tome 2, Les biens, Les obligations, Rn. 1062. Siehe dazu *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 450; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 500, 504.

[996] Art. 1135 Code civil aF: Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l’équité, l’usage ou la loi donnent à l’obligation d’après sa nature. Übersetzung: Vereinbarungen verpflichten nicht nur zu dem, was in ihnen zum Ausdruck gebracht ist, sondern auch zu allem, was die Billigkeit, die Verkehrssitte oder das Gesetz der Verpflichtung ihrer Natur nach gibt.

[997] *Ghestin* (Hg.), Les effets du contrat, Rn. 42 ff.; *Le Tourneau/Poumarède,* Bonne foi, Répertoire de droit civil, Rn. 68 ff.; *Jacques,* Regards sur l’article 1135 du Code civil, Rn. 124 m.w.N. Letzterer vertritt allerdings eine andere Meinung, siehe dazu Rn. 132 ff.

[998] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 448; *Ghestin* (Hg.), Les effets du contrat, Rn. 13, 31 ff.

[999] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 448; *Ghestin* (Hg.), Les effets du contrat, Rn. 42, m.w.N.

[1000] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 448; *Ghestin* (Hg.), Les effets du contrat, Rn. 42 ff.

[1001] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 450 f.

wenn der Vertrag mehrdeutig oder unklar war. Dabei stützte sich die Rechtsprechung eher auf die subjektive Theorie. Die *interprétation créatrice* oder „schöpferische Auslegung" folgte hingegen der objektiven Methode.[1002] Sie fand dann Anwendung, wenn gar keine Bestimmung zu einer streitigen Frage im Vertrag enthalten war, sei es, weil eine Lücke bestand oder weil sich die Vertragsparteien keine Gedanken hierzu gemacht hatten.[1003] Die Richter stützten sich in diesem Fall auf Art. 1135 Code civil aF und gelegentlich auf Art. 1134 Abs. 3 Code civil aF, um den Vertragsparteien neue Pflichten aufzuerlegen.[1004] Der verpflichtende Vertragsinhalt wurde somit um neue Pflichten erweitert, wobei diese dem Vertragsinhalt nicht fremd sein durften.[1005]

Die „schöpferische Auslegung" brachte die Unterscheidung zwischen dem vereinbarten Vertragsinhalt – *contenu convenu* – und dem tatsächlichen Vertragsinhalt – *contenu conclu* – zum Ausdruck.[1006] Während die Auslegung dazu dient, den vereinbarten Vertragsinhalt zu bestimmen, zielte Art. 1135 Code civil aF darauf, den tatsächlichen Vertragsinhalt zu ermitteln, der auch Pflichten umfasst, die über das Vereinbarte hinausgehen, die sog. „suites contractuelles".[1007] Art. 1135 Code civil aF zeigte also, dass sich die Parteien durch den Vertragsabschluss nicht nur zu dem Vereinbarten verpflichtet haben, sondern dass die Wirkung eines Vertrags weiter reicht. Der Inhalt der Vertragsbindung ist somit nicht der Inhalt eines Vertrags, sondern es geht über die Vereinbarung hinaus.

Diese Überlegungen führten allerdings zur Frage, ob der Rechtsbegriff „Auslegung" noch passend war. Die Qualifizierung als Auslegung wurde damit gerechtfertigt, dass es um die Ergänzung vertraglicher Pflichten im Zusammenhang mit der Interpretation des Vertrags ging.[1008] Jede Pflicht, die aus dem Vertrag entstand – ungeachtet dessen, ob sie vereinbart oder durch „schöpferische Auslegung" des Richters auferlegt wurde –, knüpfte nach dieser Ansicht an den Willen der Parteien

[1002] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 453; *Ghestin* (Hg.), Les effets du contrat, Rn. 47.
[1003] Streng davon zu trennen ist die *réfaction du contrat*. Es geht darum, eine Lücke im Vertrag zu füllen, die durch den Ausspruch der Teilnichtigkeit entstanden war. Ursprünglich hatte die *Cour de cassation* eine solche Möglichkeit verboten (zum Beispiel 3ème Civile, 14. Oktober 1975, Nr. 74-12.880, Bull. Civ. III, Nr. 290, S. 219). Allerdings sprach sich der Tatsachenrichter mit der Zeit dieser Befugnisse selbst zu. So wurde zum Beispiel die Vergütung von Gesellschaftern gemindert, weil sie für unangemessen entschieden wurde (zum Beispiel 1ère Civile, 24. September 2002, Nr. 00-12.146; 1ère Civile, 21. Februar 2006, Nr. 02-14.326, Bull. civ. I, Nr. 100, S. 94) oder ein unwirksamer Index wurde in einer Indexierungsklausel durch einen wirksamen ersetzt (zum Beispiel 3ème Civile, 12. Januar 2005, Nr. 03-17.260, Bull. Civ. III, Nr. 4, S. 4). Siehe dazu: *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 452, 1336 f.; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 452.
[1004] Zur Rechtsprechung siehe unten Kapitel 3 § 7 III A 2.
[1005] *Jacques,* Regards sur l'article 1135 du Code civil, Rn. 35 ff., 119.
[1006] *Jacques,* Regards sur l'article 1135 du Code civil, Rn. 35 ff., 137, 142.
[1007] *Jacques,* Regards sur l'article 1135 du Code civil, Rn. 142.
[1008] *Ferid/Sonnenberger*, Das Französische Zivilrecht, Band 1/1, Rn. 1 F 117.

an. Jede *suite contractuelle*, die vom Code civil genannt wird, könne nach der Rechtsprechung somit auf den Willen der Parteien zurückgeführt werden.[1009]

> „En effet, si on applique aux contrats qui se forment sous l'empire d'une loi les conséquences que cette loi attache à ces contrats, c'est parce que les parties sont présumées les avoir adoptées ; tel est le caractère et le but de ces sortes de lois qui expliquent à l'avance les effets des contrats, leurs effets naturels, équitables, adoptés par les mœurs et par l'usage. Ces lois, purement facultatives et interprétatives, n'ont de force obligatoire entre les parties contractantes que parce que celles-ci sont présumées s'y tacitement être soumises."[1010]

Diese Ansicht wurde allerdings bestritten. Denn der Richter änderte in der Tat ohne Rücksicht auf den Parteiwillen den Inhalt des Vertrags durch Auferlegung neuer Pflichten. Es wurde kritisiert, dass man keinen Willen auslegen könne, wo ein solcher sich nicht manifestiert hatte.[1011] Art. 1134 Abs. 3, 1135 Code civil aF waren keine bloße Auslegungsregeln mehr, sondern wurden zu materiell-rechtlichen Bestimmungsnormen gemacht.[1012] Unter Zugrundelegung der genannten Vorschriften wurden nämlich die vertragliche Sicherheitspflicht und die vertragliche Informationspflicht geschaffen.

2. Die Schaffung neuer Pflichten durch „schöpferische Auslegung"

a) Vertragliche Schutzpflicht

Die Schutzpflicht oder *obligation de sécurité* ist eine vertragliche Nebenpflicht, die den Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger keine körperlichen Schäden bei der Erfüllung des Vertrags zuzufügen.[1013]

Die Entstehung dieser Pflicht geht auf das Jahr 1911 zurück.[1014] Ein Fahrgast wollte mit dem Schiff von Tunis nach Bône (heute Annaba) reisen. Während der Schiffsfahrt wurde er durch den Sturz eines nicht gesicherten Fasses am Fuß schwer verletzt. Er klagte auf Schadensersatz gegen den Beförderer. Die *Cour de cassation* sprach in dieser Angelegenheit zum ersten Mal die Schutzpflicht an und verurteilte den Beklagten auf Grundlage von Art. 1134 Code civil aF:

> „L'exécution du contrat de transport comporte, en effet, pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination."

Es handelt sich hierbei um eine Erfolgspflicht – *obligation de résultat* –, die zur Folge hat, dass bei Feststellung der Pflichtverletzung der Schuldner haften muss. Der Beweis, dass er keine *faute* begangen hat, reicht in diesem Fall nicht aus, um

---

[1009] *Demolombe,* Cours de Code civil, Tome Premier, S. 63: „Ainsi que nous venons de le dire, les obligations résultant d'un contrat dérivent de la volonté des parties; de leur volonté expresse ou tacite, déclarée ou sous-entendue, mais toujours de leur volonté (Art. 1110, 1135 Code civil)."
[1010] *Demolombe,* Cours de Code civil, Tome Premier, S. 63.
[1011] *Ferid/Sonnenberger*, Das Französische Zivilrecht, Band 1/1, Rn. 1 F 116.
[1012] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 521.
[1013] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 493; *Brieskorn,* Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, S. 60.
[1014] Chambre civile, 21. November 1911, einsehbar auf www.legifrance.gouv.fr. Dazu *Ghestin* (Hg.), Les effets du contrat, Rn. 48.

sich zu exkulpieren. Die einzige Möglichkeit dafür ist der Beweis der *force majeure*.[1015]

Im Laufe der Zeit wurde in einer Vielzahl von Verträgen eine Schutzpflicht anerkannt.[1016] Ihre Bedeutung bei Beförderungsverträgen ist allerdings durch das Inkrafttreten des Gesetzes vom 5. Juli 1998 zur Verbesserung des Opferschutzes bei Verkehrsunfällen zurückgegangen.[1017]

Die Einordnung der vertragliche Schutzpflicht erfolgt nicht einheitlich. In manchen Fällen wird nämlich eine *obligation de moyen* angenommen, d. h. eine Pflicht nach dem bestmöglichen Bemühen zu handeln.[1018] In diesem Fall muss das Opfer die *faute* und die Kausalität beweisen, was zu einer Haftungserschwerung führte. Seit dem Urteil im Fall *Jand'heur* von 1930[1019] ist es für das Opfer günstiger, sich auf die deliktische Haftung zu berufen, wofür kein Beweis der *faute* erforderlich ist (Art. 1384 Code civil aF), als sich auf die vertragliche Haftung zu stützen, bei der die Gefahr besteht, dass die Richter die Sicherheitspflicht als *obligation de moyen* einstufen und somit die Beweislast höher ist.[1020]

b) Vertragliche Informationspflicht

Die Rechtsprechung hat den Vertragsparteien ebenfalls vertragliche Informationspflichten auferlegt. Diese müssen von den vorvertraglichen Informationspflichten unterschieden werden:[1021] Bei den durch die Rechtsprechung entwickelten vertraglichen Informationspflichten steht ein Vertrag schon fest und die Informationspflicht soll dazu dienen, seine gute Durchführung zu gewährleisten.[1022] Im Gegensatz hierzu bezweckt die vorvertragliche Informationspflicht eine mangelfreie Willensbildung. Ein weiterer Unterschied ist die Rechtsnatur der Haftung bei einer Pflichtverletzung. Bei Verstoß gegen eine vertragliche Informationspflicht wird nämlich die Haftung vertraglicher Natur sein, während sie bei Verletzung einer vorvertraglichen Informationspflicht eher deliktischer Natur ist.[1023] Allerdings weisen sie dieselben Voraussetzungen auf: Der Vertragspartner muss berechtigterweise

---

[1015] Dazu Kapitel 4 § 11.
[1016] *Ghestin* (Hg.), Les effets du contrat, Rn. 48.
[1017] Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.
[1018] *Obligation de résultat* 1ère Civile, 17. März 1993, Nr. 91-14.417, Bull. civ. I, Nr. 119, S. 79; 3ème Civile, 1. April 2009, Nr. 08-10.070, Bull. civ. III, Nr. 71. *Obligation de moyen* 1ère Civile, 16. November 1976, Nr. 75-11.930, Bull. civ. I, Nr. 350, S. 277; 1ère Civile, 22. Januar 1991, Nr. 89-11.699, Bull. civ. I, Nr. 30, S. 18; 1ère Civile, 4. November 1992, Nr. 90-21.535, Bull. civ. I, Nr. 277, S. 181. Zuletzt: 1ère Civile, 25. Januar 2017, Nr. 16-11.953: „l'obligation contractuelle de sécurité de l'exploitant d'une salle d'escalade est une obligation de moyens."
[1019] Urteil im Fall *Jand'heur,* Chambres réunies, 13. Februar 1930, Bulletin Cour de Cassation Chambres réunies, Nr 34, S. 68. Es ging um die Kollision einer Passantin mit einem Lkw. In dieser Entscheidung sah die *Cour de cassation* in Art. 1384 Code civil aF keine Verschuldensvermutung mehr, sondern eine unwiderlegliche Haftungsvermutung an.
[1020] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 493; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 454.
[1021] Siehe dazu Kapitel 2 § 5 I.
[1022] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 492; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 455; *Accaoui Lorfing,* La renégociation des contrats internationaux, Rn. 170 ff.
[1023] Zu letzterer siehe der Streit Kapitel 2 § 4 II B 1a).

keine Kenntnis von den Informationen gehabt und der Informationspflichtige muss über die Informationen verfügt haben oder hätte sie zumindest kennen müssen und die Informationen müssen die für die Willensbildung der anderen Partei von Bedeutung sein.[1024]

Die vertragliche Informationspflicht beruht auf Billigkeitsgesichtspunkten iSd Art. 1135 Code civil aF und auf der Kooperationspflicht zwischen den Vertragspartnern gemäß Art. 1134 Abs. 3 Code civil aF.[1025] Die vertragliche Informationspflicht kann unterschiedlich weit gehen.[1026] Es gibt drei Stufen: Die einfache Informationspflicht (*obligation d'information* oder *obligation de renseignement*) verpflichtet nur zur Mitteilung wesentlicher Informationen. Auf der zweiten Stufe kommt die Hinweis- und Warnpflicht (*obligation de mise en garde*). In diesem Fall wird der Schuldner zusätzlich verpflichtet, Hinweise und Warnungen zu erteilen, ohne dass der Gläubiger notwendigerweise nachfragen muss. Zuletzt kommt die Beratungspflicht oder *devoir de conseil.* Der Schuldner muss den Gläubiger dann aktiv in dessen Angelegenheit beraten und Empfehlungen aussprechen.

Die Rechtsprechung entscheidet je nach Einzelfall über die Intensität der vertraglichen Informationspflicht, wobei einige Richtlinien auszumachen sind.[1027] Wenn die verkauften Gegenstände gefährlich oder technisch kompliziert sind, kann der Gläubiger eine umfassende Informationspflicht erwarten. Dem Schuldner ist dann mindestens eine Hinweispflicht aufgebürdet.[1028] Bei Dienstleistungsverträgen wird oft eine Beratungspflicht vom Dienstverpflichteten erwartet.[1029]

Zu der Unbestimmtheit über die Reichweite der vertraglichen Informationspflicht kam ein weiterer Nachteil der „schöpferischen Auslegung" hinzu: die Ungewissheit über die Einordnung der Schutzpflicht als *obligation de moyen* oder *obligation de résultat* und die Begründung der Rechtsprechung durch Auslegung nicht vorhandenen Parteiwillens. All dies führte dazu, dass eine grundlegende Reform notwendig war, um eine klare Trennung zwischen Auslegung, Vertragspflichtenbegründung und Vertragsbindung einzuführen.

B. Abgrenzung zwischen Auslegung, Vertragspflichtenbegründung und Vertragsbindung nach Art. 1194 Code civil

Die Neuerung lautet :

[1024] 1ère Civile, 30. November 2004, Nr. 01-14.314, Bull. 2004 I, Nr. 298, S. 249; 3ème Civile, 29. März 2006, Nr. 04-15.253, Bull. civ. III Nr. 91, S. 75.
[1025] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 455.
[1026] Zum Folgenden: *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 455; *Le Tourneau/Poumarède,* Bonne foi, Répertoire de droit civil, Rn. 99 ff.
[1027] *Ghestin* (Hg.), Les effets du contrat, Rn. 49 listet die Entscheidungen auf.
[1028] Zum Beispiel Chambre commerciale, 4. Januar 2005, Nr. 03-16.790.
[1029] Zum Beispiel 1ère Civile, 11. Juni 1996, Bull. 1996 I, Nr. 245, S. 173; 1ère Civile, 30. Mai 2006, Nr. 03-14.275, Bull. 2006 I, Nr. 280, S. 245; 1ère Civile, 25. November 2003, Nr. 01-16.291, Bull. civ. I, Nr. 235, S. 196

„Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi."[1030]

Der neue Art. 1194 Code civil übernimmt fast wörtlich den Art. 1135 Code civil aF, sodass nicht fernlänge anzunehmen, dass sich die Reform in Grenzen hält. Allerdings hat der Gesetzgeber zu einigen Problemen der „schöpferischen Auslegung" Stellung genommen.

Art. 1194 Code civil wurde im Abschnitt über die Wirkung des Vertrags platziert und somit nicht dem Abschnitt zur Interpretation des Vertrags zugeordnet. Dadurch wird deutlich gemacht, dass Art. 1194 Code civil keine Auslegungsnorm ist. Während die Systematik vor der Reform kein heranzuziehendes Argument war,[1031] bedarf es nach der Reform einer anderen Betrachtung. Denn der Reformgeber hat sich ausdrücklich Gedanken über die Systematik gemacht und die Einteilung nicht dem Zufall überlassen.[1032] Das Ziel der verstärkten Rechtssicherheit sollte nämlich dadurch erreicht werden, dass dem dritten Buch des Code civil eine didaktische Aufteilung zugrunde liegt, die den Anwendungsbereich jeder Norm deutlich klarstellt.[1033]

Besonders deutlich wird dies bei dem Streit über die Einordnung des Art. 1194 Code civil. Einige Stimme in der Literatur kritisierten, dass Art. 1194 Code civil nicht im Abschnitt über den Inhalt des Vertrags (Art. 1162–1171 Code civil) eingeordnet worden ist. Da die Norm mit dem Inhalt des Vertrags zu tun habe, hätte sie in dem Abschnitt über den Vertragsgegenstand – *l'objet* – eingeordnet werden sollen.[1034] In diese Richtung ging auch das Reformprojekt *Terré*.[1035] Jedoch ist zu beachten, dass Art. 1194 Code civil wie auch Art. 1135 Code civil aF zum Ausdruck bringt, dass die Vertragsparteien über das Vereinbarte hinaus auch dem *tatsächlichen* Vertragsinhalt verpflichtet sind. Die Regelungen in Art. 1162 bis

---

[1030] Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 280: „Verträge verpflichten nicht nur zu dem, was in ihnen zum Ausdruck gebracht ist, sondern auch zu allem, was aus der Billigkeit, der Verkehrssitte oder dem Gesetz folgt."

[1031] Generelle Abneigung der systematischen Argumente, *Gaudemet*, Théorie générale des obligations, S. 974: „le juriste qui s'asservit à cette exégèse étroite, qui n'ose s'affranchir du plan suivi par le législateur subit l'influence de l'économie vicieuse du Code civil." Siehe dazu *Jacques,* Regards sur l'article 1135 du Code civil, Rn. 133.

[1032] Siehe Ziele und Ermächtigungsprogramme in Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[1033] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: „Ensuite, l'ordonnance propose de simplifier le plan du livre III du code civil en adoptant un plan plus pédagogique. Le plan actuel, qui repose notamment sur des distinctions depuis discutées, doit être entièrement repensé et restructuré aux fins de conférer à chaque texte un champ d'application bien déterminé et d'en renforcer la clarté." Übersetzung: Dann schlägt die Verordnung vor, den Plan von Buch III des Code civil zu vereinfachen, indem sie einen pädagogischeren Plan einführt. Der derzeitige Plan, der sich insbesondere auf die inzwischen diskutierten Unterscheidungen stützt, muss vollständig überdacht und neu strukturiert werden, um jedem Text einen klar definierten Umfang zu geben und seine Klarheit zu stärken.

[1034] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 521; *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art. 1194.

[1035] Art. 58 Reformprojekt *Terré*; *Houtcieff*, Le contenu du contrat, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 183, 203 ff.

1171 Code civil zum Vertragsinhalt bestimmen die Wirksamkeit des *vereinbarten* Vertragsinhalts. Hingegen bestehen keine Zweifel, dass die von der Rechtsprechung geschaffenen Pflichten wirksam und rechtmäßig sind. Sie wurden jedoch nicht vereinbart, sondern sind Ausfluss der Vertragsbindung. In dieser Hinsicht muss allerdings bestimmt werden, wozu die Vertragsparteien verpflichtet sind, zu klören ist also, welche „suites contractuelles" der Vertrag mit sich bringt. Infolgedessen ist die Einordnung in den Abschnitt über die Wirkungen des Vertrags und insbesondere unmittelbar nach der Regelung zur Vertragsbindung gerechtfertigt.

Es ist zu erwarten, dass sich die Rechtsprechung weiterhin auf Art. 1194 Code civil stützen wird, um den Parteien neue Pflichten aufzuerlegen. Ob sie immer noch den Begriff „schöpferische Auslegung" verwenden wird, ist allerdings fraglich.[1036] Der französische Gesetzgeber hat es vermocht, die Unterschiede zwischen Auslegung, Vertragspflichtenbegründung und Inhalt der Vertragsbindung zu erläutern. Auch auf europäischer und internationaler Ebene hat sich diese Frage gestellt. Zu prüfen ist somit, wie diese Problematik in den anderen untersuchten Rechtsquellen gelöst worden ist und ob sich der französische Gesetzgeber im Umgang mit dem Problem von ihnen hat inspirieren lassen.

C. Abgrenzung zwischen Auslegung, Vertragspflichtenbegründung und Vertragsbindung auf europäischer und internationaler Ebene

Bevor mit dem Rechtsvergleich begonnen wird, ist es erforderlich, die Rechtsbegriffe zu definieren (1.), um die richtige Bezugsnorm für die folgende Untersuchung der französischen Vorschrift zu finden (2.).

1. Begriffsbestimmung

Wie im französischen Recht unterscheiden die europäischen und internationalen Regelwerke und das deutsche Recht zwischen objektiver und subjektiver Auslegung. Zuerst muss der wirkliche Parteiwille ermittelt werden. Die subjektive Auslegung hat somit bei jeder zum Rechtsvergleich herangezogenen Rechtsquelle Vorrang.[1037] Wenn allerdings dies nicht möglich ist, werden objektive Kriterien herangezogen: Die Erwartungen einer vernünftigen Person in derselben Situation[1038] oder die wirksamkeitsorientierte Auslegung,[1039] um nur einige zu nennen. In diesem Zusammenhang ist die Erläuterung der ergänzenden Vertragsauslegung nach deutschem Recht wichtig. Bei der ergänzenden Vertragsauslegung handelt es sich um

[1036] *Jacques* in Regards sur l'article 1135 du Code civil, Rn. 149 ff. schlägt vor, den Begriff „appréciation" einzuführen. Seiner Ansicht nach wäre dadurch die Trennung zwischen Auslegung und Erweiterung der Vertragspflichten deutlicher. Bisher hat sich seine Meinung nicht durchsetzen können.
[1037] Comment 2., Art. 4.2 UPICC; Comment B., Art. 5:101 PECL, Comment B., D., Art. II.-8:101 DCFR; Art. 39 Abs. 3 Gandolfi-Code.
[1038] Art. 4.1 (2) UPICC; Art. 5:101 (3) PECL; Comment D., Art. 5:101 PECL; Art. II.-8:101 (3) DCFR; Comment D., Art. II.-8:101 DCFR.
[1039] Art. 4.5 UPICC, Art. 5:101 PECL, Art. II.-8:106 DCFR, Art. 40 Abs. 2 Gandolfi-Code.

das „Zu-Ende-Denken“ des Vertrags.[1040] Ziel ist es, eine Lücke in der rechtsgeschäftlichen Regelung zu schließen.[1041] Dies erfolgt nicht durch Heranziehung dispositiven Rechts, sondern anhand von Kriterien, die sich an der Interessenlage im konkreten Fall oder an Gesichtspunkten orientieren, die für Rechtsgeschäfte dieser Art typisch sind.[1042] Es wird somit versucht, dem hypothetischen Parteiwillen zu entsprechen und ihn fortzusetzen. Insofern stellt sich die ganze Vorgehensweise als eher subjektiv dar.[1043]

In jedem untersuchten Regelwerk taucht der Begriff „implied terms“ im Zusammenhang mit dem Vertragsinhalt und der Bestimmung der Vertragswirkungen auf.[1044] Dieser Begriff stammt aus dem Common Law und bezeichnet die Methode, mit der englische und irische Gerichte die Lücken eines Vertrages schließen.[1045] Die Regelwerke verstehen jedoch den Begriff anders als das englische oder irische Recht. Nach den offiziellen Kommentaren geht es darum, das Vereinbarte zu ergänzen, „weil und soweit die Parteien für einen Punkt keine Bestimmung vorgeschlagen haben, der für das Funktionieren des Vertrags notwendig ist“.[1046] Die Ergänzung soll sich nach folgenden Kriterien richten: Wille der Parteien, Natur und Zweck des Vertrages und Gebot von Treu und Glauben sowie dem redlichen Geschäftsverkehr.[1047] In den offiziellen Kommentaren werden daher ergänzende Vertragsauslegung und stillschweigende Bestimmung im Erfolg als äquivalent betrachtet.[1048]

Ein dritter zu klärenden Begriff ist jener der Rechtsfortbildung. Die Rechtsfortbildung betrifft nicht nur eine Lückenfüllung, sondern sie nimmt eine Art Korrektur des geltenden Rechts vor.[1049] Die Abgrenzung zur Vertragsauslegung ist in der Theorie klar: Die Vertragsauslegung bezieht sich auf Willenserklärungen, während die Rechtsfortbildung an Gesetze anknüpft. Die Rechtsfortbildung zielt darauf ab, nicht das tatsächlich Gewollte, sondern die interessengerechten Rechtsfolgen des Gesetzes zu ermitteln.[1050] Dadurch werden objektive Vertragspflichten begründet und den Vertragsparteien auferlegt. Diese Definition gilt auf jeden Fall für das deutsche

[1040] MüKoBGB/*Busche* BGB § 157 Rn. 27.
[1041] MüKoBGB/*Busche* BGB § 133 Rn. 6, § 157 Rn. 26 ff.; Staudinger/*Roth* BGB § 157 Rn. 4.
[1042] MüKoBGB/*Busche* BGB § 157 Rn. 26; BeckOK BGB/*Wendtland* BGB § 157 Rn. 38 ff.
[1043] Streitig ist in Deutschland, auf welcher gesetzlichen Grundlage die ergänzende Vertragsauslegung beruht (§§ 133, 157 BGB oder § 242 BGB). Da diese Auslegungsart ganz überwiegend akzeptiert ist, bedarf es für diese Arbeit weder der Darstellung des Streits noch des Meinungsstands.
[1044] Art. 6:102 PECL, Art. 5.1.1, 5.1.2 UPICC, Art. II.-9:101 DCFR, Art. 32 Gandolfi-Code.
[1045] Anmerkung 1, Art. 6:102 PECL; Notes Rn. 8, Art. II.-9:101 DCFR.
[1046] Comment A, Art. 6:102 PECL; Commentaries on European Contract Laws/*Dedek*, Art. 6:102 Rn. 16.
[1047] Art. 4.8 (2), 5.1.2 UPICC, Art. 6:102 PECL, Art. II.-9:101 (2) DCFR, Art. 32 Abs. 1 Gandolfi-Code.
[1048] Siehe Comment A, Art. II.-8: 101 DCFR; Notes Rn. 8f, Art. II.-9:101 DCFR; Commentary on PICC/*Vogenauer,* Art. 5.1.2; Commentaries on European Contract Laws/*Dedek*, Art. 6:102 Rn. 16.
[1049] MüKoBGB/*Schubert* BGB § 242 Rn. 22. Siehe dazu *Sandrock,* Die Fortbildung des materiellen Rechts durch die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, in: *Böckstiegel* (Hg.), Rechtsfortbildung durch Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, DIS, S. 21, 25 ff.
[1050] MüKoBGB/*Schubert* BGB § 242 Rn. 120.

und französische Recht, wobei beide Begriffe nicht einheitlich verwendet werden.[1051] Fraglich ist allerdings, ob die untersuchten Regelwerke taugliche Gegenstände der Rechtsfortbildung sein können. Dies ist zum einen aufgrund des Zwecks der Regelwerke problematisch. Denn die Regelwerke sollen den Stand der international anerkannten Rechtsprinzipien wiedergeben.[1052] Entwickeln sich die international geltenden Grundsätze weiter, müssen die Regelwerke dementsprechend angepasst werden. Zum anderen stellt sich die Frage, wer befugt ist, die Regelwerke derart auszulegen, dass sie einen weiteren Sinn aufweisen. Staatliche Richter sind die hauptsächlichen Akteure der Rechtsfortbildung nationalen Rechts.[1053] Ob sie auch dafür zuständig sind, *Soft-law*-Instrumente weiterzuentwickeln, ist fraglich. Denn es stellt sich die Folgefrage der internationalen Anerkennung von Urteilen und deren *erga omnes*-Wirkung. Würde sich ein staatlicher Richter eine besondere Auslegung eines Regelwerks erlauben und würde dies als Rechtsfortbildung angenommen, könnte die Unparteilichkeit der Regelwerke bezweifelt werden. Zudem ist es Ziel der internationalen Regelwerke, eine einheitliche Anwendung der Prinzipien zu gewährleisten.[1054] Die Möglichkeit der Rechtsfortbildung durch ein nationales Gericht könnte die internationale Harmonisierung gefährden. Allerdings mag die internationale Schiedsgerichtsbarkeit dazu beitragen, die Regelwerke fortzubilden.[1055] Mit der Gleichstellung von Schieds- und staatlichen Gerichten sind nun auch die Schiedsrichter befugt, das anwendbare materielle Recht fortzubilden.[1056] Den internationalen Schiedsrichtern kann zudem kein Vorwurf nationaler Parteilichkeit gemacht werden. Problematisch ist jedoch, dass die Schiedssprüche selten veröffentlicht werden, was eine wesentliche Beeinträchtigung für die Rechtsfortbildung darstellt.[1057] Mithin können französisches und deutsches Recht durch Gerichte oder Schiedsgerichte fortgebildet werden. Ob dies ebenfalls für die untersuchten Regelwerke gilt, scheint zweifelhaft. Die Regelwerke können allerdings dazu beitragen, nationales Recht fortzubilden. In diesem Fall sind sie die Ursache der Rechtsfortbildung und nicht deren Gegenstand.[1058]

[1051] Siehe Kapitel 3 § 7 III C 2 b).
[1052] Siehe Kapitel 1 § 2.
[1053] Für das deutsche Recht siehe Soraya-Entscheidung BVerfG, Beschluß vom 14. 2. 1973 - 1 BvR 112/65 = NJW 1973, 1221; BVerfG, Beschluß vom 11. 10. 1978 - 1 BvR 84/74 = NJW 1979, 305, 307; *Sandrock,* Die Fortbildung des materiellen Rechts durch die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, in: *Böckstiegel* (Hg.), Rechtsfortbildung durch Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, DIS, S. 21, 26. Für das französische Recht siehe oben Kapitel 3 § 7 III.
[1054] Comment 3., Art. 1.7 UPICC: "the Principles' main objective is to provide a uniform framework for international commercial contracts, expressly refers to the need to promote uniformity in their application, i.e. to ensure that in practice they are to the greatest possible extent interpreted and applied in the same way in different countries." Siehe auch Art. 1:106 PECL und Art. I-1:102 DCFR.
[1055] *Sandrock,* Die Fortbildung des materiellen Rechts durch die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, in: *Böckstiegel* (Hg.), Rechtsfortbildung durch Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, DIS, S. 21 ff.
[1056] *Berger,* FS Sandrock, 2000, S. 49, 56.
[1057] *Sandrock,* Die Fortbildung des materiellen Rechts durch die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, in: *Böckstiegel* (Hg.), Rechtsfortbildung durch Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, DIS, S. 21, 28.
[1058] Zur internationalen Auslegung nationalen Rechts siehe *Berger,* FS Sandrock, 2000, S. 49 ff.

Einige Stimmen in der Literatur warnen davor, dass eine strenge Grenze zwischen den drei Rechtsbegriffen schwer zu ziehen sei.[1059] Dennoch müsse stets versucht werden, eine Unterscheidung zu gewährleisten. Durch sie solle dem Richter bewusst werden, dass Auslegung, Vertragspflichtenbegründung und Vertragsbindung nicht sogleich den Willen der Parteien träfen bzw. ihn zugrunde legten.[1060]

2. Die Abgrenzung im Rechtsvergleich

a) Mit den europäischen und internationalen Regelwerken

Auch für die Erarbeiter der Regelwerke gab es Schwierigkeiten, die Rechtsbegriffe der Vertragsauslegung, der Vertragspflichtenbegründung und der Vertragsbindung zu unterscheiden.[1061] Sie haben hierfür eine systematische Unterscheidung vorgenommen: Wie nun auch in Frankreich wurden die Regeln über die Vertragsauslegung von den Regeln über die *implied obligations* getrennt. Allerdings sind die Grenzen fließend und oft wird den Regelwerken eine gewisse Redundanz vorgeworfen.[1062]

Die UPICC stehen in der *Civil-law*-Tradition.[1063] Sie versuchen mit Art. 4.8 UPICC eine Grundlage für eine Art ergänzender Vertragsauslegung zu geben und mit Art. 5.1.1 f. UPICC eine Grundlage für die Vertragspflichtenbegründung zu regeln.[1064] Die Erarbeiter der UPICC haben die Regelung des Art. 5.1.1 UPICC früh entworfen, hingegen wurde Art. 4.8 UPICC später eingefügt, als das vierten Kapitel fast fertig war.[1065] Trotz gewisser Überschneidungen[1066] sah *Lando* in den „implied obligations" iSd Art. 5.1.1 UPICC eine Entsprechung der „obligations implied in law", d. h. dispositives Recht.[1067] Demnach sollte Art. 5.1.1 UPICC eine ähnliche Funktion wie Art. 1135 Code civil aF erfüllen:[1068]

> „Defaut rules framed in general terms that are read into all contracts of a particular type on basis that contracts create an obligation not only covering what is expressed

[1059] Commentary on PICC/*Vogenauer,* Art. 4.8 Rn. 1; Commentaries on European Contract Laws/*Dedek*, Art. 6:102 Rn. 15.
[1060] *Maultzsch*, GPR 3/11, 114, 118; aA Commentary on PICC/*Vogenauer,* Art. 4.8 Rn. 1; Commentaries on European Contract Laws/*Dedek*, Art. 6:102 Rn. 15.
[1061] Zur Abgrenzung zwischen Auslegung und Vertragspflichtenbegründung in den UPICC und den PECL siehe *Baumann,* Regeln der Auslegung internationaler Handelsgeschäfte, S.107 ff.
[1062] *Vogenauer* in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts, S. 138; Commentaries on European Contract Laws/*Dedek*, Art. 6:102 Rn. 15; *Jacques,* Regards sur l'article 1135 du Code civil, Rn. 114.
[1063] Commentaries on European Contract Laws/*Dedek*, Art. 6:102 Rn. 15.
[1064] *Baumann,* Regeln der Auslegung internationaler Handelsgeschäfte, S. 113ff., 127 ff.
[1065] (1991) PC- Misc 15, S. 49-51.
[1066] Siehe dazu die Debatte zur Abgrenzung beider Normen (1993) PC-Misc 17, S. 160ff. Siehe ferne (1993) PC-Misc 17, S. 165: „Bonell thought that nobody could question the fact that nobody would ever be able to elaborate a precise definite distinction between what was called 'implied terms' and what was called 'supplied terms', or 'Vertragsauslegung' and 'ergänzende Vertragsauslegung'."
[1067] (1993) PC-Misc 17, S. 142 f., 160 ff. Siehe dazu Commentary on PICC/*Vogenauer*, Art. 4.8 Rn. 8.
[1068] Commentary on PICC/*Vogenauer*, Art. 4.8 Rn. 8.

in them, but also for all consequences which the law (*la loi*), usage, equity, or good faith demand."[1069]

Hingegen sollte Art. 4.8 UPICC für die Ergänzung die Umstände des konkreten Falls berücksichtigen und eher auf subjektiver Ebene die *supplementation of omitted terms* vornehmen, d. h. nach englischem Verständnis „implied in facts" vorgehen.[1070] Während also Art. 4.8 UPICC für die Bestimmung auf den Parteiwillen verweist, sollten die *implied obligations* unter Verwendung objektiven Kriterien eingefügt werden.

Allerdings werden Art. 5.1.1 f. UPICC in der Literatur als unnötige Wiederholungen kritisiert, weil sie zum einen dieselbe Rechtsfrage wie Art. 4.8 UPICC betreffen.[1071] Zum anderen führte das vorgeschlagene Abgrenzungskriterium zu keinem Ergebnis.[1072] Angenommen, Art. 5.1.1 f. UPICC ermöglichte eine Vertragspflichtenbegründung durch Heranziehung dispositiven Rechts, dann müssten die UPICC über einen weiten normativen Rahmen mit Regelungen zu speziellen Verträgen verfügen, um daraus allgemeine für jede Vertragsart geltende Pflichten herleiten zu können. Zwar beinhalten die UPICC-Vorschriften dispositives Recht, allerdings finden die Vorschriften unmittelbar Anwendung und nicht Art. 5.1.1 f. UPICC entsprechend.[1073] Eine Ergänzung des Vertragsinhalts kann also nur unter Berücksichtigung besonderen Umstände (Vertragsart, Vertragsparteien) oder allgemeinen Elemente, wie die in Art. 5.1.2 (b), (c), (d) UPICC genannten, erfolgen. All diese Anhaltspunkte sind jedoch genauso relevant für die Anwendung von Art. 4.8 UPICC, sodass eine klare Abgrenzung zwischen Art. 4.8 und 5.1.1 f. UPICC nicht möglich ist.[1074]

Die PECL, der DCFR und der Gandolfi-Code verfügen nur über eine Bestimmung zu den *implied terms*.[1075] Die systematische Trennung der Vorschriften über die Einfügung von *implied terms* und die Auslegung soll die Unterschiede in den Vertragsergänzungstechniken verdeutlichen. Insbesondere sollte dadurch zum Ausdruck kommen, dass die Einfügung von *implied terms* keine zusätzliche Auslegungsmethode darstellt.[1076] Allerdings verweisen sie in unterschiedlicher Weise auf den Parteiwillen, wobei dieser wiederum nach der oben vorgenommen Begriffsbestimmung für die ergänzende Vertragsauslegung maßgeblich sein soll. Die stillschweigende Bestimmung neuer Pflichten kann somit aus der Parteivereinbarung

[1069] Commentary on PICC/*Vogenauer*, Art. 4.8 Rn. 8.
[1070] (1991) PC – Misc 15, S. 49 f.; Commentary on PICC/*Vogenauer*, Art. 4.8 Rn. 8.
[1071] Commentary on PICC/*Vogenauer*, Art. 4.8 Rn. 7; Commentaries on European Contract Laws/*Dedek*, Art. 6:102 Rn. 15.
[1072] Zum Folgenden: Commentary on PICC/*Vogenauer*, Art. 4.8 Rn. 8 f.
[1073] Commentary on PICC/*Vogenauer*, Art. 4.8 Rn. 9, Fn. 299.
[1074] Diese Argumentation gilt auch für Art. 6:102 PECL. Denn die Vorschrift nimmt kein Bezug auf dispositives Recht, um den Vertragsinhalt zu ergänzen, was darin zurückzuführen ist, dass wie die UPICC die PECL keine Vorschriften über spezielle Vertragsarten verfügt. Hingegen enthalten Art. II.-9:101 (1) DCFR und Art. 32 Abs. 1 a) Gandolfi-Code einen solchen Verweis.
[1075] Zu den PECL siehe *Baumann,* Regeln der Auslegung internationaler Handelsgeschäfte, S. 116f.
[1076] Comment A., Art. II.-8:101 DCFR; Comment A., Art. 5:101 PECL; Commentaries on European Contract Laws/*Dedek*, Art. 6:102 Rn. 16.

entnommen werden (Art. 6:102 PECL).[1077] Der DCFR grenzt die Befugnisse des Richters dadurch ein, dass die Einfügung von *implied terms* dem Parteiwillen nicht widersprechen darf (Art. II.-9:101 (3) DCFR). Der Gandolfi-Code legt fest, dass die Ergänzung mit impliziten Vertragsbestimmungen notwendig sein muss, um die Rechtswirkungen herbeizuführen, die von den Parteien gewollt waren (Art. 32 Abs. 1 d) Gandolfi-Code). Die Abgrenzung zwischen Vereinbartem und tatsächlich Verpflichtendem wird somit in diesen Regelwerken nicht deutlich. Vielmehr scheinen die Vorschriften eine Mischung aus *implication in law* und *implication in facts* vorgenommen zu haben.[1078]

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die UPICC zwar über zwei getrennte Vorschriften verfügen, allerdings viel dafür spricht, dass sie einander derartig ähneln, dass es kaum möglich ist, die Regelungen voneinander abzugrenzen. Die anderen Regelwerke regeln die Vertragsergänzung in einer Vorschrift, um die Abgrenzung zwischen Auslegung und Vertragspflichtenbegründung zu verdeutlichen. Jedoch verweisen sie bei der Einfügung von *implied terms* auf den Willen der Vertragsparteien, der für die Auslegung von Verträgen maßgeblich sein soll. Dies ist unter anderem damit zu erklären, dass die Erarbeiter der Regelwerke versucht haben, einen Kompromiss zwischen dem Civil und dem Common Law herzustellen.[1079] Mithin schaffen die Regelwerke es nicht, eine Ausdifferenzierung zwischen Auslegung und Vertragspflichtenbegründung klarzustellen. Weil das Problem der Abgrenzung zwischen Auslegung, Vertragspflichtenbegründung und Vertragsbindung auch in den untersuchten Rechtsquellen maßgebend ist, scheint es schwierig, von den Vorschriften der Regelwerke Brücken zum französischen Recht zu schlagen.

b) Mit dem deutschen Recht

Im deutschen Recht ist die Grenzziehung zwischen ergänzender Vertragsauslegung und Vertragspflichtenbegründung ebenfalls kompliziert. Für die Untersuchung kommen §§ 157, 241 Abs. 2, 242 BGB in Betracht. Vom Wortlaut her scheinen diese drei Normen von der französischen weit entfernt zu sein. Um die Verbindung zwischen französischem und deutschem Recht zu verstehen, ist zunächst eine kurze Rückschau über die Entstehungsgeschichte der in Betracht kommenden Normen erforderlich.

Im ersten Entwurf zum BGB wurde § 359 BGB-Entwurf I vorgeschlagen, der lautete:

> „Der Vertrag verpflichtet den Vertragschließenden zu demjenigen, was sich aus den Bestimmungen und der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte sowie mit Rücksicht auf Treu und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergiebt."

[1077] *Baumann,* Regeln der Auslegung internationaler Handelsgeschäfte, S. 116 f.
[1078] Commentaries on European Contract Laws/*Dedek*, Art. 6:102 Rn. 17.
[1079] Commentaries on European Contract Laws/*Dedek*, Art. 6:102 Rn. 16 f.

Nach den gesetzgeberischen Motiven wurde § 359 BGB-Entwurf I entsprechend Art. 1134, 1135 Code civil aF geschaffen.[1080] Jedoch wurde die Norm nicht aufgenommen, weil befürchtet wurde, dass diese dem Grundsatz von Treu und Glauben zu ähnlich wäre und bloß dessen Inhalt wiederholen würde.[1081] Somit wurde der § 359 BGB-Entwurf I umgeschrieben und stattdessen entstand § 157 BGB.[1082] § 157 BGB enthält neben § 133 BGB eine allgemeine Auslegungsregel.[1083] Nach Inkrafttreten des BGB und vor der Schuldrechtsmodernisierung war es umstritten, nach welcher gesetzlichen Grundlage die ergänzende Vertragsauslegung, die aber grundsätzlich anerkannt war, [1084] durchzuführen sei: § 157 oder § 242 BGB.

Aufgrund der historischen Nähe wird oft behauptet, dass die ergänzende und „schöpferische" Vertragsauslegung einander ähnlich seien.[1085] Wäre Art. 1135 Code civil aF eine Auslegungsregel,[1086] wären in diesem Fall die französische und die deutsche Vorschriften ähnlich, da sie beide die Kriterien der objektiven *einfachen* Auslegung zugrunde legen. Allerdings hat die ergänzende Vertragsauslegung anders als die „schöpferische Auslegung" die Schließung einer Vertragslücke zum Ziel.[1087] Zudem werden durch ergänzende Vertragsauslegung den Parteien keine Nebenpflichten auferlegt.[1088] Dies erfolgte vor der Schuldrechtsreform durch Rechtsfortbildung gemäß § 242 BGB und danach anhand von § 241 Abs. 2 BGB. Die Schuldrechtsmodernisierung bezweckte mit § 241 Abs. 2 BGB eine Entlastung des § 242 BGB gerade in dieser Hinsicht.[1089] Durch Rechtsfortbildung wurden – genauso wie in Frankreich – Auskunftspflichten und Schutzpflichten in den Vertrag eingeführt.[1090] Nach dem deutschen Verständnis ergibt sich der Vertragsinhalt nicht nur aus dem Vertrag, er umfasst vielmehr alle einem Vertrag entspringenden Rechtsgebote, die geeignet sind, die Bindungswirkung zu begründen. Zu diesen

[1080] Mot. II 359: „Neben der in § 73 für Rechtsgeschäfte überhaupt gegebenen Norm stellt der Entwurf, nach dem Vorgange anderer moderner Kodifikationen (sächs.G.B. § 858; code civil Art. 1134, 1135; hess. Entw. Art. 135; banr. Entw. Art. 83, dresd. Entw. Art. 150; vertragl. Preuß. A.L.R. I, 5 § 270) für Verträge in Ansehung der hieraus resultierenden Verpflichtung die besondere Vorschrift des § 359 auf. Es werden hierdurch nicht blos gewisse Anhaltspunkte für die Ermittelung der aus konkreten Verträgen entspringenden Verpflichtungen gegeben, sondern vor Allem der wichtige und praktische Grundsatz zum Ausdruck gebracht, daß der heutige Geschäftsverkehr von der Rücksicht aus Treue und Glauben beherrscht wird, und, wo, die Ermittelung des Inhaltes eines Vertrages und der einzelnen hieraus für die Parteien fließenden Verpflichtungen in Frage steht, jene Rücksicht in erster Linie zu Richtschnur zu nehmen ist."
[1081] MüKoBGB/*Schubert* BGB § 242 Rn. 17; HKK/*Vogenauer* § 157 Rn. 25.
[1082] MüKoBGB/*Schubert* BGB § 242 Rn. 17; HKK/*Vogenauer* § 157 Rn. 25.
[1083] Staudinger/*Roth* BGB § 157 Rn. 1
[1084] NK-BGB/*Looschelders* BGB § 157 Rn. 2.
[1085] So *Jacques,* Regards sur l'article 1135 du Code civil, Rn. 90 ff.; Notes, Art. II.-9:101 DCFR; Comment A., Art. 5:101 PECL; Commentaries on European Contract Laws/*Dedek*, Art. 6:102 Rn. 10, 12.
[1086] Siehe oben Kapitel 3 § 7 III A.
[1087] BGH, Urteil vom 29. Januar 2010 - V ZR 132/09 = NJW 2010, 2649, 2650; NK-BGB/*Looschelders* BGB § 157 Rn. 2.
[1088] Staudinger/*Roth* BGB § 157 Rn. 8; MüKoBGB/*Busche* BGB § 157 Rn. 27 f.; BeckOK BGB/*Wendtland* BGB § 157 Rn. 31; aA *Jacques,* Regards sur l'article 1135 du Code civil, Rn. 93; Jauernig/*Mansel* BGB § 241 Rn. 9.
[1089] Siehe oben Kapitel 2 § 4 I B 3.
[1090] Siehe m.w.N. Palandt/*Heinrichs*, 61. Aufl., 2002, § 242 Rn. 23, 35 ff.

Rechtsgebote gehören Leistungspflichten, Rücksichtspflichten und Obliegenheiten.[1091] Infolgedessen entspricht die „schöpferische Auslegung“ eher den Grundsätzen des deutschen Verständnisses der Rechtsfortbildung als jenen der ergänzenden Vertragsauslegung.

Wenn die französische Rechtsprechung nun Art. 1194 Code civil heranzieht, um Vertragspflichten zu schaffen, dann wird Art. 1194 Code civil eine ähnliche Funktion haben wie § 241 Abs. 2 BGB. Die Normen werden nämlich klarstellen, dass der Schuldner auch zur Rücksichtnahme auf die Rechtssphäre des Gläubigers verpflichtet ist.[1092] Der tatsächlich verpflichtende Vertragsinhalt wird also durch Heranziehung der Art. 1194 Code civil und § 241 Abs. 2 BGB erfolgen.

Wie auch das deutsche Recht verfügt nun der Code civil über eine Vorschrift zum Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 1103 Code civil, § 242 BGB) und über eine Vorschrift zur Bestimmung des Inhalts der Vertragsbindung (Art. 1194 Code civil, § 241 Abs. 2 BGB). Die Ähnlichkeit, die schon vor der französischen Reform bestand, hat sich seit 2016 in dieser Hinsicht noch verstärkt.

[1091] *Weller,* Die Vertragstreue, S. 286.
[1092] MüKoBGB/*Bachmann* BGB § 241 Rn. 2.

§ 8 Die Theorie der Vertragsanpassung bei unvorhersehbaren Umständen als Ausnahme vom Grundsatz der Vertragsbindung, Art. 1195 Code civil

Die Theorie der Vertragsanpassung bei unvorhersehbaren Umständen oder *théorie de l'imprévision* stellt eine Ausnahme vom Grundsatz der Vertragsbindung dar. Die Parteien sind nämlich grundsätzlich verpflichtet, den Vertrag einzuhalten, gleichgültig ob die Preise gestiegen sind oder die Lieferung komplizierter geworden ist. Allerdings gibt es Ausnahmesituationen, in denen das vertragliche Gleichgewicht derart stark gestört ist, dass es unangemessen erscheint, eine Leistung zu verlangen. Dazu bot der Code civil keine Hilfe an. Schon früh in der zivilistischen Rechtsprechung wurde nämlich die Anerkennung eines entsprechenden Rechtsinstituts abgelehnt, sodass der Widerstand in der Literatur und Rechtsprechung bedeutend war. Um eine neue Vorschrift hierzu zu erlassen, musste der Gesetzgeber zunächst die Kritiker überzeugen (I.). Mit der Regelung des Art. 1195 Code civil hat der Gesetzgeber einen wichtigen Schritt in Richtung internationaler Rechtsharmonisierung gemacht (II.).

I. Die Rechtslage in Frankreich vor der Reform

Vor der Reform gab es zwei Theorien und ihre Foren: die Zivilgerichte, die die *théorie de l'imprévision* schon sehr früh ablehnten (A.), und die Verwaltungsgerichte, die einer Anwendung des Rechtsinstituts zuneigten (B.). Die Reformprojekte *Catala* und *Terré* waren sich einig, dass eine Regelung zu dem Thema erforderlich sei (C.). Die Frage war nur: Wie weit sollte man bei der Anerkennung gehen?

A. Die Ablehnung der Theorie der Vertragsanpassung bei unvorhersehbaren Umständen durch die Zivilgerichte

Die Entscheidung der *Cour de cassation* im Fall *Canal de craponne*[1093] sprach das Todesurteil über die Theorie der Vertragsanpassung bei unvorhersehbaren Umständen (1.). Die zivilrechtliche Rechtsprechung (2.) und die Vertragsparteien (3.) mussten demzufolge andere Wege finden, um die Probleme zu lösen.

1. Das Urteil im Fall *Canal de Craponne*

a) Sachverhalt

Im Jahre 1565 und 1567 wurde eine Vereinbarung auf unbestimmte Zeit mit Kündigungsausschluss zwischen der Gemeinde *Pélissade*, mehreren Grundeigentümern und *Adam de Craponne* abgeschlossen.[1094] In der Vereinbarung stand, dass *Adam de Craponne* auf Dauer zur Errichtung eines Kanals mit einigen Brücken, zum Erhalt der Bauwerke und zur Befüllung des Kanals mit Wasser und zudem zur Duldung der Wasserentnahme durch die Eigentümer der angrenzenden Grundstücke verpflichtet war. Als Gegenleistung vereinbarten sie, dass die Gemeinde und die

[1093] Civile, 6. März 1876, D. 1876.I.193.
[1094] Zum Folgenden siehe *Doralt,* RabelsZ 76 (2012), 761, 763 f.; *Capitant/Terré/Lequette/Chénedé* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, S. 176, Rn. 2.

Grundeigentümer den Kanal auf den Grundstücken duldeten und dem Errichter ein Entgelt zahlten.

Dreihundert Jahre später kam es zum Streit. Die Erben des *Adam de Craponne* waren höheren Ausgaben für die vereinbarten Pflichten ausgesetzt: Der Verkaufspreis des Wassers an die Grundeigentümer konnte nicht mehr die Kosten für die Einleitung des Wassers decken. Zudem hatten sich die Erhaltungskosten für das Bauwerk erhöht. Infolgedessen verlangte der *Marquis de Galliffet,* der Erbe des Errichters und Kläger, von der Gemeinde, der Beklagten, die Anpassung der Preise für die Wasserentnahmen.

b) Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht gewährte die Anpassung.[1095] Die *Cour de cassation* war allerdings anderer Meinung:

> „Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse 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."[1096]

Die *Cour de cassation* erlaubte sich, das Urteil des Berufungsgerichts auf Grundlage von Art. 1134 Code civil aF trotz des Rückwirkungsverbots nach Art. 2 Code civil[1097] aufzuheben, da die Bestimmung die bereits von jeher geltenden Grundsätzen ausdrücke.[1098] Das Gericht sah ein, dass sich die Umstände seit Vertragsschluss vor dreihundert Jahren geändert hatten. Dennoch verweigerten die Richter die Anpassung gemäß dem Grundsatz der bindenden Vertragswirkung.

Sowohl juristische als auch ökonomische Gründe erklären das strenge Urteil.[1099] Zu den juristischen zählen zwei Erklärungen. Die Gerichte befürchteten zum einen, dass die Anwendung des Rechtsinstituts zu einer Mehrung treuwidrigen Verhaltens

---

[1095] Cour d'appel Aix, 31. Dezember 1873.

[1096] Civile, 6. März 1876, D. 1876.I.193; *Capitant/Terré/Lequette/Chénedé* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, S. 172 ff. Übersetzung: In keinem Fall dürfen die Gerichte, so fair ihre Entscheidung auch erscheinen mag, den Zeitpunkt und die Umstände berücksichtigen, um die Vereinbarungen der Parteien zu ändern und neue Klauseln durch die von den Parteien freiwillig angenommenen zu ersetzen.

[1097] Art. 2 Code civil: La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif. Übersetzung: Das Gesetz gilt nur für die Zukunft, es hat keine rückwirkende Wirkung.

[1098] Civile, 6. März 1876, D. 1876.I.193: "Vu l'article 1134 du Code civil; Attendu que la disposition de cet article n'étant que la reproduction des anciens principes constamment suivis en matière d'obligations conventionnelles, la circonstance que les contrats dont l'exécution donne lieu au litige sont antérieurs à la promulgation du Code civil ne saurait être, dans l'espèce, un obstacle à l'application dudit article." Übersetzung: Gemäß Art. 1134 Code civil, Da es sich bei der Bestimmung dieses Artikels lediglich um eine Nachahmung der alten Grundsätze handelt, die im Bereich der vertraglichen Verpflichtungen ständig befolgt werden, kann die Tatsache, dass die Verträge, deren Erfüllung zu dem Streitfall führt, vor der Verkündung des Code civil [abgeschlossen wurden], im vorliegenden Fall kein Hindernis für die Anwendung dieses Artikels darstellen

[1099] Zum Folgenden: *Capitant/Terré/Lequette/Chénedé* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, S. 178 f., Rn. 4; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 470.

führen würde und dass bösgläubige Vertragspartner versuchen würden, ihre Verpflichtungen nicht zu erfüllen.[1100] Zum anderen waren sie besorgt, dass die im Ermessen des Richters stehende Entscheidung, den Vertrag zu ändern, zu Rechtsunsicherheit einführen würde. Ökonomisch gesehen wurde befürchtet, dass der Richter durch die Ermöglichung, sich von seiner Leistungspflicht zu lösen, eine Reaktionskette mit Drittbezug in Gang setzen würde, die unbeherrschbar wäre.[1101] Der Richter könne nämlich nicht einschätzen, welche Auswirkung seine Entscheidung auf die nationale Wirtschaft haben würde, sodass die Zurückhaltung als die beste Lösung galt.

2. Die Anwendung anderer Rechtsinstitute durch die Zivilgerichte

Die Ablehnung der Anwendung der *théorie de l'imprévision* durch die Zivilgerichte hatte zur Folge, dass andere Rechtsinstitute angewendet werden mussten, um die vertraglichen Probleme bei unvorhersehbaren Umständen zu lösen.

a) Das Urteil im Fall *Huard* und die Anwendung von Treu und Glauben

Dem Urteil im Fall *Huard*[1102] lag folgender Sachverhalt zugrunde:[1103] Der Kläger war ein Tankstellenbetreiber, beklagt war die Gesellschaft BP. Sie hatten 1970 einen Exklusivbezugsvertrag für fünfzehn Jahre über den Ankauf von Kraftstoff durch den Tankstellenbetreiber bei der Gesellschaft BP geschlossen. Nach der Liberalisierung der Verkaufspreise durch den Staat kam es dazu, dass der Kläger zu höheren Preisen beliefert wurde. Infolgedessen konnte er den Kraftstoff nicht zu wettbewerbsfähigen Preisen anbieten, obwohl die Beklagte vertraglich dazu verpflichtet war, den Kläger in ihr Netzwerk zu integrieren.

Die *Cour de cassation* sprach auf Grundlage des Art. 1134 Code civil aF folgenden Leitsatz aus:

> „[En] l'absence de tout cas de force majeure, la cour d'appel a pu décider qu'en privant [le plaignant] des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi."[1104]

Die Gesamtumstände des Vertrags wurden herangezogen: die Vertragsbedingungen, die Dauer der Geschäftsbeziehung, die Höhe der Investitionen.[1105] Diese Entscheidung führte nicht zur Anerkennung des Rechtsinstituts, allerdings stellte sie einen ersten Schritt in diese Richtung dar, wobei die Richter zwei Grenzen für die Anwendung aussprachen. Der Grundsatz von Treu und Glauben finde in einer sol-

---

[1100] So *Marty/Raynaud,* Les obligations, Tome I, Rn. 251.
[1101] Siehe dazu *Flour/Aubert/Savaux,* Les obligations, Vol. 1, Rn. 410, allerdings ablehnend.
[1102] Chambre commerciale, 3. November 1992, Nr. 90-18.547, Bull. civ. IV, Nr. 33.
[1103] Dazu *Doralt,* RabelsZ 76 (2012), 761, 770 f.; *Mestre,* RTD civ. 1993, 124 ff.
[1104] Chambre commerciale, 3. November 1992, Nr. 90-18.547, Bull. civ. IV, Nr 33. Übersetzung: Aufgrund des Fehlens eines Falles höherer Gewalt konnte das Berufungsgericht entscheiden, dass die Gesellschaft BP, indem sie dem Kläger die Mittel zur Ausführung wettbewerbsfähiger Preise entzog, den Vertrag nicht in gutem Glauben erfüllt hatte.
[1105] *Mestre,* RTD civ. 1993, 124 ff.

chen Konstellation keine Anwendung, wenn die Voraussetzungen der *force majeure* erfüllt seien oder wenn sich die Vertragsparteien auf einen Kooperationsvertrag geeinigt haben.[1106] Die *Cour de cassation* erachtete die von dem Berufungsgericht auferlegte Neuverhandlungspflicht als angemessen und sprach dem Kläger aufgrund der Weigerung der Beklagten, über einen Kooperationsvertrag zu verhandeln, einen Schadensersatzanspruch zu.[1107]

Weitere ähnliche Entscheidungen folgten, ohne allerdings daraus einen allgemein gültigen Grundsatz ableiten zu können.[1108]

b) Das Urteil im Fall *Soffimat* und die Anwendung der *cause*

Die Entscheidung im Fall *Soffimat* [1109] beruht auf der Anwendung des Art. 1131 Code civil aF über die fehlende *cause.* Vor der Darstellung des Falles *Soffimat* ist daher ein kurzer Überblick über die *cause* erforderlich.

Die *cause* war früher in Art. 1131 Code civil aF geregelt.[1110] Die *cause* muss als *cause finale* verstanden werden und betrifft den Vertragszweck. Innerhalb dieser *cause finale* muss zwischen der *cause objective* und der *cause subjective* unterschieden werden. Bei ersterer handelt es sich um den Vertragszweck, der bei jeder gleichartigen Vertragsart derselbe ist. Zum Beispiel liegt die *cause* bei dem Kaufvertrag in der Gegenleistung und bei der Schenkung im Schenkungswillen. Die *cause subjective* – auch *cause concrète* genannt – bezieht sich auf die inneren Beweggründe der Parteien. Gemäß Art. 1108 Code civil aF war die *cause* eine für die Wirksamkeit des Vertrags erforderliche Voraussetzung. Sie musste bestehen und rechtmäßig sein (Art. 1131 Code civil aF).

Das Urteil im Fall *Soffimat*[1111] legt eine besondere Anwendung der *cause objective* zugrunde und warf die Frage auf, ob die Veränderung der Rohstoffpreise zur Erfüllung der vertraglichen Pflichten einen Wegfall der *cause* bewirken und somit zur Verweigerung der Leistungserfüllung führen kann.[1112] Zwei Unternehmen hatten einen Vertrag für zwölf Jahre abgeschlossen. Die Beklagte musste zwei Motoren, die zur Energieproduktion eingesetzt wurden, instandhalten. Aufgrund der Erhöhung des Rohstoffpreises konnte die Beklagte die notwendigen Ersatzteile nicht mehr liefern und somit die Wartung der Motoren nicht mehr durchführen. Sie verlangte ein höheres Entgelt, das die Klägerin verweigerte. Die Klägerin beantragte daher einstweiligen Rechtsschutz zur Durchsetzung der Leistungspflicht. Die *Cour de cassation* lehnte den Antrag der Klägerin ab. Denn das Berufungsgericht habe nicht überprüft, ob aufgrund der unerwarteten Erhöhung der Rohstoffpreise und der

---

[1106] *Mestre,* RTD civ. 1993, 124, 127.
[1107] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 25.
[1108] Chambre commerciale, 22. Dezember 1998, Nr. 96-18.357, Bull. 1998 IV, Nr. 277, S. 232; Cour d'appel de Nancy, 26. September 2007, Nr. 06/02221; *Boutonnet,* D. 2008, 1120 ff. Noch ablehnend: 3ème Civile, 10. Dezember 2003, Nr 02-14.990; Cour d'appel de Bordeaux, 28. Oktober 2015, Nr. 14/00668.
[1109] Chambre commerciale, 29. Juni 2010, Nr. 09-67.369.
[1110] Zum Folgenden: *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 331 ff.
[1111] Chambre commerciale, 29. Juni 2010, Nr. 09-67.369.
[1112] Zum Folgenden: *Doralt,* RabelsZ 76 (2012), 761, 775 f.

daraus entstanden Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Vertragsgrundlage eine genügende Gegenleistung vorlag und ob somit die *cause* vorhanden war. Weil die Höhe des Entgelts im Vergleich zu den Ausgaben der Beklagten so niedrig war, fehlte der Leistung eine angemessene Gegenleistung. Demzufolge hatte die Leistung der Beklagten ihre *cause* verloren, was dazu führte, dass der Vertrag hinfällig wurde.

Mit dieser Entscheidung stellte die *Cour de cassation* die bisherige Rechtsprechung in Frage.[1113] Allerdings sprachen einige Autoren der Entscheidung ihren Rang ab.[1114] Zum einen wurde es nicht im *Bulletin* veröffentlicht, in dem alle entscheidungserheblichen Urteile zusammengestellt werden. Zum anderen widersprach im Jahre 2014 ein Urteil der vorherigen Entscheidung, indem die Richter die Hinfälligkeit des Vertrages aufgrund fehlender *cause* bei Ungleichgewicht wegen unvorhersehbarer Umstände ablehnten.[1115]

Der Grundsatz von Treu und Glauben und die *cause*[1116] wurden somit als Grundlagen herangezogen, die aus der Ablehnung der *théorie de l'imprévision* entstandenen Schwierigkeiten zu lösen. Eine weitere Möglichkeit bestand darin, das Problem durch Vertragsgestaltung zu umgehen.

3. Die Umgehung durch Vertragsgestaltung

Da der Richter keine Anpassungsmacht hatte, waren die Vertragsparteien auf sich gestellt. Es war den Vertragsparteien möglich, eine Klausel in den Vertrag aufzunehmen, die ihnen unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit eröffnete, den Vertrag bei Vorliegen einer unvorhersehbaren Änderung der Umstände anzupassen.[1117] In der französischen Vertragsrechtspraxis entwickelten sich hauptsächlich zwei Arten von Klauseln.

Die erste Möglichkeit ist, eine *clause d'adaptation automatique* zu vereinbaren.[1118] Bestes Beispiel hierfür ist die Indexierung der Preise. Diese Indexierung ermöglicht es den Vertragsparteien, sich vor finanziellen Einbußen zu schützen, unabhängig von einer vorherigen Neuverhandlung. Alles hängt von dem vereinbarten Index ab

---

[1113] *Mazeaud,* D. 2010, 2481, Rn. 3; *Aynès/Stoffel-Munck,* Droit et patrimoine, 2011, Nr. 200, IV.
[1114] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 26; *Serinet*, in: *Ghestin,* Droit des contrats, 2011, Rn. 9.
[1115] Chambre commerciale. 18. März 2014, Nr. 12-29.453: „La cause de l'obligation constituant une condition de formation du contrat, la Cour d'appel, appréciant souverainement la volonté des parties, a considéré que celle-ci résidait dans la mise à disposition de la marque et non dans la rentabilité du contrat." Übersetzung: Da die Ursache der Verpflichtung eine Voraussetzung für den Abschluss des Vertrages ist, ist das Berufungsgericht, das nach eigenem Ermessen den Willen der Parteien überprüft, der Ansicht, dass er in der Bereitstellung der Marke und nicht in der Rentabilität des Vertrages begründet ist.
[1116] Die *cause* wurde mit der Reform des Vertragsrechts abgeschafft, wobei heftige Debatte stattgefunden haben. Siehe dazu: *Mazeaud*, Droit et patrimoine, Nr. 240, 2014, 38 f.; *Aynès*, Droit et patrimoine, Nr. 240, 2014, 40 f.; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 401 ff.
[1117] Siehe in diesem Zusammenhang ICC No. 2708 (1976), nachgedruckt in *Jarvin/Derains,* Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, S. 297 ff.
[1118] Zum Folgenden: *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 472 ff., 1331 ff.; *Doralt,* RabelsZ 76 (2012), 761, 765 ff.; *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 98 ff.

und die Anpassung erfolgt automatisch. Zu beachten ist aber, dass für die Zulässigkeit einer solchen Klausel strenge Voraussetzungen zu erfüllen sind. Es wurde nämlich befürchtet, dass die Mehrung solcher Klauseln die finanzielle und wirtschaftliche Stabilität Frankreichs gefährden würde. Deswegen waren die Rechtsprechung und der Gesetzgeber zurückhaltend. Art. L 112-1 Abs. 1 Code monétaire et financier legt den Grundsatz des Verbotes sowie dessen Ausnahmen fest. In jedem Fall muss der Index zwingend mit dem Vertragsgegenstand oder mit der Tätigkeit einer der Parteien im direkten Zusammenhang stehen (Art. L 112-2 Abs. 1, 2 Code monétaire et financier). Nichtsdestoweniger gelten diese strengen Maßgaben nur für Verträge im Inland. Für internationale Verträge ist die Indexierung grundsätzlich immer zulässig.[1119]

Die zweite Möglichkeit ist die Vereinbarung einer Neuverhandlungsklausel.[1120] Diese Klausel verpflichtet die Vertragsparteien, den Vertrag neu zu verhandeln, wenn das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung aufgrund unerwarteter Umstände zerstört ist. Beispiel hierfür ist die *Hardship*-Klausel.[1121] Eine Vertragspartei kann die Anpassung des Vertrags verlangen, wenn sie unangemessen von der Veränderung des Gleichgewichts betroffen ist. Ursprünglich fand man eine solche Klausel vor allem in internationalen Handelsverträgen. Recht früh hat die Vertragsrechtspraxis die Vorteile der Klausel gesehen und sie auch in inländische Verträge aufgenommen.[1122] Diese Klausel erlegt den Parteien zwei Verpflichtungen auf: Zum einen müssen sie neuverhandeln, zum anderen müssen sie die Verhandlungen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben führen.[1123] Der Vertrag läuft während der Verhandlungen weiter, es sei denn, es wurde zusätzlich eine Suspendierungsklausel vereinbart. Wenn die Verhandlungen nicht erfolgreich sind, gelten die ursprünglichen Bedingungen weiter. Manchmal ist vorgesehen, dass bei erfolglosen Verhandlungen eine Partei den Vertrag auflösen kann.[1124] Diese Aufnahme einer solchen Klausel wird von der ICC unterstützt.[1125] Denn ohne ein Auflösungsrecht besteht die Gefahr, dass eine Partei die Situation ausnutzt und den Erfolg der Vertragsverhandlungen verhindert.

[1119] Die Rechtsprechung hat sich jedoch im Laufe der Zeit gelockert, sodass heute gesagt werden kann, dass das Verbot der Indexierung eher die Ausnahme ist, siehe Art. 1373 Code civil; 3ème Civile, 15. Februar 1972, Nr. 70-13.280, Bull. civ. Chambre civile 3, Nr. 100, S. 73; *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 98.

[1120] Zum Folgenden: *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 474, 1331 ff.; *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 101 ff.

[1121] Dazu *Ullmann,* CWILJ, Vol. 19, Issue 1, 1988, 81 ff.; *Ghestin* (Hg.), Les effets du contrat, Rn. 316 ff.

[1122] *Lequette,* De l'efficacité des clauses de hardship, in: *Bros/Mallet-Bricout* (Hg.), Liber amoricum Christian Larroumet, S. 267, 269.

[1123] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 474.

[1124] *Lequette,* De l'efficacité des clauses de hardship, in: *Bros/Mallet-Bricout* (Hg.), Liber amoricum Christian Larroumet, S. 267, 280 f.; *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 104.

[1125] Siehe ICC Hardship Clause 2003: „Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract."

Die zivilrechtliche Vertragsrechtspraxis hat mithin Umwege gefunden, um die strenge Ablehnung der *Cour de cassation* auszuweichen und die Bedürfnisse der Praxis zu befriedigen. Die Verwaltungsgerichte haben sich hingegen nicht gescheut, das Rechtsinstitut der *théorie de l'imprévision* anzuerkennen.

B. Die Annahme der Theorie der Vertragsanpassung bei unvorhersehbaren Umständen durch die Verwaltungsgerichte

Die Verwaltungsgerichte haben sehr früh die Theorie der Vertragsanpassung bei unvorhersehbaren Umständen angewendet. Die Anerkennung geht auf die Entscheidung im Fall *Gaz de Bordeaux* zurück (1.).[1126] Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen im Laufe der Zeit zugespitzt (2.).

1. Das Urteil im Fall *Gaz de Bordeaux*

a) Sachverhalt und Entscheidungsgründe

Die Stadt Bordeaux hatte eine Dienstleistungskonzession mit einer privaten Gesellschaft für die Beleuchtung der Stadt abgeschlossen. Die Beleuchtung sollte durch Gas erfolgen, was die Verwendung von Kohle voraussetzte. Aufgrund des Ersten Weltkrieges und der deutschen Besetzung der ostfranzösischen Montanregionen stieg der Kohlepreis. Die Gesellschaft konnte den Preis nicht mehr zahlen und verlangte somit von der Stadt Bordeaux eine Anpassung des Vertrags.

Der *Conseil d'État* begann zunächst in seinem Urteil vom 30. März 1916[1127] mit einer Rekapitulation der Entscheidung im Fall *Canal de craponne*.[1128] Grundsätzlich regele der Dienstleistungskonzessionsvertrag die Bedingungen der Erbringung der Leistungen umfassend und endgültig. Infolgedessen sei die Preisschwankung aufgrund wirtschaftlicher Umstände ein Vertragsrisiko, das ungünstig für die eine oder die andere Partei ausfallen könne. Das Risiko sei in den Vertrag einbezogen und bilde einen Bestandteil der Preiskalkulation.

Allerdings beurteilte der *Conseil d'État* die Rechtslage in diesem Fall anders, da außergewöhnliche Umstände vorlagen, nämlich eine im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses unvorstellbare Preissteigerung. Daher wurde das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung gestört. Die Richter nahmen sodann eine Abwägung vor zwischen dem Allgemeininteresse an der Erfüllung des Vertrags und den besonderen Bedingungen, die dazu führten, dass der Vertrag nicht unter üblichen Umständen ausgeführt werden konnte. Sie kamen sodann zu dem Ergebnis, dass die wirtschaftliche Grundlage des Vertrags erschüttert sei. Demzufolge solle die Klägerin nicht allein die Auswirkung der Änderung der Umstände tragen. Es müsste

[1126] Conseil d'État, 30. März 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux c/ Ville de Bordeaux, Nr. 59928.
[1127] Conseil d'État, 30. März 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux c/ Ville de Bordeaux, Nr. 59928.
[1128] Zum Folgenden: *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 18.

eine angemessene Aufteilung der Kosten vorgenommen werden. Die Klägerin erhielt eine Entschädigung, um die Mehrkosten zu ersetzen.

Das Urteil legt also die Grundsätze der Anwendung der *théorie de l'imprévision* fest, betont allerdings den Ausnahmecharakter der Lösung.

b) Rechtfertigung der Annerkennung durch die Verwaltungsgerichte

Nach Darlegung dieses Falles stellt sich die Frage, warum die Verwaltungsgerichte das Rechtsinstitut angewendet haben, nicht jedoch die Zivilgerichte. Gerechtfertigt wurde die Lösung damals unter Heranziehung der verwaltungsrechtlichen Grundsätze: „assurer dans l'intérêt général la continuité des services publics".[1129] Dieser Grundsatz erlangte später sogar verfassungsrechtlichen Rang.[1130] Es ging also darum, eine Lage zu beenden, die dem Allgemeininteresse widerspricht.

In der späteren Rechtsprechung des *Conseil d'État* änderte sich die Begründung, wobei der Grundsatz der Kontinuität der öffentlichen Versorgungsleistung weiterhin eine Rolle spielte. Der *Conseil d'État* entschied, dass der benachteiligte Vertragspartner auch nach Beendigung der Dienstleistungskonzession eine Entschädigung verlangen kann.[1131] Indem die vertragliche Beziehung schon beendet war, kann der Grundsatz der Kontinuität der öffentlichen Versorgungsleistung nur schwerlich zur Rechtfertigung herangezogen werden.[1132] Die Richter scheinen sich eher auf eine Wiederherstellung der Gerechtigkeit gestützt zu haben.[1133] Beide Rechtfertigungen widersprechen sich aber nicht :

> „la perspective d'obtenir une indemnité contribue à inciter le cocontractant à poursuivre l'exécution du contrat ; ses diligences doivent être compensées, pour ne pas dire récompensées, rétrospectivement."[1134]

Zu beachten ist jedoch, dass selbst wenn das Rechtsinstitut von den Verwaltungsgerichten anerkannt wurde, sich die Verwaltungsrichter nicht erlauben, den Vertrag

---

[1129] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 19; *Delvové/Long/Weil/Braibant/Genevois* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Nr. 29, S. 179 f., Rn. 5 f.; *Thibierge,* Le contrat face à l'imprévu, Rn. 335. Übersetzung: die Kontinuität der öffentlichen Versorgungsleistung im Allgemeininteresse sicherstellen.

[1130] Conseil constitutionnel, 25. Juli 1979, Nr. 79-105 DC: „[…] la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle […]."

[1131] Conseil d'État, 12. März 1976, Nr. 91471, Département Hautes-Pyrénées c/ Société Sofilia; Cour administrative d'appel de Douai, 28. November 2006, Nr. 04DA00928, Société Prestation Action; Conseil d'État, 10. Feburar 2010, Nr. 301116, Société Prest'action*; Hoepffner,* Fasc. 777: Exécution du contrat administrative, Rn. 146.

[1132] *Thibierge,* Le contrat face à l'imprévu, Rn. 335.

[1133] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 27; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 471.

[1134] *Delvové/Long/Weil/Braibant/Genevois* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Nr. 29, S. 180, Rn. 6. Übersetzung: Die Aussicht auf eine Entschädigung trägt dazu bei, die andere Partei zur weiteren Erfüllung des Vertrags zu ermutigen; ihre Sorgfaltspflichten müssen rückwirkend ausgeglichen, wenn nicht sogar belohnt, werden.

zu ändern, sondern dem Geschädigten eine Entschädigung zusprechen, die nur einen Teil des erlittenen Schadens ersetzt.[1135]

2. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Rechtsinstituts nach den Verwaltungsgerichten

Erforderlich ist zunächst, dass zwischen der Verwaltung und einem Dritten ein öffentlich-rechtlicher Vertrag abgeschlossen worden ist.[1136] Der öffentlich-rechtliche Charakter ist zwingend, allerdings auch ausreichend. Insbesondere ist der Vertragsgegenstand unerheblich. Die Theorie wurde schon auf Beförderungs- sowie auf Versorgungsverträge angewendet.[1137] Weiterhin muss es sich um einen Dauervertrag handeln. Denn ein Vertrag, der sofort durch Erfüllung erledigt ist, kann nicht die weiteren Voraussetzungen des Rechtsinstituts erfüllen. Vor allem ist dann die Änderung der Umstände unerheblich.[1138]

Ferner müssen Umstände gegeben sein, die unvorhersehbar sind und außerhalb der Parteiverantwortung liegen.[1139] Sie müssen die angemessenen Erwartungen der Parteien vereiteln, die bei Abschluss des Vertrags diesem zugrunde gelegt worden sind. Diese Voraussetzung ist jedoch nicht erfüllt, wenn das Ereignis, das die Umstände ändert, schon bei Vertragsabschluss absehbar war.[1140] Wenn die Verwaltung für den Schaden verantwortlich ist, dann findet die Theorie *du fait du prince* Anwendung. In diesem Fall muss die Verwaltung den gesamten Schaden allein tragen. Umgekehrt, wenn also der Vertragspartner das Verschulden trägt, hat er keinen Anspruch auf Entschädigung.[1141]

Letztlich muss das schädigende Ereignis das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags beeinträchtigt haben.[1142] Zu beachten ist, dass das schädigende Ereignis die Erfüllung des Vertrags nicht unmöglich machen muss. Ansonsten läge ein Fall von *force majeure* vor.[1143] Die Störung muss erheblich sein, es darf sich also nicht

---

[1135] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 27.
[1136] *Delvové/Long/Weil/Braibant/Genevois* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Nr. 29, S. 177 f., Rn. 2; *Hoepffner,* Fasc. 777: Exécution du contrat administrative, Rn. 145.
[1137] *Delvové/Long/Weil/Braibant/Genevois* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Nr. 29, S. 177 f., Rn. 2; *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 19; *Hoepffner,* Fasc. 777: Exécution du contrat administrative, Rn. 1465 m.w.N.
[1138] *Delvové/Long/Weil/Braibant/Genevois* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Nr. 29, S. 178, Rn. 2; *Hoepffner,* Fasc. 777: Exécution du contrat administrative, Rn. 142.
[1139] Conseil d'État, 2. Juli 1982, Nr. 23653, Société routière colas; Cour administrative d'appel de Marseille, 30. Mai 2005, Nr. 00MA02573, Société Germain; *Delvové/Long/Weil/Braibant/Genevois* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Nr. 29, S. 178, Rn. 3; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 469; *Hoepffner,* Fasc. 777: Exécution du contrat administrative, Rn. 143.
[1140] Tribunal admnistratif de Nice, 20. Oktober 2006, Nr. 0203590, Société Eurovia Méditerrannée, Société Appia Var Alpes c/ Préfet Var bezüglich der Schwankungen von Rohstoffpreisen.
[1141] *Delvové/Long/Weil/Braibant/Genevois* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Nr. 29, S. 178, Rn. 3 m.w.N.
[1142] Cour administrative d'appel de Bordeaux, 7. Oktober 2008, Nr. 06BX01893, Société Bec Frères, Société Mazza et Sociétés Connes; *Delvové/Long/Weil/Braibant/Genevois* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Nr. 29, S. 179, Rn. 4; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 469; *Hoepffner,* Fasc. 777: Exécution du contrat administrative, Rn. 144; *Thibierge,* Le contrat face à l'imprévu, Rn. 337.
[1143] Siehe dazu Kapitel 4 § 11 II B 5.

nur um entgangenen Gewinn handeln.[1144] Wann die Schwelle der Erheblichkeit erreicht wurde, entscheidet der Richter im Einzelfall und nach seinem Ermessen.[1145]

Bei Vorliegen einer erheblichen Störung der vertraglichen Beziehung muss der Vertragspartner weiterhin leisten.[1146] Würde die betroffene Partei aufhören, ihre vertraglichen Leistungspflichten zu erfüllen, hätte sie keinen Anspruch auf Entschädigung.[1147] Dies wird mit dem Grundsatz der Kontinuität der öffentlichen Versorgungsleistungen gerechtfertigt. Die Leistung des Vertragspartners wird auch dadurch gefördert, dass er die Entschädigung selbst nach Beendigung der vertraglichen Beziehung fordern kann.[1148] Die Höhe der Entschädigung wird anhand der erlittenen Verluste für den Zeitraum zwischen Beginn und Ende der *imprévision* berechnet.[1149] Hinzu kommt noch die Bestimmung des Mitverschuldens, um die Verluste zwischen Verwaltung und Vertragspartner gerecht aufzuteilen. Grundsätzlich übernimmt die Verwaltung 90 % des Schadens.[1150] Die verwaltungsrechtliche *théorie de l'imprévision* sieht nicht vor, dass der Verwaltungsrichter den Vertrag anpassen darf.[1151] Die vom Richter möglichen auszusprechenden Rechtsfolgen beschränken sich auf Entschädigung und Auflösung des Vertrags.

Die Unterschiede zwischen der verwaltungs- und zivilrechtlichen Rechtsprechung zeigten die Schwankungen in Frankreich zwischen Anerkennung und Ablehnung des Rechtsinstituts. Auch in der Literatur war die *théorie de l'imprévision* umstritten.

C. Die Theorie der Vertragsanpassung bei unvorhersehbaren Umständen in der Lehre

Die Lehre war sich in Bezug auf die Theorie der Vertragsanpassung bei unvorhersehbaren Umständen uneinig. Die Anerkennung stieß auf Widerstand einiger Stimmen (1.). Diese Debatte spiegelt sich in den Vorschlägen der Reformprojekte *Catala* und *Terré* wider (2.).

1. Der Streit über die Anerkennung

Dass die zivilrechtliche Rechtsprechung über hundert Jahre unverändert geblieben ist, lag auch daran, dass sie von einem Teil der Literatur unterstützt wurde. Die Ansicht, die gegen die Anerkennung der *imprévision* war, berief sich auf Art. 1134 Abs. 1 Code civil aF und die bindende Vertragswirkung. [1152] Die Regel *pacta sunt*

[1144] Conseil d'État, 2. Juli 1982, Nr. 23653, Société routière colas*; Delvové/Long/Weil/Braibant/Genevois* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Nr. 29, S. 179, Rn. 4.
[1145] *Hoepffner,* Fasc. 777: Exécution du contrat administrative, Rn. 144.
[1146] *Thibierge,* Le contrat face à l'imprévu, Rn. 339.
[1147] Conseil d'État, 5. November 1982, Nr. 19413, Société Propétrol.
[1148] Siehe oben Kapitel 3 § 8 I B 1 b).
[1149] *Hoepffner,* Fasc. 777: Exécution du contrat administrative, Rn. 147.
[1150] Circulaire du 30 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en ca d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques (application de la théorie de l'imprévision), Rn. 4.22.
[1151] *Thibierge,* Le contrat face à l'imprévu, Rn. 341.
[1152] Siehe zusammenfassend und m.w.N.: *Ghestin* (Hg.), Les effets du contrat, Rn. 296; *Alberts,* Wegfall der Geschäftsgrundlage, S. 78 ff.

servanda sei unantastbar.[1153] „Contracter, c'est prévoir":[1154] Die Vertragsparteien seien somit dafür verantwortlich, alle Situationen im Voraus zu planen und den Vertrag entsprechend zu gestalten. Ökonomisch betrachtet sei im Vertrag immer ein gewisses Risiko vorhanden.[1155] Es falle somit in den Verantwortungsbereich jeder Partei, Risiken einzuschätzen und Gegenmaßnahmen vorzusehen. Auch gefährde bereits die Annahme der *théorie de l'imprévision* die Rechtssicherheit.[1156] Dem Richter zusätzlich die Befugnis der Vertragsanpassung zu erteilen, berühre die Rechtssicherheit noch stärker. Warum sollte der Richter besser wissen als die Parteien, wie der Vertrag anzupassen sei? Die Parteien seien in der Lage, eine *sur-mesure*-Entscheidung zu treffen, d. h. abgestimmt auf ihre beeinträchtigten Bedürfnisse.

> „Le 'sur-mesure contractuel' est perçu comme supérieur face au 'judiciaire indifférencié'."[1157]

Die französischen Richter hätten es bevorzugt, die Vertragsparteien dahingehend zu „erziehen", ihre Verträge besser zu gestalten.[1158] Zwar geben die Stimmen, die der *imprévision* die Anerkennung verweigerten, zu, dass es Situationen gibt, in denen die wirtschaftliche Grundlage des Vertrags erheblich beeinträchtigt ist und es ungerecht erscheint, die geschädigte Partei weiterhin zur Leistung zu erzwingen. Die daraus entstandene Ungerechtigkeit sei jedoch der hinzunehmende Nachteil, um die Rechtssicherheit, die jedem Vertrag zugrunde liegen soll, sicherzustellen.[1159]

Hieran knüpft die der *théorie de l'imprévision* zustimmende Ansicht an.[1160] Die Anwendung der *théorie de l'imprévision* sei mit Gerechtigkeitsgründen zu rechtfertigen.[1161] Auch ökonomisch betrachtet sei ein Eingriff des Richters gerechtfertigt. Zum einen müsse das Allgemeininteresse beachtet werden. Zum anderen sichere die Vertragsanpassung – im Gegensatz zu den Aussagen der oben genannten Ansicht – die Rechtssicherheit und den Fortbestand des Vertrags.[1162] Denn in Vertragsketten, bei welchen Unternehmern voneinander abhängig sind, könne eine angemessene richterliche Einwirkung zum Erhalt der vertraglichen Beziehung führen.[1163]

[1153] *Marty/Raynaud,* Les obligations, Tome I, Rn. 250 f.; *Boccara/Marraud des Grottes,* LPA 2004, Nr. 119, S. 3, 6.
[1154] Zitat von *Ripert,* La règle morale dans les obligations civiles, S. 151. Siehe auch *Gavoty/Edwards,* LPA 2004, Nr. 128, S. 18, 19.
[1155] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 4; *Thibierge,* Le contrat face à l'imprévu, Rn. 339.
[1156] *Flour/Aubert/Savaux,* Les obligations, Vol. 1, Rn. 410: „La révision appelle la révision."
[1157] *Delvové/Long/Weil/Braibant/Genevois* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Nr. 29, S. 181 f., Rn. 8. Übersetzung: Das ‚vertraglich Maßgeschneiderte' wird als überlegen gegenüber der ‚undifferenzierten Justiz' wahrgenommen.
[1158] *Delvové/Long/Weil/Braibant/Genevois* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Nr. 29, S. 181, Rn. 8.
[1159] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 4.
[1160] Siehe zusammenfassend *Alberts,* Wegfall der Geschäftsgrundlage, S. 82 ff.
[1161] *Mazeaud,* LPA 2005, Nr. 129, Rn. 16 ff.; *Thibierge-Guelfucci,* RTD civ. 1997, 380, Rn. 28 ff.
[1162] *Mazeaud,* LPA 2005, Nr. 129, Rn. 22 ff.
[1163] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 5.

Allerdings war sich die Literatur innerhalb dieser Meinung hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage nicht einig.[1164] Einer Ansicht nach ist Art. 1134 Abs. 3, 1135 Code civil aF die Grundlage.[1165] Die *bonne foi* und die Billigkeit sollen dazu führen, dass selbst dann wenn die Änderung der Umstände keinen Fall der *force majeure* begründet, diese auf die Erbringung der Leistung dermaßen schwerwiegende Auswirkungen haben, dass es unerträglich ist, den Vertragspartner zur Leistung zu erzwingen.[1166] Eine andere Ansicht vertrat, dass die *imprévision* stillschweigend von den Parteien vereinbart wurde. Demnach sollte der Vertrag konkludent eine *clausula sic rebus stantibus* enthalten, die aus Art. 1156 Code civil aF abzuleiten sei.[1167] Letztlich war ein Teil der Literatur der Ansicht, dass gar keine gesetzliche Grundlage im Code civil zu finden sei. Einige meinten somit, dass die Gewährleistung des Vertragszwecks die Rechtfertigung für die Annahme der Theorie sei.[1168] Andere trennten subjektive Elemente des Vertrags, die den Parteiwillen zugrunde legten und ab Vertragsschluss unveränderlich seien, von objektiven Elementen, die externe Umstände umfassen und nicht von dem Parteiwillen beeinflussbar sind. Letztere seien bei einer Vertragsänderung beeinträchtigt, die zur ungerechtfertigten Bereicherung einer Partei führte.[1169]

Seit den 1990er Jahren hat sich die Lehre eher in die Richtung einer Zustimmung entwickelt.[1170] Grund hierfür sind zum einen rechtsvergleichende Hinweise, die darlegten, dass das französische Recht zu dieser Frage isoliert war.[1171] Das Rechtsinstitut wurde nämlich entweder durch Rechtsfortbildung (wie in Deutschland[1172]

[1164] *Mazeaud,* LPA 2005, Nr. 129, Rn. 28: „Cause, équité, utile et juste, clause *rebus sic tantibus*, bonne foi, ce ne sont pas les concepts flexibles qui manquent pour conférer une légitimité conceptuelle à une éventuelle règle qui consacrerait la révision judiciaire pour imprévision en cas de changement de circonstances."

[1165] *Jamin*, Droit et patrimoine, 1998, Nr. 58, S. 46, 54 ff.; *Thibierge-Guelfucci*, RTD Civ. 1997, 380, Rn. 20 ff.; *Picod*, L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, in: Le juge et l'exécution du contrat, S. 57, 66 f.; *Mazeaud*, Solidarisme contractuel et réalisation du contrat, in: *Grynbaum/Nicod*, Le solidarisme contractuel, 2004, S. 57, 70 f.; *Mazeaud*, Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle ?, in: L'avenir du droit – Mélanges en hommages à Francois Terré, S. 603 ff.; *Accaoui Lorfing,* La renégociation des contrats internationaux, Rn. 157 ff. Siehe m.w.N. *Alberts,* Wegfall der Geschäftsgrundlage, S. 89 f.

[1166] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 5; *Ghestin* (Hg.), Les effets du contrat, Rn. 340; *Mazeaud*, Solidarisme contractuel et réalisation du contrat, in: *Grynbaum/Nicod*, Le solidarisme contractuel, 2004, S. 57, 70 f.: „Dans ces conditions, il m'apparait que l'impératif de solidarité contractuelle doit l'emporter sur celui de stabilité contractuelle, et que la sécurité concrète du contractant en péril doit primer l'exigence abstraite et désincarnée de sécurité juridique au nom de laquelle certains encore refusent toute intervention salvatrice du juge." Übersetzung: Unter diesen Umständen scheint es mir, dass der Gebot der vertraglichen Solidarität vor dem Gebot der vertraglichen Stabilität vorgehen muss, und dass die konkrete Sicherheit des gefährdeten Auftragnehmers Vorrang vor dem abstrakten und körperlosen Erfordernis der Rechtssicherheit haben muss, in dessen Namen einige immer noch jeden Sparvorgang des Richters ablehnen.

[1167] *Ghestin* (Hg.), Les effets du contrat, Rn. 339.

[1168] *Voirin,* De l'imprévision dans les rapports de droit privé, S. 118ff. Dazu *Ghestin* (Hg.), Les effets du contrat, Rn. 341.

[1169] *Magnan de Bornier,* Essai sur la théorie de l'imprévision, Thèse Montpellier, S. 103 ff.

[1170] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 31.

[1171] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 31; *Delvové/Long/Weil/Braibant/Genevois* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Nr. 29, S. 179, Rn. 5; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 471; *Ghestin* (Hg.), Les effets du contrat, Rn. 348 f.

[1172] Dazu siehe Kapitel 3 § 8 II.

oder in den Niederlanden[1173]) oder durch Gesetz (wie in Italien[1174], Griechenland[1175] und Portugal[1176]) in vielen europäischen nationalen Rechtsordnungen eingeführt.[1177] Dies verdeutlicht ebenfalls, dass die Rechtsunsicherheit, die von der ablehnenden Ansicht in der Lehre und von der zivilrechtlichen Rechtsprechung befürchtet wurde, nicht eingetreten ist.[1178] Ferner verfestigte sich die Zustimmung vor dem Hintergrund der Wirtschaftskrise, die einen neuen Impuls in die Problematik einbrachte.[1179]

Über die Erforderlichkeit der Einführung der *imprévision* im französischen Recht waren sich somit die meisten Stimmen in der Literatur einig.[1180] Die Frage der Rechtsfolgen und vor allem der Befugnisse des Richters blieb allerdings noch offen. Sollte lediglich eine Neuverhandlungspflicht und bei Scheitern der Verhandlungen ein Auflösungsrecht geregelt werden? [1181] Oder sollte der Gesetzgeber dem Richter eine Anpassungsmöglichkeit gewähren? Diese Debatte lässt sich in den Vorschlägen der Reformprojekte *Catala* und *Terré* wieder erkennen.

2. Die Vorschläge der Reformprojekte *Catala* und *Terré*

a) Art. 1135-1 ff. Reformprojekt *Catala*

Das Reformprojekt *Catala* folgt der ablehnenden bzw. zurückhaltenden Ansicht.[1182] Die *théorie de l'imprévision* wird in Art. 1135-1 ff. des Projekts versteckt geregelt. Das Wort *imprévision* taucht nicht auf. Dies war eine bewusste Entscheidung der Bearbeiter des Projekts, um zu betonen, dass es keine bessere als die von den Parteien ausgehandelte Lösung gebe.[1183]

Gemäß Art. 1135-1 des Vorschlags[1184] sollen nur Sukzessivlieferungsverträge und Dauerschuldverhältnisse betroffen sein. Die Vorschrift soll zudem ein Signal für

---

[1173] Nun Art. 6:258 Burgerlijk Wetboek.
[1174] Art. 1467 Codice civile.
[1175] Άρθρο 388 Αστικός Κώδικας. Übersetzung: Art. 388 des griechischen Zivilgesetzbuchs.
[1176] Art. 437 Codigo civil.
[1177] In Luxemburg ist die *théorie de l'imprévision* noch nicht anerkannt. Bis zur französischen Reform verfügte der belgische Code civil über keine Regelung zur *imprévision*. Am 4. April 2019 wurde ein Gesetzgebungsprojekt im Plenum verabschiedet. Der Gesetzentwurf beinhaltet eine Vorschrift über die *théorie de l'imprévision* (Art. 5.77 des Vorhabens), die auf dem CISG und dem französischen Recht beruht. Siehe Proposition de loi du 3 avril 2019 portant insertion du livre 5 „Les obligations" dans le nouveau Code civil, déposée par M. Raf Terwingen et Mme Sonja Becq, Doc. 54 3709/001, S. 79.
[1178] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 471; *Delvové/Long/Weil/Braibant/Genevois* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Nr. 29, S. 179, Rn. 5; *Ghestin* (Hg.), Les effets du contrat, Rn. 349.
[1179] *Deffains/Ferey,* RTD civ. 2010, 719 ff.; *Cartier-Marraud/Akyurek*, Gaz. Pals. 2009, Nr. 167, 2 ff.
[1180] *Malaurie*, JCP 2008, Nr. 44, doctr. 204, Rn. 103.
[1181] So *Savaux*, RDC 2010, 1057 ff.; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 471; *Delvové/Long/Weil/Braibant/Genevois* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Nr. 29, S. 182 f., Rn. 9.
[1182] *Thibierge,* Le contrat face à l'imprévu, Rn. 374.
[1183] *Ghozi*, Effet des conventions, Interprétation, Qualification (Art. 1134 à 1143), in: *Catala* (Hg.), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, S. 34, 35.
[1184] Art. 1135-1 : Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat

die Vertragsparteien sein, sich mit der Frage der Nachverhandlungspflicht zu befassen.[1185] Nach der Vorschrift kann im Vertrag eine Neuverhandlungsklausel für den Fall vorgesehen werden, dass aufgrund des Ausmaßes der Störung des Gleichgewichts eine Partei jegliches Interesse am Vertrag verloren hat.

Wenn keine Klausel vorhanden ist, kann die beeinträchtigte Partei gemäß Art. 1135-2 des Reformprojekts *Catala* beim Präsidenten des *Tribunal de grande instance* beantragen, eine Neuverhandlung anzuordnen.[1186] Bei Scheitern der Verhandlungen kann diese Partei den Vertrag auflösen (Art. 1135-3 des Vorschlags).[1187] Es wird also keine richterliche Korrektur vorgesehen: Der Richter bleibt außerhalb der vertraglichen Sphäre.

Die Vorschriften wurden als zu wenig mutig kritisiert.[1188] Hingegen verfolgte das Reformprojekt *Terré* einen offensiveren Ansatz.

b) Art. 92 Reformprojekt *Terré*

Mit knappen und klaren Worten den internationalen und europäischen Regelwerken folgend stellen die Bearbeiter des Projekts zunächst den Grundsatz der bindenden Vertragswirkung fest und regeln dann in einem zweiten Schritt die Voraussetzungen der *théorie de l'imprévision*, Art. 92 des Vorschlags.[1189] Dabei wiederholen sie

---

perde tout intérêt pour l'une d'entre elles. Übersetzung aus *Doralt,* RabelsZ 76 (2012), 761, 778: In Sukzessivlieferungsverträgen und Dauerschuldverhältnissen können die Parteien eine Verpflichtung zur Nachverhandlung für den Fall vereinbaren, dass aufgrund veränderter Umstände eine Störung des ursprünglichen Gleichgewichts der wechselseitigen Pflichten eingetreten ist und damit der Vertrag für eine Partei jegliches Interesse verliert.

[1185] *Doralt,* RabelsZ 76 (2012), 761, 779.

[1186] Art. 1135-2 Reformprojekt *Catala*: A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation. Übersetzung *Doralt,* RabelsZ 76 (2012), 761, 778: Wird keine derartige Vereinbarung getroffen, kann die Partei, deren Interesse am Vertrag verloren gegangen ist, vom Präsidenten des *Tribunal de grande instance* die Anordnung der Nachverhandlung begehren.

[1187] Art. 1135-3 Reformprojekt *Catala:* Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre 1er du présent titre. Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage. Übersetzung: Gegebenenfalls würde dies für diese Verhandlungen gemäß Kapitel 1 dieses Titels gelten. Im Fall des Scheiterns kann jede Partei den Vertrag ohne Kosten und ohne Pflicht zur Schadensersatzleistung beenden.

[1188] *Fenouillet*, Les effets du contrat entre les parties. Les principes, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 243, 245 f.; *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 58.

[1189] Art. 92 Reformprojekt *Terré:* Les parties sont tenues de remplir leurs obligations même si l'exécution de celle-ci est devenue plus onéreuse. Cependant, les parties doivent renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse pour l'une d'elles par suite d'un changement imprévisible des circonstances et qu'elle n'a pas accepté d'en assumer le risque lors de la conclusion du contrat. En l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable, le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe. Übersetzung: Die Parteien sind an ihren Vertrag gebunden, auch wenn die Erfüllung der Verpflichtung wesentlich aufwändiger geworden ist. Die Parteien müssen den Vertrag jedoch neu verhandeln, um ihn anzupassen oder aufzulösen, wenn die Erfüllung für eine von ihnen durch eine unvorhersehbare Änderung der Umstände zu schwer wird und sie das Risiko zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht übernommen hat. Wenn sich die Parteien nicht innerhalb einer angemessenen Frist einigen, kann der Richter den Vertrag im Einklang mit den berechtigten Erwartungen der Parteien anpassen oder ihn zum Zeitpunkt und unter den von ihm festgelegten Bedingungen beenden.

die ständige verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung. Die Parteien sind bei Vorliegen einer solchen Situation verpflichtet, entweder neu zu verhandeln oder den Vertrag aufzulösen.

Die Neuerung ergibt sich daraus, dass nach einem angemessenen Zeitraum und bei Scheitern der Nachverhandlungen der Richter entweder den Vertrag anpassen oder den Vertrag auflösen kann.[1190] Der Richter kann nach freiem Ermessen die eine oder andere Möglichkeit auswählen. Entscheidet er sich jedoch für die Anpassung, dann muss er sich an den Erwartungen der Parteien orientieren.[1191]

Der Reformprojekt *Terré* steht also in einer Linie mit der zustimmenden Ansicht, die die Theorie der Vertragsanpassung bei unvorhersehbaren Umständen anerkennen und regeln will.

Bis zur letzten Lesung wurde der Wortlaut der zu verabschiedenden Vorschrift noch diskutiert: Nach mehreren Besprechungen zwischen dem *Sénat* und der *Assemblée nationale*[1192] kam es letztlich zur Verabschiebung von Art. 1195 Code civil und somit zu „une des innovations majeures de la réforme".[1193]

II. Die französische Rechtslage nach der Reform im Rechtsvergleich

Art. 1195 Code civil enthält wichtige Vorgaben für den Fall unvorhersehbarer Änderungen der Umstände. Es lautet :

> „Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.
>
> En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans

[1190] *Thibierge,* Le contrat face à l'imprévu, Rn. 376.
[1191] *Fenouillet*, Les effets du contrat entre les parties. Les principes, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 243, 246.
[1192] Der *Sénat* versuchte bei der Ratifizierung der *ordonnance* den heutigen Art. 1195 Code civil darin zu ändern, dass der Richter keine Anpassungsbefugnis bekommt (Projet de loi du Sénat Nr. 5, 17. Oktober 2017, Nr. 54, 1. Februar 2018, siehe dazu *Chénédé,* AJ Contrat 2018, 25; *Delpech,* AJ Contrat 2018, 52). Die Abgeordnete haben sich dagegen gewehrt (Projet de loi „petite loi" Assemblée Nationale, Nr. 46, 11. Dezember 2017, Nr. 91, 15. Februar 2018, siehe dazu *Mekki,* D. 2018, 900). Letztendlich wurde ein Kompromiss dank dem Vermittlungsausschuss gefunden (Projet de loi par la Chambre mixte paritaire, 14. März 2018, Projet de loi Assemblée nationale, Nr. 103, 22. März 2018, Projet de loi du Sénat, Nr. 92, 11. April 2018, dazu *Mekki,* D. 2018, 900): Art. 1195 Code civil bleibt unverändert, allerdings wurde Art. L 211-40-1 Code monétaire et financier eingeführt, der die Anwendung des Art. 1195 Code civil auf Verpflichtungen aus Geschäften mit Wertpapieren und Finanzverträgen, die in Art. L. 211-1 Abs. 1–3 Code monétaire et financier bestimmt, verhindert. Dazu *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 1867 – L'article 1195 du Code civil.
[1193] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe."[1194]

Der Ausnahmecharakter der Norm wird durch ihre systematische Stellung verdeutlicht: Nach dem Grundsatz der Vertragsbindung und dessen Konkretisierung wurde die *théorie de l'imprévision* geregelt. Die Einführung des Rechtsinstituts in den Code civil führte gleichzeitig zu dessen Anerkennung für das Zivilrecht. Der Gesetzgeber musste sodann das gesamte Rechtsinstitut neuregeln. Der Anwendungsbereich musste definiert werden (A.), die Voraussetzungen waren zu regeln (B.) und letztlich mussten die Rechtsfolgen festgelegt werden (C.). Da er nicht auf zivilrechtliche Rechtsprechung zurückgreifen konnte, um das Rechtsinstitut zu bestimmen, stellt sich die Frage, inwiefern der französische Gesetzgeber die in dieser Arbeit untersuchten Rechtsquellen herangezogen und auf die langjährige Erfahrung sowohl der europäischen und internationalen Regelwerke als auch des deutschen Rechts zurückgegriffen hat.

A. Anwendungsbereich des Art. 1195 Code civil im Rechtsvergleich

1. Verträge

Zu klären ist zunächst, auf welche Rechtsgeschäfte Art. 1195 Code civil anwendbar ist. Es scheint, als sei jeder Vertrag von Art. 1195 Code civil umfasst. Das Problem der *imprévision* stellt sich besonders in langfristigen Verträgen. Allerdings macht Art. 1195 Code civil keine Einschränkung in dieser Hinsicht und hat somit nicht die Vorschrift des Reformprojekts *Catala* übernommen.[1195] Eine Einschränkung ergibt sich aus Art. L 211-40-1 Code monétaire et financier. Diese Vorschrift schließt die Anwendung des Art. 1195 Code civil auf Verpflichtungen aus Geschäften mit Wertpapieren und Finanzverträgen wie in Art. L 211-1 Abs. 1-3 Code monétaire et financier aufgelistet aus. Dies ist Ergebnis der von der *Chambre paritaire mixte* vorgeschlagenen Kompromisslösung.[1196] Die Regierung sei sich bewusst geworden, dass die Risiken, die mit der Anwendung des Rechtsinstituts auf solche Rechtsgeschäfte eingehen größer als die erwarteten Vorteile seien, da diese

[1194] Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 281: „Wird die Durchführung des Vertrags durch eine bei Vertragsschluss unvorhersehbare Veränderung der Umstände übermäßig kostspielig für eine Partei, die dieses Risiko nicht auf sich genommen hat, kann diese Partei die Neuverhandlung des Vertrags von ihrem Vertragspartner verlangen. Sie kommt ihren Verpflichtungen während der Neuverhandlung weiter nach. Im Fall der Verweigerung oder des Scheiterns der Neuverhandlung können die Parteien die Auflösung des Vertrages zu einem Zeitpunkt und zu Bedingungen, die sie festlegen, vereinbaren oder in gegenseitigem Einvernehmen vom Gericht verlangen, eine Anpassung vorzunehmen. Wird binnen einer angemessenen Frist keine Einigung erzielt, kann das Gericht auf Ersuchen einer Partei den Vertrag ändern oder ihn auflösen mit Wirkung zu einem Zeitpunkt und zu Bedingungen, die es festlegt".

[1195] Siehe oben für Art. 1135-1 Reformprojekt *Catala*; *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 63.

[1196] Siehe oben Kapitel 3 § 8 I C 2 b), Fn. 1192.

Transaktionen naturgemäß darauf abzielen, das Risiko in ihre Verwertung einzubeziehen.[1197] Art. 1195 Code civil soll allerdings auf Geschäfte über Gesellschaftsanteile Anwendung finden.[1198]

Der Gandolfi-Code und die PECL sprechen die Anwendbarkeit nicht an und grenzen sie in ihren Vorschriften auch nicht weiter ein. Art. III.-1:110 DCFR ist ausdrücklich auf *contractual obligations and obligations arising under a unilateral juridical act* anzuwenden.[1199] Als Beispiel wird sodann der Umgang mit einem Versprechen erwähnt.[1200] Die Bearbeiter des DCFR sahen kein Grund für den Ausschluss einseitiger Rechtsgeschäfte aus dem Anwendungsbereich der Norm. Da einseitige Rechtsgeschäfte häufig unentgetlich sind, können die Folgen einer Änderung der Umstände ebenfalls erheblich sein.[1201] Der offizielle Kommentar zu den UPICC gibt zu, dass das Rechtsinstitut grundsätzlich bei langfristigen Verträgen relevant sein wird. Jedoch ist es nicht ausgeschlossen, sich auch in anderen Konstellationen auf *hardship* zu berufen.[1202] § 313 BGB findet sowohl auf entgeltliche als auch unentgeltliche Verträge Anwendung.[1203] Streitig ist allerdings, ob auch einseitige Rechtsgeschäfte umfasst sind,[1204] wenn also zum Beispiel der Kündigungsgrund nachträglich entfällt.[1205]

Die europäische und internationale Tendenz spricht also eher dafür, Art. 1195 Code civil extensiv auszulegen und jeglichen Vertrag zu umfassen, wobei die Rechtslage bezüglich der einseitigen Rechtsgeschäfte noch nicht geklärt ist.

2. Dispositivität

Art. 1195 Code civil ist dispositiv. Gemäß dem *rapport* des Justizministers ist jede Norm dispositiv, es sei denn, der Gesetzestext erklärt die Norm für zwingend.[1206] Es wird weiterhin ergänzt :

> „Comme l'implique la rédaction retenue, ce texte revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat."[1207]

[1197] *Houlié,* Bericht Nr. 639 im Namen der *Commission des lois* vom 7. Februar 2018. Siehe dazu auch *Mekki,* D. 2018, 900, Rn. 37.
[1198] *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 1867 – L'article 1195 du Code civil.
[1199] Comment B., Art. III-1:110 DCFR.
[1200] Illustration 1, Art. III.-1:110 DCFR.
[1201] Comment B., Art. III-1:110 DCFR; *Momberg Uribe,* Vindobona J Int'l Comm L & Arb, 2011, 233, 248.
[1202] Comment 5., Art. 6.2.2 UPICC.
[1203] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 47.
[1204] Siehe dazu m.w.N. MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 50; NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 42.
[1205] Ablehnend BAG, Urteil vom 06.02.1992 - 2 AZR 408/91 = NJW 1992, 2173, 2175.
[1206] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[1207] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Eine Mindermeinung bestreitet, dass der Wortlaut des Art. 1195 Code civil so eindeutig sei, siehe *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 95.

Allerdings ist in der französischen Literatur umstritten, inwieweit Art. 1195 Code civil abdingbar ist, ganz oder nur teilweise. In der deutschen Rechtsterminologie wird von unmittelbarer und mittelbarer Dispositivität gesprochen. Die unmittelbare Dispositivität bezieht sich auf solche Regelungen, die § 313 BGB konkretisieren oder ausschließen. Die mittelbare Dispositivität betrifft hingegen die Regelungen, die die Voraussetzungen des § 313 BGB zum Gegenstand haben (zum Beispiel die Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien).[1208] Diese Unterscheidung trifft genau auf den französischen Streit zu.

Nach einer Mindermeinung verstößt die Klausel, die einer Partei das gesamte Vertragsrisiko auferlegt und somit zum Ausschluss des Art. 1195 Code civil führt,[1209] gegen die neuen Bestimmungen der Art. 1170 f. Code civil.[1210] Auch könnten die Parteien nicht Art. 1195 Code civil abbedingen, ohne dass ein anderes System der Vertragsanpassung vereinbart werde. Sonst könnte ein vertragliches Ungleichgewicht iSd Art. 1171 Code civil[1211] oder Art. L 442-6, I, 2° Code de commerce[1212] entstehen und dazu führen, dass die Klausel unwirksam ist.[1213]

Die herrschende Meinung in der Literatur spricht sich hingegen für die umfassende Dispositivität der Vorschrift aus.[1214] Die französische Rechtsprechung hat die Anerkennung der *théorie de l'imprévision* und die Einmischung des Richters in den Vertrag 140 Jahre lang verweigert. Infolgedessen ist es zu erwarten, dass die *Cour de cassation* eher restriktiv mit der Norm umgehen und sich für eine Lösung durch die Parteien aussprechen wird.[1215] Zudem soll die Wirksamkeit der vertraglichen

---

[1208] NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 44.
[1209] Siehe Kapite 3 § 8 II B 4.
[1210] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 95; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 525; *Pérès,* JCP 2016, Nr. 16, 454.
[1211] Art. 1171 Code civil: Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 274: „In einem *Adhäsionsvertrag* gilt jede nicht verhandelbare, im Voraus von einer Partei festgelegte Klausel, die ein erhebliches Ungleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der Vertragsparteien hervorruft, als nicht vereinbart. Die Beurteilung des erheblichen Ungleichgewichts hat weder die vertragliche Hauptleistung noch die Angemessenheit des Entgelts zum Gegenstand".
[1212] Art. L 442-6 I, 2° Code de commerce: I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers: […] 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties; […]. Übersetzung: I.-Löst die Haftung des Handelnden aus und verpflichtet ihn, den Schaden zu ersetzen, der durch einen Hersteller, Händler, Industriellen oder eine im Handelsregister eingetragene Person verursacht wird: […] 2°Einen Handelspartner Verpflichtungen zu unterwerfen oder versuchen zu unterwerfen, die ein erhebliches Ungleichgewicht in den Rechten und Pflichten der Parteien schaffen; […].
[1213] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 96.
[1214] *Stoffel-Munck,* La révision du contrat par l'arbitre à la lumière de l'article 1195 du Code civil, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. 51, 65 ff., Rn. 40 ff.; *Le Nabasque,* Bull. Joly 2016, 538, Rn. 10 ff.; *Mekki,* RDC 2016, Nr. 113f3, 400 ff.; *Bretzner/Barral*, AJ contrat 2016, 415.
[1215] *Stoffel-Munck,* La révision du contrat par l'arbitre à la lumière de l'article 1195 du Code civil, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. 51, 66, Rn. 42; *Stoffel-Munck,* RDC 2016, Nr. 112z5, S. 30, 38; *Witz,* Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen

Anpassungsklauseln beibehalten bleiben. Denn Ziel der Einführung des Art. 1195 Code civil sei auch, die Parteiautonomie zu fördern. Die *Cour de cassation* hat sich bisher für die Wirksamkeit vertraglicher Anpassungsklauseln ausgesprochen, sodass die Rechtsprechung wohl weiterhin in diese Richtung gehen wird.[1216]

Zusätzlich spricht die internationale Tendenz eher für die Dispositivität der französischen Vorschrift. Die offiziellen Kommentare der UPICC, der PECL und des DCFR bestimmen, dass die Parteien frei sind, etwas anderes zu vereinbaren und somit gewisse Änderungen der Umstände als für nicht relevant erklären zu können.[1217] Ob die Vorschrift im Gandolfi-Code auch dispositiv ist, ist nicht zu ermitteln. Im deutschen Recht ist es umstritten, ob § 313 BGB abdingbar oder zwingend ist. Die vertretenen Meinungen sind sehr unterschiedlich.[1218] Die herrschende Lehre spricht sich für eine Mittelweg aus: § 313 BGB sei im eigentlichen Sinne nicht abdingbar, allerdings verfügten die Partien über die Möglichkeit, die Anwendung der Vorschrift zu beeinflussen. Die Grenze liege bei §§ 138, 307 BGB.[1219]

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vertragliche Ausgestaltung weiterhin eine wichtige Rolle spielen wird. Allerdings werden vertragliche Klauseln in Frankreich nun eine neue Rolle spielen, nämlich im Zusammenhang mit der Verhinderung der Einmischung durch den Richter, obwohl sie ihm früher einen Grund zum Eingreifen gaben.[1220]

B. Voraussetzungen des Art. 1195 Code civil im Rechtsvergleich

Ein Sachkundiger, der mit § 313 BGB und den Regelungen der europäischen und internationalen Regelwerke vertraut ist, wird mit der Rechtsanwendung des Art. 1195 Code civil gut umgehen können.[1221]

1. Änderung der Umstände nach Vertragsschluss

a) Begriffsbestimmung

Zunächst muss gemäß Art. 1195 Code civil eine Änderung der Umstände stattgefunden haben – *changement de circonstances*. Der Begriff der Umstände ist in

---

französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 119, 139.

[1216] *Stoffel-Munck,* La révision du contrat par l'arbitre à la lumière de l'article 1195 du Code civil, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. 51, 67, Rn. 44 ff.; *Stoffel-Munck,* RDC 2016, Nr. 112z5, S. 30, 38.

[1217] Comment 7., Art. 6.2.2 UPICC; Comment A., Art. 6:111 PECL, *Von Bar/Clive* (Hg.), DCFR, Full Edition, 2009, Introduction, Principles, S. 59: "It is also recognised in the DCFR but the parties remain free, if they wish, to exclude any possibility of adjustment without the consent of all the parties."

[1218] NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 44.

[1219] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 51; NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 47; Soergel/*Teichmann* § 313 Rn. 44.

[1220] *Stoffel-Munck,* La révision du contrat par l'arbitre à la lumière de l'article 1195 du Code civil, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. 51, 67, Rn. 46.

[1221] *Witz,* Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 119, 135.

Art. 1195 Code civil nicht näher konkretisiert, sodass er weit auszulegen ist.[1222] Umfasst sind somit währungspolitische oder wirtschaftliche Auslöser, politische Gründe, faktische Ereignisse wie die Folgen eines Krieges oder technologische Entwicklungen, die zum Beispiel dazu führen, dass die Verwendung eines bestimmten Mittels für die Durchführung des Vertrags veraltet ist.[1223] Auch das Ausmaß der Veränderung wird nicht näher präzisiert. Art. 1195 Code civil findet damit sowohl auf plötzliche Ereignisse als auch auf schleichende Entwicklungen Anwendung.[1224] Die Umstandsänderung muss ebenfalls nicht erheblich sein. Infolgedessen wird es sich fast immer um einen Umstand behandeln.[1225] Aus der Ursprung des Wortes *circonstance*, nämlich dem lateinischen Wort *circumstare*, gibt es allerdings eine Einschränkung, die wieder in Art. 6.2.2 (c) UPICC zu finden ist.[1226] Es muss sich um externe, in der Umgebung liegende Ereignisse handeln.[1227] Nicht erfasst werden somit Streiks oder technische Defekte.[1228] Zu beachten ist jedoch, dass die Anforderung der *extériorité* für die *force majeure* im französischen Recht nun neu bestimmt worden ist.[1229] Sie wurde durch eine andere Bedingung ersetzt, dass nämlich die Ereignisse außerhalb des Machtbereichs des Schuldners liegen müssen. Um eine einheitliche Auslegung zu fördern und in Anlehnung an die UPICC könnte dies in die Anwendung des Art. 1195 Code civil einfließen.

Die untersuchten Regelwerke verwenden einen ähnlichen Wortlaut und legen grundsätzlich einen weiten Anwendungsbereich zugrunde. [1230]

Das deutsche Recht ist in dieser Hinsicht restriktiver. Nicht jede Änderung der Umstände ist maßgebend. Vielmehr müssen die Vertragsparteien das normale Veränderungsrisiko selbst tragen.[1231] § 313 Abs. 1 BGB setzt zunächst voraus, dass die Umstände, die sich geändert haben, Grundlage des Vertrags geworden sind. Aus der Norm ergibt sich jedoch nicht, was darunter zu verstehen ist, wobei dies bewusst von dem Gesetzgeber offengelassen worden ist.[1232] Vor der Schuldrechtsmodernisierung war es umstritten, ob die Geschäftsgrundlage subjektiv oder objektiv zu

---

[1222] *Witz,* Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 119, 135.
[1223] *Stoffel-Munck,* RDC 2016, Nr. 112z5, S. 30, 32 f.; *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 70; *Witz,* Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 119, 135.
[1224] *Stoffel-Munck,* RDC 2016, Nr. 112z5, S. 30, 32; *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 71.
[1225] *Stoffel-Munck,* La révision du contrat par l'arbitre à la lumière de l'article 1195 du Code civil, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. 51, 57, Rn. 13 f.
[1226] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 70; *Stoffel-Munck,* La révision du contrat par l'arbitre à la lumière de l'article 1195 du Code civil, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. 51, 57, Rn. 14.
[1227] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 70; *Stoffel-Munck,* La révision du contrat par l'arbitre à la lumière de l'article 1195 du Code civil, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. 51, 57, Rn. 14.
[1228] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 70.
[1229] Dazu Kapitel 4 § 11 II B 2.
[1230] Art. 6.2.2 UPICC: „the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract", Art. 6:111 PECL: „Veränderung von Umständen", Art. III.-1:110 DCFR: „change of circomstances", Art. 97 Gandolfi-Code: „Ereignisse eingetreten".
[1231] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 58.
[1232] Begr. SchuldRModG BT-Drucks. 14/6040, S. 93, 176.

bestimmen war.[1233] Heute geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass § 313 Abs. 1 BGB weit zu verstehen ist und beide Möglichkeiten umfasst.[1234] Die Definition der Geschäftsgrundlage richtet sich nach der von *Oertmann* aufgestellten Formel.[1235] Unter die subjektive Geschäftsgrundlage fallen die gemeinsamen Vorstellungen der Parteien, von denen sie bei Vertragsschluss erkennbar ausgegangen sind.[1236] Die objektive Geschäftsgrundlage wird aus Umständen und allgemeinen Verhaltensweisen gebildet, deren Vorhandensein und Fortdauer erforderlich sind, um den Vertrag im Sinne der Intention beider Vertragsparteien als sinnvolle Regelung bestehen zu lassen.[1237] Zusätzlich wird noch zwischen der großen und der kleinen Geschäftsgrundlage unterschieden. Erstere legt die Erwartung an den Vertrag zugrunde, dass sich die wirtschaftlichen, politischen und sozialen Rahmenbedingungen nicht ändern werden. Letztere umfasst die übrigen Störungen mit.[1238] Als zweite einschränkende Voraussetzung ist gemäß § 313 Abs. 1 BGB erforderlich, dass die Umstandsänderung schwerwiegend war. Dies ist dann der Fall, wenn zumindest eine Partei den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn sie das Fehlen oder den Wegfall der Vertragsgrundlage gekannt oder vorhergesehen hätte.[1239] Zu beachten ist allerdings, dass in § 313 Abs. 2 BGB zwar von „wesentlichen Vorstellungen" die Rede ist. Beide Ausdrücke – „schwerwiegend" und „wesentlich" – sollen allerdings synonym verstanden werden.[1240]

In der Herangehensweise liegt der wesentliche Unterschied beider Rechtsordnungen. Das deutsche Recht schränkt im Tatbestand die relevanten Umstände ein. Das französische Recht hingegen setzt den Schwerpunkt auf die Folgen der Umstandsänderung. Die Umstandsänderung kann somit minimal sein, solange ihre Folgen schwerwiegend das vertragliche Gleichgewicht ändern. Im Ergebnis schränken beide Rechtsordnungen den Anwendungsbereich der Vorschrift ein, allerdings knüpfen sie nicht an dasselbe Merkmal an.

[1233] Siehe dazu m.w.N. NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 50 ff.

[1234] Palandt/*Grüneberg* BGB § 313 Rn. 2; NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 57; MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 12 ff.; *Alberts,* Wegfall der Geschäftsgrundlage, S. 34; *Heinrichs,* FS Heldrich 2005, S. 183, 189.

[1235] *Oertmann,* Die Geschäftsgrundlage, S. 25 ff., 37: „Was die Geschäftsgrundlage nun aber wirklich sei, läßt sich nach dem bisher Gesagten unschwer feststellen: Geschäftsgrundlage ist die beim Geschäftsschluß zutage tretende und vom etwaigen Gegner in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nich beanstandete Vorstelung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung der mehreren Beteiligten vom Sein oder vom Eintritt gewisser Umstände, auf deren Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut. Die bedeutet eine Unterstellung, aber weder eine selbständige geschäftliche Normierung, noch eine Beschränkung der anderweit vollzogenen geschäftlichen Normierung nur auf gewisse als bloß möglich vorgestellte Fälle. Die Geschäftsgrundlage besteht in kundgegebenen oder doch offenbar gewordenen Vorstellungen, der Geschäftsinhalt in erklärtem Willen, auch die Bedingung als dessen ‚Selbstbeschränkung'."

[1236] BGH, Urteil vom 15. April 2016 – V ZR 42/15 = NJW 2016, 3100, 3101; NK-BGB/*Krebs*/*Jung* BGB § 313 Rn. 50; Palandt/*Grüneberg* BGB § 313 Rn. 3; *Teichmann,* Störung des vertraglichen Gleichgewichts im deutschen Recht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 141, 154.

[1237] Palandt/*Grüneberg* BGB § 313 Rn. 4; *Teichmann,* Störung des vertraglichen Gleichgewichts im deutschen Recht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 141, 154 f.

[1238] Palandt/*Grüneberg* BGB § 313 Rn. 5.

[1239] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 58.

[1240] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 58; Palandt/*Grüneberg* BGB § 313 Rn. 18.

b) Zeitpunkt der Veränderung

Art. 1195 Code civil bestimmt nicht ausdrücklich, wann die Änderung der Umstände eintreten muss. Jedoch ergibt sich aus einer Gesamtbetrachtung, dass die Umstandsänderung nach Vertragsschluss eintreten muss.[1241] Denn anderenfalls könnte eine *lésion* vorliegen, die Fälle von Ungleichgewicht zwischen den Leistungen *bei Vertragsschluss* betrifft.[1242] Auch wenn sich die Umstände bereits vor Vertragsschluss geändert haben, aber die Parteien erst nach Vertragsschluss von der Störung des wirtschaftlichen Gleichgewichts erfahren, findet Art. 1195 Code civil keine Anwendung.

Schon vor der Reform hat die *lésion* einen engen Anwendungsbereich. Das Rechtsinstitut betrifft ausschließlich besondere Verträge (zum Beispiel den Kaufvertrag über eine unbewegliche Sache gemäß Art. 1674, 1684 Code civil) oder schutzbedürftige Personen (zum Beispiel Minderjährigen gemäß Art. 1149 Abs. 1 Code civil).[1243] Aus diesem Grund wird es Fälle geben, bei welchen die Umstandsänderung bei Vertragsschluss vorhanden war, die Regeln der *lésion* aufgrund ihrer strengen Voraussetzungen nicht anwendbar sein werden. Hier geht die französische Lehre davon aus, dass der Richter in einem solchen Fall die Regeln des Irrtumsrechts anwenden wird.[1244] Das französische Recht würde sodann dem Beispiel der PECL und des DCFR folgen. Diese Regelwerke schließen nämlich die vor dem Vertragsschluss stattgefundenen Umstandsveränderungen aus dem Anwendungsbereich ihrer Normen aus (Art. 6:111 (2a) PECL und Art. III.-1:110 (3a) DCFR). Die offiziellen Kommentare der Regelwerke erläutern diese Vorgabe, indem sie für diesen Fall auf die Regeln des Irrtumsrechts verweisen.[1245]

Allerdings ist es unwahrscheinlich, dass die Voraussetzungen der Art. 1130 ff. Code civil erfüllt sein werden. Erforderlich ist nämlich, dass sich eine Partei in einer bedeutenden Eigenschaft der Leistung irrt (Art. 1130 Code civil[1246]). Jedoch ist nach wie vor der Wert der Leistung, außer bei arglistiger Täuschung,

[1241] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 69 ff.; *Picod,* Art. 1195 -Fasc. Unique, JCl., 2018 Rn. 51.
[1242] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 69; *Picod,* Art. 1195 -Fasc. Unique, JCl., 2018 Rn. 51. Zur *lésion* siehe *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 1233 – Déséquilibre de la valeur des prestations au moment de la conclusion du contrat.
[1243] Siehe dazu *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 1245 – Fondement de l'admission exceptionnelle de la lésion ff; *Mazeaud/Latina,* Lésion, Répertoire de droit civil, Rn. 20 ff.
[1244] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 69; *Picod,* Art. 1195 -Fasc. Unique, JCl., 2018 Rn. 51.
[1245] Comment B. (ii), Art. 6:111 PECL; Comment D., Art. III.-1:110 DCFR.
[1246] Art. 1130 Code civil: L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 264: „Irrtum, arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung machen den Konsens mangelhaft, wenn eine der Parteien den Vertrag ohne diese nicht oder zu wesentlich anderen Bedingungen abgeschlossen hätte. Ob sie einen bestimmenden Einfluss hatten, beurteilt sich unter Berücksichtigung der Personen und der Umstände, unter denen die Zustimmung gegeben wurde."

nicht maßgebend (Art. 1136 Code civil[1247]), sodass die Störung des Gleichgewichts in dem Fall nicht durch die Irrtumsregeln behoben werden kann. Selbst wenn die Voraussetzungen vorlägen, könnte die irrende Partei lediglich den Vertrag anfechten, nicht aber die Anpassung beantragen.[1248] Anders ist es, wenn es sich um einen Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften handelt, die nicht den Wert betreffen.

Die weiteren untersuchten Rechtsquellen schlagen hierzu andere Lösungen vor. § 313 Abs. 1 BGB regelt zwar ausdrücklich den Fall von Veränderungen „nach Vertragsschluss." Allerdings ist auch die Umstandsänderung umfasst, die sich vor Vertragsschluss ereignet hat, den Parteien erst nach Vertragsschluss bekannt geworden ist. [1249] Die UPICC regeln den Fall sogar ausdrücklich in Art. 6.2.2 (a) UPICC: „the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract." Art. 97 Abs. 1 Gandolfi-Code ist in dieser Hinsicht unklar. Es wird nur festgelegt, dass die Umstände „zuvor" eingetreten sein müssen. Sicher ist, dass die die Umstände ändernden Ereignisse vor der Erfüllung des Vertrags stattfinden müssen. Ob allerdings der Zeitpunkt noch vor dem Vertragsschluss liegen kann, bleibt offen.

2. Unvorhersehbarkeit der Umstandsänderung bei Vertragsschluss

Art. 1195 Code civil sieht als zweite Voraussetzung vor, dass die Änderung der Umstände bei Vertragsschluss unvorhersehbar sein muss. Der Zeitpunkt der Beurteilung der Unvorhersehbarkeit ist eindeutig festgelegt: Die Unvorhersehbarkeit muss bei Vertragsschluss gegeben sein. Während diese Voraussetzung keine weitere Untersuchung erfordert, ist der Begriff der Unvorhersehbarkeit schwerer zu definieren. Muss die Umstandsänderung für jedermann unvorhersehbar gewesen sein? Oder reicht es aus, wenn sie für die Vertragsparteien unvorhersehbar war?[1250] Eine Konkretisierung dieser Voraussetzung durch Art. 1195 Code civil erfolgt nicht, sodass die Frage offenbleibt.

a) Unbestimmtheit des französischen Rechts

Die französische Lehre schlägt vor, die Vorschrift über die *force majeure* (Art. 1218 Code civil) und deren Auslegung heranzuziehen. Beide Rechtsinstitute

[1247] Art. 1136 Code civil: L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 265: „Der Irrtum über den Wert einer Leistung bei dem der Vertragspartner lediglich eine unzutreffende wirtschaftliche Bewertung vornimmt und keinen Irrtum über die wesentlichen Eigenschaften der Leistung unterliegt, ist kein Nichtigkeitsgrund".
[1248] Zu der Vertragsanpassung siehe unten Kapitel 3 § 8 II C 3.
[1249] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 54; BeckOK BGB/*Lorenz* BGB § 313 Rn. 24; NK-BGB/*Krebs/Jung* § 313 Rn. 56; Begr. SchuldRModG BT-Drucks. 14/6040, S. 174: „nachträglich eingetretene oder bekannt gewordene Umstände."
[1250] Zum Folgenden siehe *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 524; *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 80 f.; *Stoffel-Munck,* RDC 2016, Nr. 112z5, S. 30, 32.

sind sich sehr ähnlich und verfügen über dieselbe Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit.[1251] Der Gesetzgeber hat einen anderen Wortlaut für Art. 1218 Code civil gewählt. Während nach Art. 1195 Code civil die Umstandsänderung bei Vertragsschluss unvorhersehbar sein muss, sieht Art. 1218 Abs. 1, 1. Hs. Code civil vor, dass das Ereignis

„ne pouvait être *raisonnablement* prévu lors de la conclusion du contrat […].“[1252]

Demnach wird die Betrachtung einer durchschnittlichen Person in derselben Situation als Maßstab herangezogen. Denn es gibt seltene Umstände, die absolut unvorhersehbar sind.

„Si le pire n’est jamais sûr, il peut toujours être envisagé par les plus inquiets.“[1253]

Würden die Richter eine streng objektive Auslegung anwenden, müsste dies dazu führen, dass Art. 1195 Code civil nie zur Anwendung kommt. Zudem kann wie für die *force majeure* ein Ereignis oder eine Umstandsänderung der Natur nach vorhersehbar sein, allerdings das jeweilige Ausmaß nicht.[1254] Um eine weitgehende Anwendung zu ermöglichen, ist die Heranziehung der Bestimmung zur *force majeure* zu befürworten und die Unvorhersehrbarkeit in Einklang mit Art. 1218 Code civil auszulegen. Dies wird auch dadurch unterstützt, dass die europäischen und internationalen Regelwerke eine ähnliche Betrachtungsweise verwenden.

b) Heranziehung der untersuchten Regelwerke zur Konkretisierung des französischen Rechts

Die Unvorhersehbarkeit wird im deutschen Recht im Rahmen des hypothetischen Elements der Geschäftsgrundlage geprüft und kommt als einen zusätzlichen Maßstab für die Risikozuweisung in Betracht, die unten besprochen wird.[1255] Ist nämlich das Ereignis vorhersehbar und wurde keine vertragliche Vereinbarung hierüber getroffen, hat die Partei, zu deren Lasten die Störung eingetreten ist, das Risiko übernommen.[1256] Dies wird konkret-individuell bestimmt.[1257]

Abgesehen vom Gandolfi-Code konkretisieren dagegen die untersuchten Regelwerke die Unvorhersehbarkeit durch die Vernünftigkeit, d. h. also objektiv. Art. 6:111 (2b) PECL bestimmt somit:

„die Möglichkeit einer derartigen Veränderung der Umstände vernünftigerweise zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht in Betracht gezogen werden konnte […]“

[1251] Zur Abgrenzung siehe Kapitel 4 § 11 II B 5 c).
[1252] Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 288: „[…] das Ereignis [war] bei Vertragsschluss vernünftigerweise nicht vorhersehbar […]“.
[1253] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 524. Übersetzung: Wenn das Schlimmste nie sicher ist, kann es immer von den Ängstlichsten in Betracht gezogen werden.
[1254] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 81; *Stoffel-Munck,* RDC 2016, Nr. 112z5, S. 30, 32.
[1255] Siehe unten Kapitel 3 § 8 II B 4.
[1256] BeckOK BGB/*Lorenz* BGB § 313 Rn. 28; MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 74.
[1257] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 74.

Art. 6.2.2 (b) UPICC und Art. III.-1:110 (3b) DCFR lauten sehr ähnlich. Demnach muss die Unvorhersehbarkeit aus der Sicht des von der Umstandsänderung Betroffenen und zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses beurteilt werden.[1258] Das Rechtsinstitut greift nicht mehr, wenn bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die Angelegenheit vorhersehbar und damit in Rechnung zu stellen gewesen wäre.[1259] Unerheblich ist allerdings, ob für die von der Änderung der Umstände begünstigte Partei die Veränderung vorhersehbar war oder nicht. Allein die Sicht des Betroffenen ist maßgebend.[1260] Nicht nur die Veränderung an sich wird herangezogen. Auch deren Umfang ist zu betrachten.[1261] Die Bearbeiter des DCFR haben die Parallelität mit der *force majeure* gesehen und sich im Gegensatz zum französischen Gesetzgeber dafür entschieden, beide Rechtsinstitute wortähnlich zu regeln und gleich auszulegen.[1262]

Art. 97 Abs. 1 Gandolfi-Code beantwortet die Frage der Auslegung der Unvorhersehbarkeit nicht, sieht allerdings eine zusätzliche Voraussetzung vor. Es müssen außergewöhnliche und unvorhersehbare Ereignisse eingetreten sein. In dieser Hinsicht stimmt der Gandolfi-Code mit dem DCFR und mit dem deutschen Recht überein, die die gleiche Voraussetzung beinhalten.[1263] Nach dem offiziellen Kommentar des DCFR war diese Voraussetzung auch in den PECL, allerdings lediglich konkludent, vorgesehen, was von den Interessenvertretern kritisiert wurde.[1264] Zur Konkretisierung der französischen Vorschrift kann mithin das Merkmal der Außergewöhnlichkeit übernommen werden und in die Prüfung der Unvorhersehbarkeit miteinfließen, so dass dem französischen Gesetzgeber keine Lücke vorzuwerfen ist.[1265]

3. Unangemessene kostspielige Vertragsausführung

Die Außergewöhnlichkeit der Umstandsänderung findet sich auch in ihren Wirkungen wieder, nämlich in der unangemessen kostspieligen Vertragsausführung. Diese dritte Voraussetzung ist besonders wichtig. Zwar sind die anderen Voraussetzungen unverzichtbar, allerdings sind sie relativ schnell erfüllt. Die übermäßige Kostspieligkeit der Vertragsausführung wirkt hingegen einschränkend und ist dementsprechend entscheidend, wenn es gilt, den Mechanismus der Vertragsanpassung auszulösen.[1266] Bei der Analyse dieser Voraussetzung fällt auf, dass die Vorschrift konkretisierungsbedürftig ist. Hier könnten sich die Regelwerke und das deutsche Recht als hilfsreich erweisen.

[1258] Comment 3.b., Art. 6.2.2 UPICC; Commentary on PICC/*McKendrick*, Art. 6.2.2 Rn. 12; Comment D., Art. III.-1:110 DCFR.
[1259] Comment B. (iii), Art. 6:111 PECL; Comment D., Art. III.-1:110 DCFR.
[1260] Comment 3.b., Art. 6.2.2 UPICC; *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 81.
[1261] Comment D., Art. III.-1:110 DCFR.
[1262] Comment B. (iii), Art. 6:111 PECL. Siehe dazu Kapitel 4 § 11 II.
[1263] Art. III.-1:110 (2) DCFR: can exceptional change of circumstances", § 313 Abs. 1 BGB: "schwerwiegende Veränderung".
[1264] Comment D., Art. III.-1:110 DCFR.
[1265] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 81.
[1266] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 526; *Picod,* Art. 1195 -Fasc. Unique, JCl., 2018 Rn. 59; *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 72.

a) Die Voraussetzung der Kostspieligkeit im Rechtsvergleich

Die ersten Probleme tauchen bei der Bestimmung der Kostspieligkeit der Vertragsausführung iSd Art. 1195 Code civil auf. Eine erste Möglichkeit wäre, den Begriff der Kostspieligkeit eng zu verstehen. Demnach wäre also nur der Fall umfasst, in dem die Durchführung des Vertrags für eine Partei unangemessen teuer wird. Dafür spricht der Wortlaut des Art. 1195 Abs. 1 Code civil, nämlich die Verwendung des Worts „onérosité".[1267] Eine weite Auslegung würde dazu führen, dass nicht nur die Kostenerhöhung bezüglich der Durchführung der eigenen Leistung, sondern auch die Wertminderung der Gegenleistung umfasst ist. Dies wäre zum Beispiel bei Geldentwertung der Fall, die ebenfalls in der Entscheidung *Canal de Craponne* eine Rolle spielte.[1268] Eine solche Konstellation kommt auch dann in Betracht, wenn der Geldschuldner Waren zu einem hohen Preis kauft, die er aufgrund der Entwicklung des Wettbewerbs nur mit Verlust weiterverkaufen kann, wie es im Fall *Huard* vorkam.[1269]

Die Literatur ist sich darüber einig, dass die Wertminderung der Gegenleistung aus zwei Gründen berücksichtigt werden muss.[1270] Zum einen handelt es sich um einen der bedeutendsten Anwendungsfälle und zählt zu den historischen Gründen der Regelung.[1271] Zum anderen versteht jedes untersuchte Regelwerk diese Voraussetzung weit. Laut dem *rapport* hat sich der französische Gesetzgeber von den Regelwerken inspirieren lassen.[1272] Dass in den Regelwerken hierüber Einigkeit besteht, spricht dafür, dass der Wertverlust der Gegenleistung in die Definition der Kostspieligkeit einbezogen werden soll.

Die UPICC beantworten diese Frage ausdrücklich. Art. 6.2.2 UPICC formuliert nämlich, dass auch bei Wertverlust der Gegenleistung *hardship* einschlägig sein kann.[1273] In den Kommentaren zu Art. 6:111 PECL und Art. III.-1:110 DCFR wird die Kostspieligkeit ebenfalls weit ausgelegt. Die Entwertung der Gegenleistung

[1267] *Stoffel-Munck,* RDC 2016, Nr. 112z5, S. 30, 33.
[1268] Siehe oben Kapitel 3 § 8 I A 1.
[1269] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 75. Zu dem Fall *Huard* siehe Kapitel 3 § 8 I A 2 a).
[1270] *Stoffel-Munck,* RDC 2016, Nr. 112z5, S. 30, 33; *Picod,* Art. 1195 -Fasc. Unique, JCl., 2018 Rn. 58; *Stoffel-Munck,* La révision du contrat par l'arbitre à la lumière de l'article 1195 du Code civil, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. 52, 57 ff., Rn. 15 ff.; *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 72 ff.
[1271] *Stoffel-Munck,* La révision du contrat par l'arbitre à la lumière de l'article 1195 du Code civil, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. 52, 57 ff., Rn. 15.
[1272] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: „Cette consécration, inspirée du droit comparé comme des projets d'harmonisation européens, permet de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution, conformément à l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance." Übersetzung: Diese Anerkennung, inspiriert durch Rechtsvergleichung und europäische Harmonisierungsprojekte, ermöglicht es, die erheblichen vertraglichen Ungleichgewichte, die bei der Umsetzung entstehen, im Einklang mit dem von der Verordnung verfolgten Ziel der Vertragsgerechtigkeit zu bekämpfen.
[1273] Siehe auch Comment 2., Art. 6.2.2 UPICC; Commentary on PICC/*McKendrick,* Art. 6.2.2 Rn. 2.

fällt demnach in den Anwendungsbereich der Norm.[1274] In Art. 97 Abs. 1 Gandolfi-Code wird nur ausgedrückt, dass die Erfüllung für den Schuldner „übermäßig belastend" sein muss. Der Wortlaut ist ähnlich jendem der PECL, sodass es nicht ausgeschlossen erscheint, dass die Norm gleich ausgelegt wird und somit auch der Wertverlust mitumfasst ist.

Nach deutschem Recht stellt sich die Frage der Abgrenzung zu § 275 Abs. 2 BGB, wobei die Unterscheidung in der Lehre umstritten ist.[1275] § 275 Abs. 2 BGB ist auf Fälle der sog. faktischen Unmöglichkeit, § 313 BGB auf die wirtschaftliche Unmöglichkeit anzuwenden. Faktische Unmöglichkeit liegt vor, wenn der Schuldner das Leistungshindernis zwar theoretisch überwinden, die Leistung aber vernünftigerweise nicht gefordert werden kann, da der Aufwand im Verhältnis zum möglichen Resultat wirtschaftlich sinnlos ist.[1276] Bei der wirtschaftlichen Unmöglichkeit ist die Leistung nicht sinnlos, allerdings kann sie nach Treu und Glauben wegen der Überschreitung der Opfergrenze nicht verlangt werden.[1277] Das deutsche Recht betrachtet die Kaufkraftentwertung und die Entwertung der Sachleistung als ein bei ersterem vom Geldgläubiger, bei letzterem vom Sachleistungsgläubiger zu tragendes Risiko.[1278] Bei Leistungserschwerungen bleibt der vereinbarte Festpreis trotz unerwarteten Kostenerhöhungen oder witterungsbedingten Schwierigkeiten erst einmal bestehen, da die Preiskalkulation zum Risiko des Sachleistungsschuldners gehört.[1279] Ausnahmsweise ist § 313 Abs. 1 BGB anwendbar, „wenn das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung so stark gestört ist, dass die Grenze des übernommenen Risikos überschritten und das Interesse der benachteiligten Partei auch nicht mehr annähernd gewahrt ist".[1280]

Mithin sind sich alle untersuchten Rechtsquellen einig: Die Störung des Gleichgewichts kann sowohl durch Wertsteigerung als auch durch Entwertung der Vertragsleistung stattfinden. Wenn die französische Norm im Einklang mit der europäischen und internationalen Entwicklung stehen soll, ist es den Richtern zu empfehlen, eine ähnliche Auslegung zu wählen.

Allerdings reicht die bloße Leistungserschwerung nicht aus, um die *imprévision* annehmen zu können. Vielmehr muss noch zusätzlich bestimmt werden, ab wann die Grenze der Unangemessenheit überschreiten ist.

[1274] Comment B.(i), Art. 6:111 PECL; Comment D., Art. III.-1:110 DCFR.
[1275] Ausführlich zum Meinungsstand m.w.N *Stürner* JURA 2010, 721 ff.
[1276] BGH, Urteil vom 8. Juni 1983 - VIII ZR 77/82 = NJW 1983, 2873, 2874; Begr. SchuldRModG BT-Drucks. 14/6040, S. 130; *Canaris,* JZ 2001, 499, 501; NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 26.
[1277] *Canaris,* JZ 2001, 499, 501; NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 26.
[1278] Palandt/*Grüneberg* BGB § 313 Rn. 26 ff.
[1279] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 208; Palandt/*Grüneberg* BGB § 313 Rn. 31; NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 90, 93.
[1280] Palandt/*Grüneberg* BGB § 313 Rn. 27.

b) Die Voraussetzung der Unangemessenheit im Rechtsvergleich

Weiterhin muss der Begriff der Unangemessenheit im Art. 1195 Abs. 1 Code civil geklärt werden. Soll diese Voraussetzung objektiv oder subjektiv verstanden werden? Im ersteren Falle wären ausschließlich die Leistungen zu vergleichen, im letzteren Falle müsste die Leistungsfähigkeit des Schuldners mitbetrachtet werden.[1281] Für letztgenannte Alternative spricht, dass mit Art. 1195 Code civil sowohl ein wirtschaftlicher als auch sozialer Zweck verfolgt wird, nämlich die Insolvenz des Vertragspartners zu vermeiden und die vertragliche Beziehung aufrechtzuerhalten.[1282] Die Annahme einer subjektiven Betrachtung würde dazu führen, dass das ursprünglich von den Parteien gewollte vertragliche Gleichgewicht in die Prüfung einbezogen wird, um die Unangemessenheit festzustellen.[1283] Demnach wären nicht ausschließlich die Leistungen im Zeitpunkt der Umstandsänderung zu vergleichen, sodass das damalige Ungleichgewicht bei der Beurteilung miteinbezogen würde, wenn die Parteien ursprünglich einen unausgeglichenen Vertrag vereinbart hatten. Dadurch läge allerdings die Schwelle der Unangemessenheit höher, was aber den Ausnahmecharakter des Art. 1195 Code civil verstärken würde. Wenn in die Prüfung der Unangemessenheit die persönliche Leistungsfähigkeit des Schuldners miteinflösse, könnte dies dazu führen, dass bei einem sich in Schwierigkeit befindenden Unternehmen die Unangemessenheit schneller greifen würde als bei einem erfolgreichen Unternehmen.[1284] Gegen eine Subjektivierung der Unangemessenheit spricht letztlich, dass die Unangemessenheit im Code civil sonst objektiv bestimmt wird (zum Beispiel bei der Frage des vertraglichen Schadensersatzanspruchs nach Art. 1231-5 Abs. 2 Code civil).[1285]

Es stellt sich weiterhin die Frage, wie die untersuchten Rechtsquellen mit diesem Problem umgehen. Die UPICC setzen im Gegensatz zu der französischen Vorschrift voraus, dass das vertragliche Gleichgewicht erheblich – *fundamentally* – gestört ist. Die Bestimmung der Kriterien für die Erheblichkeit scheint für die Bearbeiter der UPICC ebenfalls schwierig gewesen zu sein. In der Fassung von 1994 gaben die Bearbeiter noch Hinweise. Art. 6.2.2 UPICC[1994] war danach dann anzuwenden:

> „Whether an alteration is ‚fundamental' in a given case will of course depend upon the circumstances. If, however, the performances are capable of precise measurement in monetary terms, an alteration amounting to 50% or more of the cost or the value of the performance is likely to amount to a ‚fundamental' alteration."[1286]

[1281] *Stoffel-Munck,* RDC 2016, Nr. 112z5, S. 30, 33; *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 78.
[1282] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 78.
[1283] So *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 78.
[1284] *Stoffel-Munck,* RDC 2016, Nr. 112z5, S. 30, 33; *Borghetti*, Droit & Patrimoine 2016, Nr. 258, S. 67, 68.
[1285] *Stoffel-Munck,* RDC 2016, Nr. 112z5, S. 30, 33; *Malaurie/Aynès,* Droit des obligations, Rn. 764; *Witz,* Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 119, 135.
[1286] Comment 2., Art. 6.2.2 UPICC[1994].

Dies wurde dahingehend kritisiert, dass der Maßstab zu niedrig und willkürlich sei, sodass die Hinweise in der Fassung von 2004 nicht mehr übernommen wurden.[1287] Ab diesem Zeitpunkt wurde also auf die Tatsachen und Umstände des Einzelfalles abgestellt. Insbesondere soll die Natur des Vertrags bei der Bestimmung einbezogen werden.[1288] Die UPICC geben somit Richtern und Schiedsrichtern einen weiten Ermessensspielraum bei der Ermittlung der Erheblichkeit,[1289] allerdings lenkt die Bestimmung eher in eine subjektive Richtung.

Die PECL, der DCFR und der Gandolfi-Code haben sämtlich einen ähnlichen Wortlaut, der auch in der französischen Vorschrift wiederzufinden ist. Im Gegensatz zu den UPICC muss nicht das vertragliche Gleichgewicht erheblich gestört sein, sondern die Erfüllung muss übermäßig belastend sein. Weder im Kommentar zu den PECL noch in jenem zum DCFR sind näheren Konkretisierungen zu finden. Allerdings scheint der DCFR restriktiver zu sein.[1290] Denn es wird zusätzlich verlangt, dass die Umstandsänderung so schwerwiegend zu sein hat, dass es ungerecht wäre, den Schuldner zur Leistung zu verpflichten („manifestly unjust"). Weder die UPICC noch die PECL verweisen in diesem Zusammenhang auf die Gerechtigkeit und es ist zu begrüßen, dass der französische Gesetzgeber nicht dem Modell des DCFR gefolgt ist. Dies hätte nämlich die Auslegungsbedürftigkeit und die Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Bestimmung der Unangemessenheit noch verstärkt.

Gemäß § 313 Abs. 1 BGB muss eine schwerwiegende Änderung eingetreten sein. Somit wird auch hier erwartet, dass eine gewisse Erheblichkeitsschwelle erreicht wird. Wo die Grenze zu ziehen ist, wird allerdings nicht näher präzisiert. Vor allem lassen sich keine konkreten Quoten festlegen.[1291] Für Erbbaurechtsverträge ohne Anpassungsklauseln wurde eine Steigerung der Lebenshaltungskosten von 150 % in über 30 Jahren verlangt,[1292] allerdings wurde bei einer Steigerung von 133 % in 25 Jahren die Anpassung abgelehnt.[1293] Mithin kann eine Anpassung in manchen Fällen früher als in anderen Angelegenheiten gerechtfertigt sein. Die Zumutbarkeitsgrenze ist vielmehr einzelfallabhängig und wird deshalb anhand von Art und Zweck des Vertrags und nach dem Ausmaß der Störung bestimmt.[1294] Das Ganze soll aus der Sicht eines verständigen Beobachters ermittelt werden.[1295] In diesem Zusammenhang ist noch die letzte Voraussetzung des § 313 Abs. 1 BGB zu erörtern, nämlich die Unzumutbarkeit. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt nur

[1287] Study L, Unidroit 2003, Doc 85, S. 15.
[1288] Commentary on PICC/*McKendrick,* Art. 6.2.2 Rn. 8.
[1289] Commentary on PICC/*McKendrick,* Art. 6.2.2 Rn. 8.
[1290] *Momberg Uribe,* Vindobona J Int'l Comm L & Arb, 2011, 233, 249.
[1291] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 58; NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 59; *Medicus/Petersen,* Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 867 in Bezug auf Äquivalenzstörungen. Hingegen *Harke,* Allgemeines Schuldrecht, Rn. 101, 105, schlägt ein Verhältnis von 1:2 als Richtwert bei Äquivalenzstörungen vor oder Soergel/*Teichmann* § 313 Rn 69 stellt die Erheblichkeitsschwelle bei ca. 5 % (3 %–5 %) fest.
[1292] BGH, Urteil vom 24. Januar 1984 - V ZR 222/82 = NJW 1984, 2212; BGH, Urteil vom 18. September 1992 - V ZR 116/91 = NJW 1993, 52.
[1293] BGH, Urteil vom 17. Dezember 1982 - V ZR 306/81 = NJW 1983, 1309; BGH, Urteil vom 23. Januar 1976 - V ZR 76/74 = NJW 1976, 846.
[1294] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 58; NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 59.
[1295] NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 59.

dann in Betracht, wenn der von der Störung betroffenen Partei die unveränderte Vertragserfüllung nicht mehr zugemutet werden kann. Die Unzumutbarkeit setzt voraus, dass das Festhalten am Vertrag zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führen würde.[1296] Erforderlich ist eine umfassende Interessenabwägung unter Würdigung aller Umstände.[1297] Infolgedessen werden sowohl objektive als auch subjektive Elemente herangezogen.

Über die anzuwendenden Kriterien scheint also weder im französischen, im deutschen noch im internationalen Recht Konsens zu bestehen. Allerdings nehmen alle untersuchten Rechtsquellen eine Einzelfallentscheidung vor. Die französische Vorschrift sollte dieser Richtung auch folgen, um damit sowohl eine sachgerechte Einzelfalllösung zu erreichen als auch den Ausnahmecharakter der Norm zu sichern.

4. Keine Risikoübernahme durch eine Vertragspartei

Die letzte Voraussetzung wirft keine besonderen Fragen auf. Gemäß Art. 1195 Abs. 1 Code civil darf die Partei, die sich auf die Einrede beruft, nicht das Risiko der Umstandsänderung übernommen haben. Die Risikoübernahme kann in zweierlei Hinsicht stattgefunden haben. Zum einen ermöglicht Art. 1195 Code civil, dass eine Klausel zur Gefahrtragung in den Vertrag aufgenommen wurde. Art. 1195 Code civil ist nämlich dispositiv und kann somit durch eine solche Klausel mittelbar abbedungen werden.[1298] So lässt sich vermeiden, dass der Richter den Vertrag anpasst. Eine solche Klausel könnte allerdings eine Inhaltskontrolle nach Art. 1171 Code civil[1299] unterliegen müssen, wenn ein Standardvertrag betroffen ist. Wie im deutschen Recht darf es sich jedoch nicht um eine Äquivalenzkontrolle von Leistung und Gegenleistung handeln. Eine Klausel zur Übernahme des Risikos betrifft allerdings die Hauptpflichten nicht, sondern zielt unter anderem darauf, das Verhältnis zwischen den Leistungen für den Richter unantastbar zu machen.[1300] Infolgedessen ist die Inhaltskontrolle einer solchen Klausel nicht ausgeschlossen.

Zum anderen ist es möglich, dass die Risikoübernahme konkludent stattgefunden hat. Die Vereinbarung eines Risikogeschäfts scheidet somit aus dem Anwendungsbereich des Art. 1195 Code civil aus.[1301]

[1296] BGH, Urteil vom 1. Februar 2012 − VIII ZR 307/10 = NJW 2012, 1718, 1720; Palandt/*Grüneberg* BGB § 313 Rn. 24.
[1297] Palandt/*Grüneberg* BGB § 313 Rn. 24; MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 77.
[1298] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 83; *Witz,* Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 119, 135 f. Siehe auch oben Kapitel 3 § 8 II A 2.
[1299] Die Anwendung des Art. 1171 Code civil wirft noch einige Fragen auf, siehe *Witz,* Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 119, 136; *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art 1171; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 440 ff.
[1300] *Witz,* Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 119, 136.
[1301] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 84.

Der französische Gesetzgeber hat diese Voraussetzung von den untersuchten Rechtsquellen übernommen.[1302] Abgesehen von der Gandolfi-Code, der zu dieser Frage schweigt, lehnen die in dieser Arbeit herangezogenen Rechtsquellen die Anwendung der Vorschrift bei Risikoübernahme ausdrücklich ab.[1303] Da alle andere Rechtsquellen allerdings übereinstimmen, ist davon auszugehen, dass diese Regel auch für den Gandolfi-Code gelten soll.

Die konkludente Risikoübernahme wurde von den Schiedsgerichten als Grund verwendet, um die Anwendung des Art. 6.2.2 UPICC zu abzulehnen. Darum ging es in einer Entscheidung vom 30. November 2006 über die Risikoverteilung zwischen einem mexikanischen Landwirt (Beklagte) und einem amerikanischen Käufer (Kläger).[1304] Sie hatten einen befristeten Vertrag über die Lieferung von Gemüse abgeschlossen. Der Beklagte kam seiner Lieferungspflicht nicht nach und berief sich auf außergewöhnliche Wetterumstände bekannt als „El Nino", die seiner Ansicht nach unter die Begriffe der *force majeure* und/oder *hardship* fielen. Die Schiedsrichter lehnten dies ab. Zwar seien alle weiteren Voraussetzungen der *hardship*-Einrede erfüllt. Allerdings trage typischerweise der Landwirt das Risiko, dass die Ernte aufgrund meteorologischer Umstände zerstört wird. [1305] Sogar die *Cour de cassation* hat sich auf die Risikoverteilung nach Art. 6.2.2 UPICC iVm Art. 1131, 1134 Code civil aF berufen, um eine Entscheidung aufzuheben.[1306] Es ist also zu erwarten, dass diese Voraussetzung der Kernpunkt der Norm sein wird.

C. Rechtsfolgen des Art. 1195 Code civil im Rechtsvergleich

Die Rechtsfolgen betreffen gemäß Art. 1195 Code civil sowohl die Parteien als auch den Richter. Die Norm geht zunächst davon aus, dass die Parteien am besten entscheiden können, welche Anpassung vorzunehmen ist, und ordnet somit die Neuverhandlung an. Dabei ist allerdings noch unklar, ob es sich in Art. 1195 Code civil um eine Obliegenheit handelt oder ob die Parteien, wie in den Regelwerken, verpflichtet sind, Verhandlungen zu führen (1.). Weiterhin muss geklärt werden, ob die Leistungen weiter zu erfüllen sind (2.). Erst nach Scheitern der Vertragsverhandlungen kann der Richter angerufen werden. Seine Befugnisse werden sodann in einem dritten (3.) und vierten Schritt (4.) geklärt.

1. Neuverhandlungspflicht oder Neuverhandlungsobliegenheit?

a) Neuverhandlungsobliegenheit in Frankreich?

Aus Art. 1195 Abs. 1 S. 1 Code civil geht vor, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen die von der Änderung der Umstände betroffene Partei die Neuverhandlung

---

[1302] *Witz,* Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 119, 135 f.; *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 82.

[1303] Art. 6.2.2 (d) UPICC, Art. 6:111 (2c) PECL, Comment D., Art. III.-1:110 DCFR, § 313 Abs. 1 aE BGB. Siehe dazu *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 423 ff.

[1304] Centro de Arbitraje de México (CAM) vom 30.11.2006 einsehbar auf www.unilex.info/case.

[1305] Centro de Arbitraje de México (CAM) vom 30.11.2006, Rn. 244 ff., einsehbar auf www.unilex.info/case.

[1306] Chambre commerciale, 17. Februar 2015, Nr. 12-29.550, 13-18.956, 13-20.230.

des Vertrags verlangen *kann*. Die Aufforderung scheint also keine zwingende Voraussetzung zu sein. Was geschieht, wenn kein Antrag auf Neuverhandlung gestellt wird? Gemäß Art. 1195 Abs. 2 Code civil kann der Richter erst nach Ablehnung oder Scheitern der Vertragsverhandlungen eingeschaltet werden. Somit ist die betroffene Partei verpflichtet, Neuverhandlungen zu verlangen, damit bei deren Erfolglosigkeit der Richter eingreifen kann.[1307] Die Verwendung des Modalverbs „können" ist auf eine „Ungeschicklichkeit des Gesetzgebers" zurückzuführen.[1308]An die Aufforderung werden keine weiteren Voraussetzungen gestellt: Weder die Form noch der Zeitrahmen sind vom Gesetzgeber vorgegeben.[1309]

Der Antrag auf Neuverhandlung ist verpflichtend, die Annahme des Antrags ist es aber nicht. Art. 1195 Abs. 2 Code civil erwähnt die Möglichkeit sowohl der Verweigerung als auch des Scheiterns. Der dahinterstehende Zweck ist es, die Vertragsparteien und vor allem die begünstigte Partei zu ermutigen, neu zu verhandeln und dadurch eine Lösung ihrer Probleme zu finden.[1310] Allerdings kann letztere die Neuverhandlungen ablehnen, wenn sie zum Beispiel der Meinung ist, dass die Voraussetzungen nicht erfüllt sind.[1311] Fraglich ist jedoch, ob die Verweigerung eine *faute* begründen und somit zu einer Schadensersatzpflicht führen kann. Dies würde bewirken, eine gewisse Verhandlungspflicht in den Gesetzeswortlaut hineinzulesen. Wenn sich die Parteien bei Verweigerung Schadensersatzpflichtig machen, sind sie doch nicht frei, das Angebot auf Neuverhandlungen abzulehnen.[1312] Wenn die Gegenseite die Verhandlungsanfrage annimmt, dann ist sie verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten.[1313] Zwar gibt es keinen Verweis auf Art. 1112 Code civil.[1314] Dennoch ist der Grundsatz von Treu und Glauben gemäß Art. 1104 Code civil jederzeit zu beachten. Auch die frühere Rechtsprechung ging in diese Richtung.[1315] Es ist mithin nicht auszuschließen, dass der Richter *a posteriori* aufgrund der treuwidrigen Durchführung von Verhandlungen sowie des missbräuchlichen Abbruchs Schadensersatz zuspricht.[1316]

Wenn Verhandlungen stattfinden, können sie zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kommen.[1317] Sie können erfolgreich enden: Die Parteien einigen sich auf

---

[1307] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 86; *Malaurie/Aynès,* Droit des obligations, Rn. 764; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 528.
[1308] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 528.
[1309] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 86.
[1310] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: „L'imprévision a donc vocation à jouer un rôle préventif, le risque d'anéantissement ou de révision du contrat par le juge devant inciter les parties à négocier."
[1311] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 87.
[1312] So *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 528.
[1313] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 481 f.
[1314] Dazu Kapitel 2 § 4 II.
[1315] Urteil im Fall *Huard,* Chambre commerciale, 3. November 1992, Nr. 90-18.547, Bull. 1992 IV, Nr. 338, S. 241; Chambre commerciale, 24. November 1998, Nr. 96-18.357, Bull. 1998 IV, Nr. 277, S. 232.
[1316] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 481 f.; *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 87. *Malaurie/Aynès,* Droit des obligations, Rn. 764 lässt die grundlose Verweigerung hingegen ausreichen.
[1317] Zum Folgenden *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 88.

Anpassungen und nehmen somit entweder eine Vertragsänderung oder eine *novation* vor.[1318] Die Verhandlungen können aber auch scheitern. In diesem Fall können die Parteien gemäß Art. 1193, 1195 Abs. 2 S. 1 Code civil entscheiden, den Vertrag aufzulösen.[1319] Eine andere Möglichkeit ist es, dass eine oder beide den Richter anrufen.[1320]

b) Neuverhandlungspflicht in den europäischen und internationalen Regelwerken?

Im Gegensatz zur französischen Vorschrift erlegen die PECL und der Gandolfi-Code den Parteien ausdrücklich eine Neuverhandlungspflicht auf. Die Regelungen des Gandolfi-Code sind in dieser Hinsicht sehr detailliert. Art. 97 Abs. 1 Gandolfi-Code verweist auf Art. 157 Gandolfi-Code, der die Voraussetzungen der Neuverhandlungen regelt. Der Schuldner darf nur innerhalb eines gewissen Zeitraums von seinem Recht Gebrauch machen (Art. 97 Abs. 1 S. 2 Gandolfi-Code) und sein Antrag muss gemäß Art. 157 Abs. 1 Gandolfi-Code zusätzliche Anforderungen erfüllen. Der Schuldner muss nach dieser Vorschrift unter anderem die Veränderungen des Vertrags vorschlagen.

Die Parteien sind ebenfalls gemäß Art. 6:111 (2) PECL verpflichtet, den Vertrag neu zu verhandeln („parties are bound to enter into negotiations"). Die Norm stellt allerdings weniger Anforderungen an die Art und Weise der Durchführung der Neuverhandlungen als der Gandolfi-Code. Im offiziellen Kommentar wird der Vorgang dahingehend konkretisiert, dass die geschädigte Partei die Initiierung der Verhandlung durch Darlegung der Wirkung der Umstandsänderung vornehmen soll.[1321] Die Verhandlungen müssen sodann gemäß dem Grundsatz von Treu und Glauben geführt werden.[1322] Sofern dies von einer Partei nicht beachtet wird, macht sie sich Schadensersatzpflichtig, Art. 6:111 (3) S. 2 PECL.

Die UPICC erlegen keine ausdrückliche Pflicht auf, den Vertrag neu zu verhandeln.[1323] Allerdings können die betroffenen Vertragsparteien erst nach Scheitern der Verhandlungen vor Gericht gehen (Art. 6.2.3 (3) UPICC). Zudem sind die Parteien verpflichtet, den Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 1.7 UPICC und die Kooperationspflicht nach Art. 5.1.3 UPICC einzuhalten.[1324] Weiterhin bestimmt Art. 6.2.3 UPICC, dass die benachteiligte Partei „entitled", also berechtigt

[1318] Zu der Unterscheidung siehe Kapitel 3 § 7 II A 1.
[1319] Siehe Kapitel 3 § 7 II.
[1320] Dazu Kapitel 3 § 8 II C 3, 4.
[1321] Comment C., Art. 6:111 PECL.
[1322] Comment C., Art. 6:111 PECL.
[1323] Commentary on PICC/*McKendrick,* Art. 6.2.3 Rn. 1.
[1324] *Momberg Uribe,* Vindobona J Int'l Comm L & Arb, 2011, 233, 257; *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 480 ff.

ist, Neuverhandlungen zu verlangen. Sie erhält somit ein Recht hierzu und die Gegenseite trifft die Pflicht, den Antrag auf Neuverhandlung anzunehmen.[1325] Einige Schiedsurteile sprechen ebenfalls von einer Nachverhandlungspflicht.[1326]

Die UPICC stellen einige Bedingungen an den Nachverhandlungsantrag, allerdings nicht gleichermaßen konkret wie der Gandolfi-Code. Art. 6.2.3 (1) S. 2 UPICC bestimmt:

> „The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based."

Der Antrag muss also zum einen zügig, nachdem die Umstandsänderung stattgefunden hat, gestellt werden, wobei der genaue Zeitrahmen einzelfallabhängig ist.[1327] Die beschädigte Partei soll nämlich ohne schuldhaftes Zögern die Nachverhandlungen verlangen. Bei verspäteter Anfrage verliert die benachteiligte Partei nicht das Recht, sich auf *hardship* zu berufen.[1328] Allerdings kann ihr Verhalten die Frage aufwerfen, ob überhaupt die Voraussetzungen des Art. 6.2.2 UPICC vorlagen.[1329] Der Antrag soll zum anderen alle Informationen beinhalten, damit die Gegenseite die Situation einschätzen kann.[1330] Eine unvollständige Anfrage gilt als nicht rechtzeitig gestellt, es sei denn, die Gründe sind dermaßen eindeutig, dass es nicht notwendig ist, sie im Antrag zu wiederholen.[1331]

Art. III.-1:110 DCFR legt hingegen ausdrücklich fest, dass die Parteien nicht zur Neuverhandlung verpflichtet sind.[1332] Vielmehr soll die Vorschrift die Durchführung von Neuverhandlungen lediglich fördern.[1333] Dies wird dadurch erreicht, dass der Schuldner nach Treu und Glauben versuchen soll, eine angemessene und gerechte Anpassung durch Verhandlungen zu erreichen (Art. III.-1:110 (3d) DCFR). Die Bearbeiter des DCFR wollten auf die Kritiker der PECL eingehen, die befanden, dass die Vorschrift der PECL „undesirably heavy and complicated" ist.[1334] Ob die Vorschrift des DCFR leichter anzuwenden ist, erscheint zweifelhaft. Sowohl auf Tatbestandsebene als auch bei den Rechtsfolgen sind nämlich unbestimmte

---

[1325] *Momberg Uribe,* Vindobona J Int'l Comm L & Arb, 2011, 233, 266. Siehe auch Comment 2., Art. 6.2.3 UPICC: "The disadvantaged party does not lose *its right to request* renegotiations simply because it fails to act without undue delay."

[1326] Arbitral award, 30.11.2006, Centre de Arbitraje de México, Rn. 250; ICC Award No. 10021 (2000), Rn. 33. Siehe auch ICC Award No 9994 (2001): „Good faith imposes upon the parties the duty to seek out an adaptation of their agreement to the new circumstances which may have occurred after its execution, in order to ensure that its performance does not cause, especially when the contract at stake is a long term agreement, the ruin of one of the parties (see Terré, Simler, Lequette: Obligations, No. 414 & foll. and 446; Malaurie and Aynès: Les obligations, § 622 p. 359). This principle is also prevailing in international commercial law (see Unidroit Principles, Art. 6.2.2 and 6.2.3)." Alle Entscheidungen sind auf www.unilex.info einsehbar.

[1327] Commentary on PICC/*McKendrick,* Art. 6.2.3 Rn. 2; *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 486.

[1328] Comment 2., Art. 6.2.3 UPICC.

[1329] Comment 2., Art. 6.2.3 UPICC; *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 486 f.

[1330] Commentary on PICC/*McKendrick,* Art. 6.2.3 Rn. 3; *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 486.

[1331] Comment 3., Art. 6.2.3 UPICC.

[1332] Comment C., Art. III.-1:110 DCFR.

[1333] *Momberg Uribe,* Vindobona J Int'l Comm L & Arb, 2011, 233, 266.

[1334] Comment C., Art. III.-1:110 DCFR.

Rechtsbegriffe zu finden. Auch wird nicht näher präzisiert, wie der Versuch der Partei, eine gerechte Vertragsanpassung zu erreichen, bewiesen werden soll.

In der französischen Literatur wurde begrüßt, dass im Gegensatz zu den PECL, den UPICC und zum Gandolfi-Code keine strengen Vorgaben an den Verhandlungsantrag gestellt wurden.[1335] Die benachteiligte Partei, die versucht, trotz schwerwiegender Umstandsänderung ihre Pflichten weiter zu erfüllen, soll unterstützt werden.[1336] Jedoch stellt sich die Frage, ob der Richter eine Teilerfüllung nachträglich anpassen darf. Eine späte Anfrage kann zudem ein Indiz dafür sein, dass die geschädigte Partei von der Umstandsänderung doch nicht derart schwerwiegend wie vorgetragen betroffen war.

c) Streitige Rechtslage in Deutschland

Im deutschen Recht ist umstritten, ob die Parteien zur Neuverhandlung des Vertrags verpflichtet sind. Bei den Debatten zur Schuldrechtsmodernisierung wurde die Frage aufgeworfen, ob die Parteien zunächst eine Verhandlung bezüglich der Vertragsanpassung durchführen sollen.[1337] Der Vorschlag von *Horn* fand keinen Einzug ins Gesetz.[1338] Denn aus dem Wortlaut des § 313 BGB lässt sich keine Pflicht entnehmen.[1339]

Die Diskussion wurde 2012 wieder aufgegriffen, als der V. Zivilsenat des BGH eine Verhandlungspflicht aus § 313 Abs. 1 BGB ableitete.[1340] In der Entscheidung ging es darum, dass die von der Geschäftsgrundlagenstörung begünstigte Partei die Verhandlung über die Vertragsanpassung blockierte. Der BGH entschied, dass die begünstigte Partei verpflichtet ist, gemeinsam mit der anderen Partei den Vertrag anzupassen.[1341] Zu dem Argument der Gegenmeinung, dass die Verhandlungspflicht nicht vollstreckbar sei,[1342] antwortete der BGH wie folgt:

> „Mit dem Anspruch der benachteiligten Partei auf Vertragsanpassung korrespondiert die Verpflichtung der begünstigten Partei, an dieser Anpassung mitzuwirken. Anspruch und Verpflichtung sind zwei Seiten desselben Rechts. Durchgesetzt wird die Mitwirkungspflicht demgemäß durch die gerichtliche Geltendmachung des Anpassungsanspruchs."[1343]

Die Verhandlungs- wird dadurch zu einer Nebenleistungspflicht.[1344] Die Herangehensweise des BGH beruht letztlich darauf,

---

[1335] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 86; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 528.
[1336] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 86.
[1337] Begr. SchuldRModG BT-Drucks. 14/6040, S. 176: „Insbesondere sollen die Parteien zunächst selbst über die Anpassung verhandeln." Siehe ferner *Nelle,* Neuverhandlungspflichten, S. 23 ff., 173 ff.
[1338] *Horn,* Vertragsdauer, in: BMJ, Bd. I, 1981, 551, 633, 640.
[1339] MüKoBGB/*Finkenauer* § 313 Rn 122; NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 121.
[1340] BGH, Urteil vom 30. September 2011 – V ZR 17/11 = NJW 2013, 373ff.
[1341] BGH, Urteil vom 30. September 2011 – V ZR 17/11 = NJW 2013, 373, 376.
[1342] So PWW/*Stürner* § 313 Rn. 22; Jauernig/*Stadler* § 313 Rn. 27.
[1343] BGH, Urteil vom 30. September 2011 – V ZR 17/11 = NJW 2013, 373, 376.
[1344] *Lüttringhaus,* AcP 213 (2013), 267, 273 ff.; NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 122.

„dass die Auflösung eines Vertrags tiefer in die Privatautonomie eingreift als dessen Anpassung, kommt also nicht zum Tragen, wenn beiden Parteien nicht (mehr) an einer Aufrechterhaltung des Vertrags gelegen ist."[1345]

Die Antwort der Literatur ist eindeutig:

„Ein solcher Zwang ist wenig sinnvoll, nicht vollstreckbar, kaum justiziabel und dem Zivilrecht wesensfremd."[1346]

Begründet wird diese Ansicht wie folgt: Erstens ergebe sich aus dem Anpassungsanspruch nur eine Pflicht, der Vertragsanpassung zuzustimmen, nicht jedoch eine Verhandlungspflicht.[1347] Würde den Parteien eine Verhandlungspflicht auferlegt, käme dann die nächste zu beantwortende Frage auf, jene nach dem Inhalt der Verhandlungspflicht:[1348] Wie lange müssten die Parteien verhandeln? Inwieweit könnten die Gerichte den ordnungsgemäßen Ablauf der Verhandlungen überprüfen? Die Partei, die kein Interesse an den Verhandlungen hat, könnte deren Durchführung hinauszögern oder sogar deren Ernsthaftigkeit vortäuschen.[1349] Letztlich ist hiernach nicht erkennbar, ob die durch eine Verhandlungspflicht hervorgerufene Komplexität in einem angemessenen Verhältnis zu den praktischen Vorteilen steht.[1350]

Mithin ist diese Frage noch nicht geklärt. Auch ist eine Stellungnahme zum deutschen Recht schwierig. Es ist daher zu begrüßen, dass der französische Gesetzgeber in Art. 1195 Code civil die Frage der Mitwirkungspflicht geregelt hat.

d) Stellungnahme

Derzeit liegen augenscheinlich sowohl auf europäischer als auch internationaler Ebene Verhandlungspflichten bei Veränderung der Umstände nach Vertragsschluss „im Trend".[1351] Eine private Verhandlungslösung statt einer gerichtlichen Auseinandersetzung ist immer wünschenswert.[1352] Rechtsökonomisch betrachtet verursachen diese allerdings auch Transaktionskosten und opportunistisches Verhalten, sodass ein angemessenes Verhältnis zwischen Interesse der Vertragsparteien und Folgen der Verhandlungslösung hergestellt werden muss.[1353] Die Lösung des französischen Rechts (eine zwingende Aufforderung zur Verhandlung, allerdings lediglich eine Verhandlungsobliegenheit) ist in dieser Hinsicht ein guter Kompromiss. Die *théorie de l'imprévision* bezweckt, das Gleichwicht des Vertrags zu erhalten, auch wenn für eine Partei die Grenze des Zumutbaren überschritten ist.[1354] Sie beruht auf dem Grundsatz *pacta sunt servanda* und legt die Annahme zugrunde, dass die Vertragsparteien am besten in der Lage sind, ihren Vertrag anzupassen. Durch

[1345] BGH, Urteil vom 30. September 2011 – V ZR 17/11 = NJW 2012, 373, 375.
[1346] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 122.
[1347] *Thole,* JZ 2014, 443, 444; MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 122.
[1348] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 122; *Thole,* JZ 2014, 443, 448.
[1349] NK-BGB/*Krebs*/*Jung* BGB § 313 Rn. 123.
[1350] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 122; NK-BGB/*Krebs*/*Jung* BGB § 313 Rn. 123; *Thole,* JZ 2014, 443, 450.
[1351] NK-BGB/*Krebs*/*Jung* BGB § 313 Rn. 123.
[1352] NK-BGB/*Krebs*/*Jung* BGB § 313 Rn. 123.
[1353] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 122.
[1354] *Berger,* 36 Vand. J. Transnat'l L. 2003, 1347, 1352.

die zwingende Voraussetzung, die Verhandlungen aufzufordern, werden die Parteien gezwungen, die Möglichkeit einer Neuverhandlung ernsthaft in Betracht zu ziehen. Jedoch besteht keine Pflicht zu verhandeln und die begünstigte Partei darf das Angebot ablehnen, ohne sich Schadensersatzpflichtig zu machen.[1355] Die benachteiligte Partei erleidet hier keine Nachteile. Denn sie hat ebenfalls Interesse an einer schnellen Lösung und kann bei Verweigerung den Richter anrufen. Wenn sich die Vertragsparteien für eine Neuverhandlung entscheiden, stellt sich die Folgefrage, ob die benachteiligte Partei während der Gespräche weiterhin leisten muss.[1356]

2. Keine Suspendierung des Vertrags während der Neuverhandlung

a) Nach dem französischen Recht und den internationalen und europäischen Regelwerken

Aus Art. 1195 Abs. 1 S. 2 Code civil ergibt sich, dass die geschädigte Partei während der Neuverhandlung des Vertrags weiterhin zur Leistung verpflichtet ist. Der Gesetzgeber rechtfertigt diese Lösung damit, dass rechtsmissbräuchliche Einwände verhindert werden und die Vertragstreue gewährleistet wird.[1357] Im Umkehrschluss bedeutet dies allerdings, dass bei Verweigerung der Neuverhandlungen durch die andere Partei oder bei Scheitern der Neuverhandlungen die geschädigte Partei nicht mehr leisten muss.[1358] Diese Lösung ist sachgerecht, da die Umstandsänderung nicht zur Unmöglichkeit führt und die Voraussetzungen der Einrede des nichterfüllten Vertrags nicht vorliegen.[1359] Der Gesetzgeber hat sich damit von der ehemaligen Rechtsprechung der *Cour de cassation* entfernt, die besagte, dass der Vertrag aufgrund der fehlenden *cause* sofort hinfällig wird.[1360] Der Gesetzgeber hat sich hier den europäischen und internationalen Regelwerken angenähert. Sie legen fest, dass die *hardship*-Einrede nicht automatisch zur Suspendierung des Vertrags führt.[1361] Diese Regelung soll die Parteien daran erinnern, dass der Vertrag grundsätzlich bindend ist und nur ausnahmsweise von ihm abgewichen werden kann.[1362] Allein der Gandolfi-Code legt keine aussagekräftige Annahme zugrunde. Die UPICC stellen diese Folge klar:

[1355] Nach der hier gefolgten Ansicht. Allerdings noch streitig siehe Kapitel 3 § 8 II C 1 a).
[1356] Zum Thema Neuverhandlungspflicht siehe *Accaoui Lorfign,* La renégociation des contrats internationaux, 2011.
[1357] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: „Par ailleurs, si la partie lésée demande une renégociation à son cocontractant, elle doit continuer à exécuter ses obligations pour éviter que ce mécanisme n'encourage les contestations dilatoires, et préserver la force obligatoire du contrat."
[1358] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 527.
[1359] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 86. Zu den neuen Art. 1219, 1220 Code civil und der Einrede des nichterfüllten Vertrags siehe: *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 627 ff.; Kapitel 4 § 10 III A.
[1360] Chambre commerciale, 29. Juni 2010, Nr. 09-67.369. Siehe oben Kapitel 3 § 8 I A 2 b).
[1361] Siehe Art. 6.2.1, 6.2.3(2) UPICC, Art. 6:111 (1) PECL, Art. III.-1:110 (1) DCFR. Dazu auch *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 487 f.
[1362] Commentary on PICC/*McKendrick,* Art. 6.2.1 Rn. 4; Comment A., Art. 6:111 PECL.

„The request for renegotiation does not in itself entitle the aggrieved party to withhold performance.“[1363]

Solange der Vertrag nicht angepasst oder aufgelöst ist, muss die betroffene Partei weiter leisten.[1364] Der Ausdruck „in itself“ stellt fest, dass die Anfrage auf Neuverhandlung alleine nicht ausreicht, um die Durchführung des Vertrags zu suspendieren. Weitere außergewöhnliche Umstände sind dafür erforderlich.[1365]

b) Nach dem deutschen Recht

Das deutsche Recht hat hingegen einen anderen Lösungsweg gewählt. Die Störung der Geschäftsgrundlage führt nicht zur Auflösung des Vertragsverhältnisses,[1366] sondern verpflichtet die Vertragspartner in erster Linie zur Anpassung des Vertrags an die geänderten Umstände.[1367] Seit der Schuldrechtsmodernisierung ist das Rechtsinstitut nicht mehr von Amts wegen zu berücksichtigen, sondern muss als Einrede von der berechtigten Partei erhoben werden.[1368] Wenn ihre Voraussetzungen erfüllt sind, steht sie sowohl der benachteiligten wie auch der begünstigten Seite zu.[1369] Im französischen Recht darf sich nur erstere auf die *théorie de l'imprévision* berufen.[1370] Es bleibt allerdings in der deutschen Rechtsordnung noch umstritten, worauf die Einrede begründet ist.[1371]

3. Die Vertragsanpassung

Die Neuerung des Art. 1195 Code civil liegt ebenfalls in der Anerkennung der Vertragsanpassung. Der Richter oder gegebenenfalls der Schiedsrichter darf sich in den Vertrag einmischen und den Vertragsinhalt ändern. In Frankreich bedingte diese Befugnis für die Verzögerung der Reform. Denn im *Sénat* und in der *Assemblée Nationale* sowie in der Lehre gab es keine Einigkeit bezuüglich der Frage der Vertragsanpassung.[1372] Der Gesetzgeber hat sich letztlich für die Einführung der Vertragsanpassung entschieden. Wegen dieses Hintergrundes bleiben noch viele Fragen offen (a)). Im Gegensatz dazu stellt auf internationaler und europäischer Ebene die Befugnis des Richters und Schiedsrichters einen allgemeinen Grundsatz dar

---

[1363] Art. 6.2.3 (2) UPICC.
[1364] Dazu auch *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 487.
[1365] Illustration 4, Art. 6.2.3 UPICC. Dazu siehe *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 487 f.
[1366] BGH, Urteil vom 31. Januar 1967 - V ZR 125/65 = NJW 1967, 721, 722; BGH, Urteil vom 8. Februar 1984 - VIII ZR 254/82 = NJW 1984, 1746, 1747; NK-BGB/*Kreis/Jung* BGB § 313 Rn. 131; Jauernig/*Stadler* BGB § 313 Rn. 27.
[1367] St. Rspr. BGH, Urteil vom 31. Dezember 1967 - V ZR 125/65 = NJW 1967, 721, 722; BGH, Urteil vom 15. Dezember 1983 - III ZR 226/82 = NJW 1984, 2947, 2950; BGH, Urteil vom 23. November 1989 - VII ZR 60/89 = NJW 1990, 572, 573; BGH, Urteil vom 7. Mai 1997 - IV ZR 179/96 = NJW 1997, 2519, 2520 f.
[1368] Begr. SchuldRModG BT-Drucks. 14/6040, S. 175; vgl. BGH, Urteil vom 24. März 2010 - VIII ZR 160/09 = NJW 2010, 1663, Rn. 16; MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 125; NK-BGB/*Krebs*/*Jung* BGB § 313 Rn. 133.
[1369] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 125.
[1370] Siehe oben Kapitel 3 § 8 II C 2 a).
[1371] Für § 273 BGB: *Schmidt-Kessel/Baldus*, NJW 2002, 2076, 2077; *Finn*, Erfüllungspflicht und Leistungshindernis, S. 507 f. Für § 320 BGB: NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 129. Für § 242 BGB: MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 126; Soergel/*Teichmann* § 313 Rn. 161; *Wieser* JZ 2004, 654, 655; *Heinrichs,* FS Heldrich, 2005, S. 183, 201.
[1372] Siehe oben Fn. 1192.

(b)).[1373] Die folgende Analyse wird somit versuchen, die offenen Fragen des französischen Rechts durch die Heranziehung der europäischen und internationalen Erfahrung zu beantworten.

a) Die Probleme der Vertragsanpassung in Frankreich

Gemäß Art. 1195 Abs. 2 Code civil können beide Parteien oder nur eine von ihnen dem Richter einen Antrag auf Vertragsanpassung stellen. Abgesehen von dem Vorschlag der Arbeitsgruppe *Terré* hatte kein Entwurf die Möglichkeit der richterlichen Vertragsanpassung auf Antrag einer Partei vorgesehen.[1374] Gemeinhin wurde das Einverständnis beider Parteien vorausgesetzt, was ein rein akademischer Fall ist. Denn es ist kaum zu erwarten, dass die gegnerische Partei der Vertragsanpassung zustimmen wird.[1375] Die Anpassungsmöglichkeit gegen den Willen einer Vertragspartei wurde in Frankreich immer als kritisch betrachtet.[1376] Zudem wurde in der Literatur die Einmischung des Richters in den Vertrag befürchtet. Man zweifelte daran, dass der Richter stets über die technischen und wirtschaftlichen Kenntnisse verfügte, um anstelle der Vertragsparteien zu entscheiden.[1377]

Der Gesetzgeber hat trotz Kritik den Schritt gewagt und nun die „heilige Kuh“[1378], dass der Vertrag allein von beiden Parteien ausgearbeitet und geändert werden könne, aufgegeben.[1379] Somit kann der Richter bei Scheitern und Verweigerung der Nachverhandlungen auf Antrag beider oder einer Partei den Vertrag anpassen, Art. 1195 Abs. 2 Code civil. Bei letzterem kann der Antrag nicht sofort gestellt werden. Vielmehr muss eine angemessene Frist erfolglos abgelaufen sein, bevor der Richter berechtigt ist einzugreifen. Welcher Zeitrahmen angemessen ist, wird nicht näher bestimmt und wird im Einzelfall von den Richtern zu entscheiden sein.

Die französische Vorschrift konkretisiert die Befugnisse des Richters nicht weiter, sodass viele Fragen noch offen sind. Die Schwierigkeiten können in zwei Kategorien aufgeteilt werden. Die einen betreffen die Reichweite der richterlichen Befugnisse zur Vertragsanpassung und die anderen die Rechtsfolgen der Vertragsanpassung.

[1373] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 492 f.

[1374] Siehe Art. 1196 Entwurf der Chancellerie: „en cas de refus ou d'échec des négociations, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe“. Übersetzung aus *Witz,* Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 119, 137, Fn. 84: „Im Falle einer Weigerung oder eines Scheiterns der Neuverhandlung können die Parteien den Richter im gegenseitigen Einverständnis mit der Anpassung beauftragen. Bei Fehlen einer Vereinbarung kann eine Partei den Richter anrufen, den Vertrag zu beenden, zu dem Zeitpunkt und den Bedingungen, die er festlegt.“

[1375] *Witz,* Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 119, 136 f.

[1376] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 90.

[1377] *Stoffel-Munck,* AJCA 2015, 262 ff.

[1378] *Witz,* Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 119, 137.

[1379] *Witz,* Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 119, 137.

Art. 1195 Code civil enthält zum einen keine Vorgaben hinsichtlich der Reichweite der richterlichen Befugnisse. Bedeutet dies, dass der Richter völlig freie Hand hat?[1380] Im Vergleich hierzu enthält Art. 900-4 Code civil,[1381] der die Erfüllung von Schenkungen in Folge einer Änderung der Umstände regelt, einen ausdrücklichen Katalog an Maßnahmen, die der Richter ergreifen darf.[1382] Sollen sich somit die Richter in der Zukunft an diesen Maßgaben bei der Anwendung von Art. 1195 Code civil orientieren? Weiterhin stellt sich die Frage, inwiefern sich die *révision* von der *adaptation* unterscheidet. Denn gemäß Art. 1195 Abs. 2 S. 1 Code civil darf der Richter auf Antrag beider Parteien den Vertrag anpassen – *adapter*. Hingegen soll er gemäß Art. 1195 Abs. 2 S. 2 Code civil den Vertrag ändern – *réviser.*[1383] Die Vorschrift könnte somit so ausgelegt sein, dass der Richter im ersten Fall über erweiterte Befugnisse verfügte, er jedoch im zweiten Fall lediglich die finanziellen Verpflichtungen korrigieren könnte.[1384] Man könnte die erste Variante in Einklang mit den UPICC und den PECL auslegen und damit die Anpassung als Wiederherstellung des vertraglichen Äquilibriums ansehen. Bei der *révision* müsste der Richter den Parteiwillen erforschen und als Maßstab heranziehen, damit er diesen anhand der Vertragsänderung wieder zum Ausdruck bringt.[1385] Eine Unterscheidung zwischen den zwei Möglichkeiten könnte dadurch gerechtfertigt sein, dass bei Vorliegen eines Antrags beider Parteien der Parteiwillen schon offengelegt wurde, hingegen nicht, wenn nur eine Partei den Richter anruft. Zu beachten ist jedoch, dass eine solche Auslegung der bisherigen französischen Rechtstradition widersprechen würde. Ziel es sowohl bei der Anpassung als auch bei der Änderung, die Störung in der vertraglichen Beziehung zu beheben. Es erscheint schwer zu begründen, dass der Gesetzgeber zwei unterschiedliche Herangehensweise einführen wollte, ohne dies näher zu präzisieren. Somit sollten beide Rechtsbegriffe synonym verstanden werden.

[1380] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 91; *Witz,* Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 119, 137 f.

[1381] Art. 900-4 Code civil: Le juge saisi de la demande en révision peut, selon les cas et même d'office, soit réduire en quantité ou périodicité les prestations grevant la libéralité, soit en modifier l'objet en s'inspirant de l'intention du disposant, soit même les regrouper, avec des prestations analogues résultant d'autres libéralités. Il peut autoriser l'aliénation de tout ou partie des biens faisant l'objet de la libéralité en ordonnant que le prix en sera employé à des fins en rapport avec la volonté du disposant. Il prescrit les mesures propres à maintenir, autant qu'il est possible, l'appellation que le disposant avait entendu donner à sa libéralité. Übersetzung: Der mit dem Anpassungsantrag angerufene Richter kann je nach Fall und sogar von Amts wegen entweder die Menge oder Häufigkeit der mit der unentgeltlichen Zuwendung belasteten Dienstleistungen verringern oder ihren Zweck in Übereinstimmung mit der Absicht des Verfügenden ändern oder sie sogar mit ähnlichen Dienstleistungen, die sich aus anderen Zuwendungen ergeben, zusammenfassen. Er kann die Veräußerung des geschenkten Vermögens ganz oder teilweise genehmigen, indem er anordnet, dass der Preis für Zwecke des Willen des Verfügenden entsprechend verwendet wird. Er sieht Maßnahmen vor, um den Namen, den der Verfügender seiner Zuwendung geben wollte, so weit wie möglich zu erhalten.

[1382] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 91.

[1383] So lautet die Übersetzung in *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 281.

[1384] So *Malaurie/Aynès,* Droit des obligations, Rn. 764;

[1385] So *Stoffel-Munck,* La révision du contrat par l'arbitre à la lumière de l'article 1195 du Code civil, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. 51, 64 f.

Weiterhin stellen sich einige Fragen in Bezug auf die Folgen einer gerichtlichen Vertragsanpassung.[1386] Welche Rechtsnatur hat die gerichtliche Anpassung? Hat sie eine vertragliche Natur und kann sie dementsprechend von den Parteien im Nachhinein wieder geändert werden? Oder verhindert die Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung jegliche Änderung des vom Richter angepassten Vertragsteils? Die *Cour de cassation* hat in Bezug auf die gerichtliche Anpassung der Strafklausel entschieden, dass sie ihren vertraglichen Charakter beibehält, dass sich die gerichtliche Anpassung also in den Vertrag einfügt, als wäre sie von den Parteien von Anfang an vereinbart worden.[1387] Diese Rechtsprechung könnte für Art. 1195 Code civil übernommen werden.[1388] Letztlich bleibt noch zu beantworten, wie mit den Sicherheiten umgegangen werden soll. Bleibt der Vertrag, der gerichtlich angepasst worden ist, derselbe, mit der Folge, dass die Kreditsicherheiten weiterhin verpflichtend sind? Oder folgt aus der Anpassung eine *novation*, durch die die Sicherheiten erlöschen? Möglicherweise wird die Antwort auf diese Frage vom Umfang der Vertragsänderung abhängig sein. Je weitgehender der Vertrag geändert worden ist, desto eher handelt es sich um einen neuen.[1389] Allerdings erscheint es unwahrscheinlich, dass die Richter den Vertrag dermaßen ändern werden, dass daraus ein neuer Vertrag entsteht. Das würde nämlich zu einem Verstoß gegen den Grundsatz der Vertragsfreiheit führen, da den Parteien ein Vertrag auferlegt würde, auf den sie sich nicht geeinigt haben. Infolgedessen ist davon auszugehen, dass die Kreditsicherheiten auch nach Vertragsänderung bestehen bleiben werden.

Zusätzlich bleibt noch zu klären, ob der Schiedsrichter nach französischem Recht ebenfalls berechtigt ist, den Vertrag anzupassen. Die Frage wird auf internationaler Ebene diskutiert. Die Zurückhaltung Frankreichs bei der Einführung der *théorie de l'imprévision* hat dazu beigetragen, die Befugnisse der Schiedsrichter zu hinterfragen.[1390] Spricht nun Art. 1195 Code civil für die Anerkennung der schiedsrichterlichen Befugnis zur Vertragsanpassung?

b) Die Vertragsanpassung auf europäischer und internationaler Ebene

Der Grundsatz „Judges do not make contracts"[1391] war lange verbreitet. Allerdings scheint er nun aufgrund der neuen europäischen und internationalen Entwicklung nicht mehr passend zu sein.

[1386] Zum Folgenden *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 92.
[1387] Chambre commerciale, 21. Juli 1980, Nr. 79-10.597, Bull. des arrêts Cour de cassation commerciale, Nr. 309.
[1388] *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 92.
[1389] So *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 91.
[1390] *Prujiner* (1992) 37 McGill LJ. 428 (437).
[1391] Judex non substituit. Dazu für Schiedsgerichtsbarkeit *Rau,* "Gap Filling" by Arbitrators, in: *van der Berg* (Hg.), Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA Congress Series, Vol. 18, 2015, S. 935 ff.; *Blackaby*/*Partasides*, Redfern and Hunter on International Arbitration, S. 524 ff.

(1) Die Befugnisse des Richters zur Vertragsanpassung auf europäischer und internationaler Ebene

Die Vertragsanpassung als richterliche Befugnis bei einem *hardship*-Fall ist ein *general principle of law* geworden.[1392] Alle untersuchten Regelwerke sehen vor, dass der Richter auf Antrag einer Partei den Vertrag anpassen darf. Art. 6.2.3 (4b) UPICC, Art. 6:111 (3b) PECL, Art. III.-1:110 (2a) DCFR und Art. 157 Abs. 5 Gandolfi-Code regeln das Gleiche, selbst wenn die jeweilige Formulierung nicht immer identisch ist.[1393] Ähnlich wie die französische Norm verlangen Art. 6.2.3 (3) UPICC und Art. 6:111 (3) PECL den erfolglosen Ablauf einer angemessenen Frist, bevor sich die Partei an den Richter wenden kann. Die Bestimmung der Angemessenheit ist einzelfallabhängig.[1394]

Mit der Vertragsanpassung soll der Vertrag aufrechterhalten und das vertragliche Gleichgewicht wiederhergestellt werden.[1395] Bei der Abwägung muss berücksichtigt werden, welche Risiken jede Partei nach der Entwicklung der vertraglichen Beziehung zu tragen hat.[1396] Zudem soll die Vertragsanpassung auf das zur Erfüllung der Pflichten durch die benachteiligte Partei Erforderliche begrenzt sein.[1397] Bei der Vertragsanpassung verfügen die Gerichte gemäß den Regelwerken über verschiedene Möglichkeiten. Sie können „den Erfüllungszeitraum verlängern, den Preis bzw. den Leistungsumfang herauf- oder herabsetzen oder eine Ausgleichszahlung anordnen".[1398] Die Richter dürfen allerdings den Vertrag nicht neu schreiben. Die Vertragsanpassung darf nicht so weit gehen, dass den Parteien ein neuer Vertag aufgezwungen wird.[1399] Um dies zu vermeiden, müssen sich die Gerichte am hypothetischen Parteiwillen orientieren.[1400] Dabei müssen sie sich die Frage stellen, was die Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn sie von der Umstandsänderung gewusst hätten. Wenn es keine Indizien dazu gibt, müssen die Richter diesbezüglich eine objektive Betrachtung vornehmen und entscheiden, wie eine durchschnittliche

[1392] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 490 ff.
[1393] Für die UPICC und PECL so *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 498.
[1394] Commentary on PICC/*McKendrick*, Art. 6.2.3 Rn. 5.
[1395] Comment D., Art. 6:111 PECL. Comment 7, Art. 6.2.3 UPICC spricht von "fair distribution of losses" und Comment E., Art. III.-1:110 DCFR "re-establishing the contractual balance".
[1396] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 498 f.
[1397] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 498 f. *Brunner* verweist in diesem Zusammenhang auf den Award ICC No. 2508 (1976): "This principle is also supported by a statement made by the arbitral tribunal in the award in ICC Case No. 2508 of 1976 (Collection of ICC Awards I, 292, 294,[…]), in connection with the determination of damages for nonperformance due by the seller. The seller's requests during the renegotiation (which failed), in order to be 'consistent with good faith', had to be limited to not only what was reasonable, but also 'to that what was strictly necessary so that performance of the contract did not become manifestly unfair'. ('La demande de Y[seller] (…) devait d'ailleurs, conformément à la bonne foi, se limiter non seulement à ce qui était raisonnable, mais encore, à ce qui était strictement nécessaire pour que l'exécution du contrat ne devienne pas manifestement inéquitable.')."
[1398] Comment D., Art. 6:111 PECL; Comment E., Art. III.-1:110 DCFR; *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 501.
[1399] Comment D., Art. 6:111 PECL.
[1400] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 500 f.

Person in derselben Situation gehandelt hätte. Diese Herangehensweise soll gewährleisten, dass sich die Richter so wenig wie möglich in den Vertrag einmischen.[1401]

Nach deutschem Recht besteht bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen (Vertragsgrundlage, schwerwiegende Veränderung, Risikozuweisung, Unzumutbarkeit) ein Anspruch auf Anpassung des Vertrages.[1402] Der Anspruch kann als Einrede gegen den Erfüllungsanspruch oder durch Klage geltend gemacht werden.[1403] Die Bestimmung des Inhalts richtet sich an die Zumutbarkeit unter Berücksichtigung der Risikoverteilung aus.[1404] Der Vorgang ist einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ähnlich.[1405] Der Zweck der Vertragsanpassung ist die Risikoanpassung. Dabei darf so wenig wie möglich in den Vertrag eingegriffen werden, es muss also das mildeste Mittel gewählt werden. Die Anpassung muss letztlich eine möglichst angemessene Interessenverteilung zur Folge haben. Bezüglich der zur Verfügung stehenden Mittel geht das deutsche Recht sehr weit.[1406] Grundsätzlich steht es dem Richter frei zu entscheiden, wie er den Vertrag anpasst, solange die Verhältnismäßigkeit eingehalten wird, wobei in der Regel die Risiken hälftig geteilt werden.[1407] Dem Anpassungsgegner wird allerdings ein Lösungsrecht eingeräumt. Das gilt vor allem dann, wenn die Anpassung ein neues Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung aufstellt.[1408] Dies schützt den Vertragspartner vor einem ungewollten tiefgreifenden Eingriff in den Vertrag.[1409]

Zur Frage der Zukunft von Sicherheiten bietet das deutsche Recht eine Lösung an. Nach deutschem Recht unterliegen auch bestellte Sicherungsrechte der Anpassung.[1410] Für die Bürgschaft besteht eine besondere Regelung: Der Bürge muss eine ihm nachteilige Anpassung der Hauptschuld nach § 313 Abs. 1 BGB gemäß § 767 Abs. 1 S. 3 BGB grundsätzlich nicht gegen sich gelten lassen.[1411] Die Rechtsprechung macht allerdings eine Ausnahme hiervon, wenn es sich um eine bloße „organische Weiterentwicklung“ handelt.[1412] Was die deutschen Richter für „organisch“ halten, ist noch nicht geklärt.[1413]

[1401] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 500 f.
[1402] NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 117; *Alberts,* Wegfall der Geschäftsgrundlage, S. 43 f.
[1403] MüKoBGB/Finkenauer BGB § 313 Rn. 124 ff.
[1404] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 88 ff.
[1405] Zum Folgenden MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 88 ff.
[1406] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 90.
[1407] BGH, Urteil vom 23. November 1989 - VII ZR 60/89 = NJW 1990; BGH, Urteil vom 14. Oktober 1992 - VIII ZR 91/91 = NJW 1993, 259, 262 f.; BGH, Urteil vom 21. September 1995 - VII ZR 80/94 = ZIP 1995, 1935, 1939 f.; OLG Frankfurt/M., Urteil vom 22. Februar 2013 - 10 U 47/11 = ZIP 2013, 1560, 1564; MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 94.
[1408] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 92.
[1409] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 92.
[1410] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 107.
[1411] NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 130.
[1412] OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. November 2000 = WM 2001, 2382.
[1413] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 108.

(2) Die Befugnisse des Schiedsrichters zur Vertragsanpassung auf europäischer und internationaler Ebene

Die Debatte über die Frage der Befugnis zur Vertragsanpassung findet ihre Ursprünge schon in den 1970er Jahren.[1414] Während des ICCA-Kongresses im Jahre 1975 wurde über die Befugnisse der Schiedsrichter zum „gap filling" diskutiert.[1415] Während für einige diese Befugnis bereits Teil der Aufgabe eines Schiedsrichters war, lehnten andere dies ausdrücklich ab und verlangten die Einsetzung eines unabhängigen Dritten, der nicht Schiedsrichter war.[1416]

Der Grund für die Ablehnung war die traditionelle Sichtweise, dass ein Richter nur einen juristischen Streit entscheiden kann. Da ein Schiedsrichter wie ein Richter handelt, sollte das Gleiche für ihn gelten.[1417] Ein Streit sei nur dann gegeben, wenn dem Richter oder Schiedsrichter eine „Ja-Nein"-Frage in Bezug auf die Nichterfüllung einer Partei gestellt werde.[1418] Zudem sei ein Schiedsverfahren nicht mit dem erforderlichen kreativen Aspekt einer Anpassung vereinbar.[1419] Richter und Schiedsrichter könnten über die Wirksamkeit einer Verpflichtung, ihren Umfang und ihre Rechtsfolgen entscheiden. Allerdings seien sie nicht befugt, sich in die vertragliche Sphäre einzumischen und den Vertragsinhalt zu ändern. Dies sei allein Befugnis der Parteien.[1420]

Die moderne Ansicht befürwortet die schiedsrichterliche Befugnis zur Vertragsanpassung.[1421] Erstens liege ein Streit auch dann vor, wenn eine Partei ihr Anpassungsrecht geltend macht.[1422] Denn es treten zwei einander widersprechende Interessen in Konflikt: Eine Partei verlangt die Anpassung des Vertrags, während die andere bei der strengen Ausführung des bestehenden Vertrags bleiben möchten. Zudem legt die aktuelle Literatur zum Schiedsrecht den Rechtsbegriff des Streits

---

[1414] *Crivellaro,* La révision du contrat dans la pratique de l'arbitrage international, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. 69, 77f.
[1415] Resolution of the fifth International Congress of Arbitration in New Dehli, 10. Januar 1975, The Arbitration Journal, S. 18 ff.
[1416] *Crivellaro,* La révision du contrat dans la pratique de l'arbitrage international, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. 69, 78.
[1417] *Crivellaro,* La révision du contrat dans la pratique de l'arbitrage international, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. 69, 78 f.
[1418] *Prujiner* (1992) 37 McGill LJ. 428 (431 ff); *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 493 f. verweist auf § 1029 Abs. 1 ZPO, Art. 1, 6, 46 des English Arbitration Act 1996, Art. 1442, 1447 französisches NCPC, Art. 178 schweizerisches IPRG.
[1419] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 493 f. Dazu *Berger*, Arb. Int. 17 (2001), 1, 2 f.
[1420] *Crivellaro,* La révision du contrat dans la pratique de l'arbitrage international, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. 69, 78 f.; *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 493 f.
[1421] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 493 ff.; *Berger*, Arb. Int. 17 (2001), 1 ff.; *Stoffel-Munck,* La révision du contrat par l'arbitre à la lumière de l'article 1195 du Code civil, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. 51, 61 ff., Rn. 27 ff.; *Crivellaro,* La révision du contrat dans la pratique de l'arbitrage international, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. 69 ff.; *Accaoui Lorfing,* La renégociation des contrats internationaux, Rn. 426 ff.
[1422] *Cohen,* Le contrat devant l'arbitre *pacta sunt servanda* et/ou adaptation, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. 87, 89, Rn. 7; *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 496 f.

weit aus, um auf diese Weise möglichst viele Auseinandersetzungen zu erfassen.[1423] Die Schiedsrichter werden von den Parteien aufgrund ihrer Eigenschaften und Fachkenntnisse ausgewählt.[1424] Somit verfügen sie über die notwendigen Fähigkeiten und Erfahrungen, um den Vertrag bestmöglich anzupassen. Letztlich zeigt die bisherige Entwicklung, dass die Schiedsrichter mit der Vertragsanpassung restriktiv umgehen.[1425] Die Schiedsrichter achten darauf, die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Vertragsparteien zu befriedigen, ohne das vertragliche Gleichgewicht zu zerstören.[1426] „It's not arbitration, it's not adaptation, it's '*adaptration*'."[1427]

Heute ist es grundsätzlich unstreitig, dass der Schiedsrichter eine Anpassungsbefugnis hat, wenn die Parteien ihm die Befugnis in dem Vertrag erteilt haben.[1428] Allerdings schweigen die Verträge dazu meist. In diesem Fall kommt es auf die *lex arbitri* an, also das Recht am Ort des Schiedsgerichtssitzes. Wenn diese Rechtsordnung dem Richter und somit dem Schiedsrichter die Möglichkeit gibt, den Vertrag ohne zusätzliche vertragliche Ermächtigung anzupassen, wäre nach dem hier vertretenen Ansatz eine Anpassungsbefugnis der Schiedsrichter zu befürworten.[1429] Demnach erhielte ein Schiedsrichter die Anpassungsbefugnis, wenn die *lex arbitri* ihn dazu ermächtigt, selbst wenn die *lex causae* die Möglichkeit nicht vorsehen sollte. Findet also ein Schiedsverfahren in Deutschland statt, ist aber das italienische Recht anzuwenden und somit Art. 1467 Codice civile, der keine Vertragsanpassung durch den Richter erlaubt, hindert es die Schiedsrichter nicht daran, den Vertrag gemäß § 313 BGB anzupassen. Eine ähnliche Fallkonstellation wurde im schweizerischen Recht entschieden.[1430]

[1423] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 496 f.; *Berger,* 36 Vand. J. Transnat'l L. 2003, [1376f]; *Accaoui Lorfing,* La renégociation des contrats internationaux, Rn. 427, 432. Siehe auch Art. 82 (1) English Arbitration Act 1996: "dispute" includes any difference.

[1424] *Crivellaro,* La révision du contrat dans la pratique de l'arbitrage international, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. 69, 85.

[1425] ICC Award No. 1512 (1971), nachgedruckt in: *Jarvin/Derains,* Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, S. 3 f.; ICC Award No. 2404 (1975), nachgedruckt in: Journal du droit international 103 (1976), S. 995 ff.; ICC Award No. 2708 (1976), nachgedruckt in: Journal du droit international 104 (1977), S. 943 ff.; ICC Award No. 8873 (1997) einsehbar auf www.unilex.info; ICC No. 9479 (1999) einsehbar auf www.unilex.info. Siehe *Berger,* 36 Vand. J. Transnat'l L. 2003, [1353] m.w.N.

[1426] *Crivellaro,* La révision du contrat dans la pratique de l'arbitrage international, in: Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. 69, 79 ff., 84 f.

[1427] *Berger*, Arb. Int. 17 (2001), 1, 17.

[1428] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 493.

[1429] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 493 ff.; *Berger*, Arb. Int. 17 (2001), 1 ff.

[1430] N.V. Belgische Scheepvaartmaatschappij-Compagnie Maritime Belge v. N.V. Distrigas, Entscheidung vom 19.12.2001, ASA Bull. 2002, 493 ff. Siehe insbesondere S. 508: „Le chapitre 12 de la loi fédérale sur le droit international privé ne contient aucune disposition spécifique qui interdirait à un tribunal arbitral de compléter un contrat sans une autorisation expresse des parties. […] Le droit suisse permet au juge étatique de compléter un contrat lacunaire en recherchant la volonté hypothétique des parties (ATF 115 II 404 consid. 4b p. 488; 111 II 260 consid. 2a). Il n'exige pas pour cela une autorisation expresse des parties. Dès lors, si l'on reconnaît au juge étatique suisse le pouvoir de compléter de son propre chef un contrat soumis au droit suisse ou à un droit étranger autorisant le complètement du contrat, on ne voit pas pour quelle raison il y aurait lieu de dénier ce pouvoir à un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse." Übersetzung: Kapitel 12 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht enthält keine spezifische Bestimmung, die es einem Schiedsgericht verbietet, ohne ausdrückliche Zustimmung der Parteien einen Vertrag zu ergänzen. […] Das

Infolgedessen wird Art. 1195 Code civil eine neue Ermächtigungsgrundlage für die Schiedsrichter bei allen in Frankreich stattfindenden Schiedsverfahren darstellen. Dies wird die Attraktivität Frankreichs stärken und somit zur Erfüllung eines der Ziele der Reform beitragen.[1431]

4. Die gerichtliche Vertragsaufhebung

Das französische Recht gibt dem Richter die Befugnis zu einer besonderen Form der Vertragsanpassung: Er ist ebenfalls befugt, den Vertrag zu beenden.[1432] In diesem Fall ist er verpflichtet, den Zeitpunkt und die Bedingungen der Vertragsauflösung zu bestimmen (b)). Fraglich ist allerdings, in welchem Verhältnis Vertragsaufhebung und Vertragsanpassung zueinander stehen (a)).

a) Verhältnis zur Vertragsanpassung

Art. 1195 Abs. 2 Code civil regelt die Vertragsauflösung wie folgt: Beide oder nur eine der Parteien kann die Vertragsanpassung oder die Vertragsauflösung verlangen. Daraus ergibt sich, dass beide Möglichkeiten in keinem Rangverhältnis zueinander stehen. Vielmehr steht es den Parteien frei, zu entscheiden, welche Folge ihnen am besten passt. Wie für die Vertragsanpassung kann auch bei der Vertragsauflösung eine Partei nicht vor Ablauf einer angemessenen Frist den entsprechenden Antrag stellen, wobei dazu kein genauer Zeitraum genannt ist.[1433] Ziel ist es, die Vertragsanpassungsverhandlungen zu fördern. Wenn ohnehin die Parteien nicht vor Ablauf einer gewissen Zeitspanne die Vertragsauflösung oder Vertragsanpassung verlangen können, werden sie vielleicht doch versuchen, einen Kompromiss zu finden.

Diese Bestimmung ist in den europäischen und internationalen Regelwerken fast wörtlich wiederzufinden. Nur der Gandolfi-Code verwendet eine andere Formulierung, allerdings mit derselben Rechtsfolge.[1434] Die Regelwerke geben – wie die französische Norm – keine Reihenfolge vor. Sie setzen also Vertragsanpassung und -auflösung auf dieselbe Ebene. Im Gegensatz hierzu regelt § 313 Abs. 3 BGB, dass die Vertragsauflösung nur dann ausgesprochen werden darf, wenn die Vertragsanpassung nicht möglich oder für eine Partei nicht zumutbar ist. Dies ist dann der Fall, wenn sie durch die Rechtsordnung verboten, für eine der Parteien undurchführbar

schweizerische Recht erlaubt es dem Staatsrichter, einen lückenhaften Vertrag durch den hypothetischen Willen der Parteien zu ergänzen (ATF 115 II 404 consid. 4b S. 488; 111 II 260 consid. 2a). Es bedarf zu diesem Zweck nicht der ausdrücklichen Zustimmung der Parteien. Wenn dem schweizerischen Staatsrichter daher die Befugnis eingeräumt wird, von sich aus einen dem schweizerischen Recht oder dem ausländischen Recht unterliegenden Vertrag, der die Vervollständigung des Vertrages erlaubt, zu ergänzen, ist nicht klar, warum diese Befugnis einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz verweigert werden soll. Siehe auch *Frick,* ASA Bull. 2002, 516 ff.

[1431] Zu den Zielen des Gesetzgebers siehe Kapitel 1 § 1 II.

[1432] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 508 f.: "The right to request the termination of the contract is a particular form of the adaptation of the contract."

[1433] Siehe oben Kapitel 3 § 8 II C 3.

[1434] Art. 6.2.3(4b) UPICC, Art. 6:111 (3a) PECL, Art. III.-1:110 (2b) DCFR, Art. 157 Abs. 5 Gandolfi-Code.

oder sinnlos ist.[1435] Erforderlich ist eine Rücktrittserklärung der von der Grundlagenstörung benachteiligten Partei bzw. eine Kündigungserklärung bei einem Dauerschuldverhältnis.[1436] Die Vertragsauflösung ist also die *ultima ratio*.[1437] Trotz Eindeutigkeit des Wortlauts ist in Deutschland der Vorrang der Vertragsanpassung noch umstritten.[1438]

Es stellt sich die Frage, wie mit der Situation umzugehen ist, in der eine Partei die Vertragsanpassung verlangt, die andere dagegen die Auflösung. Im Gegensatz zur französischen Vorschrift[1439] ist nach § 313 Abs. 3 BGB nur die benachteiligte Partei berechtigt, die Vertragsauflösung zu erklären.[1440] Somit wird sich dieses Problem im deutschen Recht nicht stellen. Angesichts der französischen Rechtstradition spricht viel dafür, dass die Richter eher die Auflösung aussprechen werden. So vermeiden sie, sich in den Vertrag einzumischen, wodurch sie allerdings stärker in die Privatautonomie eingreifen als durch die Anpassung. Es wäre zu bevorzugen, im Einzelfall nach der gerechten Lösung zu suchen.[1441]

b) Die Bestimmung des Zeitpunkts und der Bedingungen der Vertragsauflösung

Im Falle der Beendigung der vertraglichen Beziehung zwischen den Parteien ist der Richter gemäß Art. 1195 Abs. 2 Code civil verpflichtet, das Datum und die Bedingungen der Auflösung festzulegen. Da die Leistungspflicht nicht suspendiert wird,[1442] ist die Bestimmung des genauen Datums von großer Bedeutung.[1443] Der Richter kann zum Beispiel den Zeitpunkt der Verweigerung der Verhandlungen, jenden des Scheiterns oder den Zeitpunkt der Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 1195 Code civil auswählen.[1444] Es liegt in seinem Ermessen.[1445]

Der Richter hat hingegen nach deutschem Recht keinen Ermessenspielraum, sondern es gelten die gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen. Gemäß § 313 Abs. 3 S. 1 BGB kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. In diesem Fall erfolgt die Rückabwicklung gemäß §§ 346 ff. BGB. Gemäß § 313 Abs. 3 S. 2 BGB tritt an Stelle des Rücktrittsrechts für Dauerschuldverhältnisse die Kündigung. Diese wirkt

[1435] OLG Saarbrücken, Urteil vom 4. Oktober 2012 – 8 U 391/11-106 = NJW 2012, 3731, 3734; MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 115 ff.; Palandt/*Grüneberg* BGB § 313 Rn. 42.
[1436] NK-BGB/ *Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 131; MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 110.
[1437] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 509; NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 112; Palandt/*Grüneberg* BGB § 313 Rn. 42; aA MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 117.
[1438] Zum Meinungsstand siehe NK-BGB/*Krecbs/Jung* BGB § 313 Rn. 108 ff.; MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 100 ff.
[1439] Und zu den Regelungen der Art. 6.2.3 (3) UPICC, Art. 6:111 (3) PECL, Art. 157 Abs. 5 Gandolfi-Code. Hingegen ist nur der Schuldner berechtigt gemäß Art. III.-1:110 (2) DCFR.
[1440] MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 113.
[1441] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 510.
[1442] Siehe oben Kapitel 3 § 8 II C 2.
[1443] *Witz,* Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 119, 137 f.
[1444] *Witz,* Störung des vertraglichen Gleichgewichts im neuen französischen Schuldrecht, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 119, 138.
[1445] *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 1867 – L'article 1195 du Code civil.

grundsätzlich sofort, da die Frist des § 314 Abs. 3 BGB nicht zu berücksichtigen ist.[1446]

Die Bestimmungen in den Regelwerken zu den Befugnissen des Richters sind sehr offen. Zu beachten ist jedoch, dass sich das Gericht an den Antrag der Partei halten muss. Das Gericht kann also nicht die Auflösung des Vertrags aussprechen, wenn eine solche nicht beantragt wurde.[1447] Die Richter müssen ebenfalls darauf achten, nicht weniger als das Verlangte auszusprechen. Die Auflösung muss also genau dem Antrag entsprechen.[1448] Im Übrigen sind die Richter frei zu entscheiden, wie sie mit der Auflösung umgehen und welche Bedingungen ausgesprochen werden: Schadensersatz, Rückgabe der erhaltenen Leistungen, Fristverlängerung zur Leistung– dies steht im Ermessen der Richter.[1449]

[1446] NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 131; MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 111.
[1447] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 511.
[1448] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 511.
[1449] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 512; Commentary on PICC/*McKendrick,* Art. 6.2.3 Rn. 6; Comment E., Art. III.-1:110 DCFR.

§ 9 Ergebnis und Zusammenfassung

„Innovation majeure“, die Neuigkeit der Reform laut dem *rapport* ist Art. 1195 Code civil. Es hat seine Zeit gebraucht, bis Frankreich die *théorie de l’imprévision* anerkannt hat. Dies ist unter anderem auf die besondere Stellung des Grundsatzes der Vertragsbindung in der französischen Rechtsordnung zurückzuführen. Dieser und seine Ausprägungen haben mit der Reform nicht an Bedeutung verloren. Vielmehr haben sie an Gewicht dadurch gewonnen, dass starre Grenzen gezogen wurden. Vor allem ist die Unterscheidung zwischen Auslegung, Vertragspflichtenbegründung und Inhalt der Vertragsbindung klargestellt worden.

Die französische Rechtslage war zwar vor der Reform nicht „wehrlos“ gegenüber einer schwerwiegenden Umstandsänderung. Denn sowohl die Rechtsprechung mit der *bonne foi* oder mit der *cause* als auch die Parteien durch die Einführung von unterschiedlichen vertraglichen Klauseln waren kreativ und sind mit dem Problem umgegangen. Dennoch bestand eine bedeutsame Lücke im französischen Recht und eine Umkehr der Rechtsprechung im Fall *Canal de craponne* war angesichts der europäischen und internationalen Entwicklung erforderlich.

Der französische Gesetzgeber hat sich hierfür auf die europäischen und internationalen Regelwerke gestützt. Der Rechtsvergleich zeigt eine besondere Ähnlichkeit der französischen Vorschrift zu den PECL und den UPICC. Durch die Kodifizierung der *théorie de l’imprévision* haben sich die französische und die deutsche Rechtsordnung angenähert. Es sind trotzdem noch wichtige Unterschiede vorhanden, vor allem, weil das deutsche Recht die Lehre der Geschäftsgrundlage zugrunde legt. Dennoch kommen beide Vorschriften zum selben Ergebnis, soweit die Anwendungsbereiche übereinstimmen. Frankreich hat durch die Aufgabe seiner Rechtsprechung bezüglich der *imprévision* und die Kodifizierung des Rechtsinstituts der Vertragsanpassung einen wichtigen Schritt in Richtung europäischer und internationaler Rechtsvereinheitlichung gemacht.

Kapitel 4: Das vertragliche Leistungsstörungsrecht bei Nichterfüllung – Art. 1217 bis Art. 1231-7 Code civil

Vor der Reform des französischen Rechts wiesen die Vorschriften zu den Rechtsbehelfen bei Nichterfüllung zwei Schwächen auf.[1450] Erstens waren sie im Code civil verstreut:[1451] Der Schadensersatz wurde im Unterabschnitt über die Wirkung der Schuldverhältnisse geregelt (Art. 1146–1155 Code civil aF), der Rücktritt hingegen in die Vorschrift zur auflösenden Bedingung (Art. 1184 Code civil aF) hineingelesen. Das System der Rechtsbehelfe war zudem unübersichtlich. Art. 1142 Code civil aF wurde durch die Anerkennung der Naturalerfüllung und die Entwicklung des Zwangsgeldes inhaltlich entscheidend fortentwickelt.[1452] Hinzu kamen die ungeschriebenen Rechtsbehelfe, die durch richterliche Rechtsfortbildung eingeführt wurden: die Einrede des nichterfüllten Vertrags oder die Preisminderung.[1453] Dem Rechtssuchenden war es somit nicht mehr möglich, sich durch das Gesetz einen auch nur vorläufigen Überblick über seine Rechte bei Leistungsstörungen zu verschaffen.

Die Reform des französischen Vertragsrechts hat das System der Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung übersichtlicher gestaltet. Im Kapitel über die Wirkungen des Vertrags wurde ein Abschnitt zu den Rechtsbehelfen eingefügt. Innerhalb dieses Abschnittes sind *sous-sections* zu finden, die die jeweiligen Rechtsbehelfe einzeln regeln. Der Abschnitt wird durch zwei Vorschriften eingeleitet: Art. 1217 Code civil listet alle Rechtsbehelfe auf und legt das Verhältnis der Rechtsbehelfe zueinander fest. Art. 1218 Code civil regelt den wichtigsten Entschuldigungsgrund des französischen Rechts, die *force majeure*.

Der französische Gesetzgeber hat sich bei der Aufteilung und Darstellung der Rechtsbehelfe von den untersuchten Rechtsquellen beeinflussen lassen. Denn die Regelwerke verfügen alle über einen getrennten Abschnitt zu den Rechtsbehelfen

---

[1450] *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art. 1217; *Chantepie,* Contrat: effets, Répertoire de droit civil, Rn. 200; Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[1451] Siehe ausführlich *Tallon,* RTD Civ. 1994, 223, Rn. 4 ff.

[1452] *Dubarry,* Grundsätze des neuen französischen Leistungsstörungsrechts, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 165, 188 f. Die Auslegung von Art. 1143, 1144 Code civil aF durch die Gerichte als Beispiel und nicht als Grenze sowie die Verwendung von Zwangsgeld sind schon sehr früh in der Rechtsprechung zu finden: Chambre des Requêtes, 29. Januar 1834, DP 1834.1.83, S. 1834. 1. 129. Siehe auch 3ème Civile, 11. Mai 2005, Nr. 03-21.136, Bull. civ. 2005, Nr. 103, S. 96. Diese Fortentwicklung wurde durch den Gesetzgeber mit dem Erlass von zwei Gesetzen gestützt: Gesetze vom 5. July 1972 Nr. 72-626 und vom 9. July 1991 Nr. 91-650. Heute: Art. L 131-1 bis L 131-4 und Art. R. 131-1 bis R. 131-4 Code des procédures civiles d'exécution. Zum Ganzen siehe: *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 1108 ff.

[1453] *Tallon,* RTD Civ. 1994, 223, Rn. 9; *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art. 1217.

bei Nichterfüllung und über eine ähnliche Gliederung.[1454] Auch im deutschen Recht findet sich eine entsprechende Auflistung der Mängelrechte in §§ 434, 634 BGB wieder.[1455]

Die Bestimmungen zu den Rechtsbehelfen wurden nicht nur äußerlich modifiziert. Auch inhaltlich hat die Reform viele Neuerungen mit sich gebracht. Der folgende § 10 ist einer Darstellung der Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung gewidmet. In § 11 wird die Neuregelung der *force majeure* als Entschuldigungs- und Ausschlussgrund zur Nichterfüllung erörtert.

§ 10 Die Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung, Art. 1217, 1219 ff. Code civil

Um ein Gesamtbild über das neue französische Leistungsstörungsrecht bei Nichterfüllung zu erhalten, ist in einem ersten Schritt erforderlich, das Konzept und die Systematik darzustellen (I.). Die zentrale Figur dieses neuen Rechtssystems ist die Nichterfüllung (II.). Sie ist nämlich die Schlüsselvoraussetzung für jeden dem Gläubiger zur Verfügung stehenden Rechtsbehelf (III.).

I. Das allgemeine Leistungsstörungsrecht in Frankreich nach der Reform

Da Art. 1217 Code civil alle verfügbaren Rechtsbehelfe auflistet, muss noch geklärt werden, wie diese zueinander stehen (A.). Die Reform betraf nur das allgemeine Leistungsstörungsrecht, sodass das Verhältnis der neuen Regelungen zu den Sondervorschriften für bestimmten Vertragstypen erläutert werden muss (B.). Auch brachte die Reform wichtige Änderungen hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Richter und Parteien mit sich (C.).

A. Hierarchie, Wahlrecht und Kumulation

Die Auflistung der Rechtsbehelfe in Art. 1217 Code civil führt nicht zu einer Hierarchie zwischen den Rechtsbehelfen. Vielmehr bleibt der Gläubiger nach französischem Recht frei zu entscheiden, welcher Rechtsbehelf seine Interessen am besten befriedigt.[1456] In dieser Hinsicht ähnelt das französische Recht den Regelwerken, die ebenfalls von einer Hierarchie absehen, allerdings für einige Rechtsbehelfe die Voraussetzungen mehren.[1457] Ziel ist dabei, den Rechtschutzsuchenden primär in Richtung der vertragserhaltenden Rechtsbehelfe zu orientieren.[1458] Das deutsche

---

[1454] Vgl. *Remien,* Leistungsstörungen nach der Réforme du droit des contrats, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 181, 186.
[1455] *Remien,* Leistungsstörungen nach der Réforme du droit des contrats, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 181, 186.
[1456] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: „L'ordre de l'énumération n'a aucune valeur hiérarchique, le créancier victime de l'inexécution étant libre de choisir la sanction la plus adaptée à la situation."
[1457] Siehe für die UPICC Commentary on PICC/*Schelhaas,* Introduction to Section 7.1 of the PICC, Rn. 2. Siehen zudem oben Kapitel 4 § 10 II.
[1458] *Huber* in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts, S. 1067, 1690 f.

Recht verfolgt das gleiche Ziel und setzt auf den erfolglosen Ablauf einer Nachfrist, um die Rechtsbehelfe voneinander abzugrenzen.[1459]

Einer freien Wahl der des Gläubigers steht aber entgegen, dass für bestimmte Rechtsbehelfe zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein müssen: Für die Einrede des nichterfüllten Vertrages (Art. 1219, 1220 Code civil) und die Vertragsaufhebung (Art. 1224, 1226 Code civil) bedarf es einer qualifizierten Nichterfüllung; die Unsicherheitseinrede (Art. 1221 Code civil) kann der Gläubiger nur geltend machen, wenn ein angemessenes Verhältnis zwischen Kosten des Schuldner und Interesse des Gläubigers besteht.[1460] Eine wichtige Schwelle stellt das Erfordernis einer Mahnung (Art. 1344 ff. Code civil) dar.[1461] Diese wird für die Naturalerfüllung (Art. 1221 Code civil), die Selbstvornahme (Art. 1222 Code civil), die Minderung (Art. 1223 Code civil), die einseitige Vertragsauflösung (Art. 1224, 1226 Code civil) und den Verzugsschadensersatz (Art. 1231 Code civil) verlangt. Lediglich für die Einrede des nichterfüllten Vertrags und den Schadensersatzanspruch bei endgültiger Nichterfüllung (Art. 1231 Code civil) bedarf es keiner Mahnung. Anders als im deutschen Recht steht nicht das Recht zur zweiten Andienung des Schuldners im Vordergrund. Zwar erhält der Schuldner durch das Mahnungserfordernis eine weitere Chance, den Vertrag ordnungsgemäß zu erfüllen. Allerdings ist die Mahnung selbst Voraussetzung für die Naturalerfüllung. Infolgedessen scheint sie eher eine Warn- und Abschreckfunktion zu haben als eine dem Schuldner zugute kommende Schutzfunktion.

Dem Gläubiger steht es grundsätzlich frei, die Rechtsbehelfe gemäß Art. 1217 Abs. 2 Code civil[1462] zu kumulieren. Einzige Voraussetzung hierfür ist, dass es sich um Rechtsbehelfe handelt, die sich nicht widersprechen. So kann der Gläubiger zum Beispiel nicht die Minderung oder die Naturalerfüllung mit einer Vertragsaufhebung kombinieren.[1463] Denn der Gläubiger verlangt daduch die Erfüllung des Vertrags, den er somit nicht mehr aufheben kann. Möglich ist aber, die Naturalerfüllung mit einem Schadensersatzanspruch zu kombinieren, soweit der Gläubiger zusätzlich Schäden ersetzt verlangt (in Deutschland Schadensersatz neben der Leistung). Auch kann die Vertragsaufhebung mit einem Schadensersatzanspruch kumuliert werden; nach deutschem Recht handelt es sich in diesem Fall um Schadensersatz statt der Leistung.

[1459] *Gsell*, Le nouveau régime de l'inexécution du contrat - commentaire, in: *Schulze/Wicker/Mazeaud* (Hg.), La réforme du droit des obligations en France, 5ème journées franco-allemandes, S. 171, 176.

[1460] Siehe Kapitel 4 § 10 III.

[1461] *Remien,* Leistungsstörungen nach der Réforme du droit des contrats, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 181, 185.

[1462] Art. 1217 Abs. 2 Code civil: Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 288: „Rechtsbehelfe, die nicht unvereinbar miteinander sind, können kombiniert werden; Schadenersatz kann stets zusätzlich verlangt werden."

[1463] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 615.

Mit einem ganz ähnlichen Wortlaut findet sich diese Regelung in den PECL (Art. 8:102 PECL[1464]) und im DCFR (Art. III.-3:102 DCFR[1465]). Die UPICC und der Gandolfi-Code verfügen nicht über eine allgemeine Regelung diesbezüglich, sondern regeln die Frage nur punktuell (zum Beispiel Art. 7.3.5 (2) UPICC, Art. 114 Abs. 3 S. 2 Gandolfi-Code). Der Grundsatz ist allerdings auch hier, dass alle sich nicht widersprechenden Rechtebehelfe kumuliert werden können.[1466] Im deutschen Recht findet man eine ähnliche Lösung in § 325 BGB für den Rücktritt und den Schadensersatz. § 281 Abs. 4 BGB regelt das Verhältnis zwischen Vertragserfüllung und Schadensersatz statt der Leistung und sieht vor, dass der Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen ist, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat.

B. Allgemeines und besonderes Leistungsstörungsrecht

Das Zusammenspiel zwischen allgemeinem und besonderem Leistungsstörungsrecht wirft viele Fragen auf.[1467] Die Reform 2016 betrifft das Leistungsstörungsrecht *de droit commun*, d. h. des allgemeinen Vertragsrechts. Im Code civil befinden sich noch Regeln zu besonderen Vertragsarten wie den Kaufvertrag (Art. 1582 ff. Code civil), den Mietvertrag (Art. 1713 ff. Code civil) oder den Werkvertrag (Art. 1780 ff. Code civil). Man spricht insoweit von *droit spécial*. Hinzu kommen innerhalb des Kaufvertrags noch Sonderregelungen, die auf der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Richtlinie 1999/44/EG[1468]) beruhen: Anders als der deutsche Gesetzgeber hat der französische Gesetzgeber diese nicht zum Anlass genommen, ein einheitliches neues Kaufrecht zu schaffen, sondern Sonderregelungen im Code de la consommation eingeführt. Daher gibt es Regeln über Sachmängel bei Verbrauchsgüterkäufen (Art. L 217-4 ff. Code de la consommation), die von den allgemeinen, durch die Reform 2016 nicht berührten Regeln über Sachmängel bei sonstigen Kaufverträgen in Art. 1641 ff. Code civil abweichen. Diese Unterkategorie wird *droit spécial des contrats spéciaux* genannt.[1469]

Art. 1105 Code civil regelt das Verhältnis zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Leistungsstörungsrecht. Demnach folgen Art. 1217 ff. Code civil dem Grundsatz der Subsidiarität und kommen nur dann zur Anwendung, wenn keine

[1464] Art. 8:102 PECL: Rechtsbehelfe, die miteinander vereinbar sind, dürfen nebeneinander geltend gemacht werden. Insbesondere verliert eine Partei ihr Recht auf Schadenersatz nicht dadurch, dass sie sich irgendeines anderen Rechtsbehelfs bedient.
[1465] Art. III.-3:102 DCFR: Remedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a creditor is not deprived of the right to damages by resorting to any other remedy.
[1466] Comment, Art. 7.1.1. UPICC; Commentary on PICC/*Schelhaas,* Introduction to Section 7.1 of the PICC, Rn. 4. Siehe dazu ausführlich Commentary on PICC/*Schelhaas,* Introduction to Section 7.1 of the PICC, Rn. 4 ff.
[1467] *Remien,* Leistungsstörungen nach der Réforme du droit des contrats, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 181, 185 f.
[1468] Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Amtsblatt Nr. L 171 vom 07/07/1999 S. 0012 – 0016.
[1469] *Puig,* Contrats spéciaux, Rn. 1 f.; *Mainguy,* Contrats spéciaux, Rn. 1 ff.

spezielle Vorschrift eingreift (Art. 1105 Abs. 3 Code civil[1470]).[1471] Wenn sich die Vorschriften ergänzen, besteht keinen Koordinationsbedarf. Infolgedessen kann der Mieter bei Mängeln der Mietsache gemäß Art. 1223 Code civil mindern.[1472] Auch kann der Käufer bei einer Teilleistung gemäß Art. 1224, 1226 Code civil die Vertragsaufhebung einseitig erklären.[1473] Zwar sieht Art. 1610 Code civil vor, dass der Käufer eine Klage erheben muss („demander la résolution de la vente"). Jedoch soll in diesem Fall das spezielle Recht vom allgemeinen nicht abweichen. Dem Käufer muss also über den Wortlaut hinaus die Möglichkeit der einseitigen Vertragsaufhebung zur Verfügung stehen.[1474]

Wenn jedoch Regelungen aus dem *droit spécial des contrats spéciaux* einschlägig sind, so ist der Rückgriff auf das allgemeine Recht verwehrt. Die neueingeführten Voraussetzungen sind insoweit auch nicht mit den speziellen abgestimmt worden. So regelt Art. 1641 ff. Code civil die Sachmängel bei Kaufverträgen, Art. L 217-1 ff. Code de la consommation[1475] betreffen die Verbraucherverträge. Art. 1644 Code civil verlangt für die Minderung und die Vertragsauflösung wegen eines Sachmangels im Kaufrecht im Gegensatz zu Art. 1223 Code civil weder eine Mahnung noch eine *inexécution suffisamment grave*. Auch reicht gemäß Art. L 217-10 Abs. 3 Code de la consommation[1476] jeder nicht unerhebliche Sachmangel für die Vertragsauflösung aus. Allerdings bleibt der Käufer gemäß Art. 1644, 1648 Code civil verpflichtet, eine Klage zu erheben, und kann nicht einseitig die Minderung oder die Vertragsauflösung erklären. Man spricht von *action rédhibitoire* und *action estimatoire*.[1477] Besonders für die Minderung, deren Hauptanwendungsbereich das Kauf- und Werkvertragsrecht ist, wären insoweit koordinierte Voraussetzungen wünschenswert gewesen. Deutschland hat diese Unstimmigkeiten durch Verweisungen vermieden und so geschafft, ein einheitliches Haftungssystem einzuführen. Die Gefahr der französischen Lösung besteht darin, dass die neueingeführten Voraussetzungen durch den unverändert gebliebenen Vorrang der im *droit spécial* geregelten Sonderregelungen untergraben werden.

C. Rolle des Richters und der Parteien

Interessant ist die Entwicklung der *déjudiciarisation*.[1478] Nach deutschem Verständnis wird insoweit von Gestaltungsrechten gesprochen. Lange war das französ-

[1470] Art. 1105 Abs. 3 Code civil: Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 255: „Die allgemeinen Vorschriften gelten vorbehaltlich der genannten besonderen Regelungen."
[1471] *Boucard,* Responsabilité contractuelle, Répertoire de droit civil, Rn. 108.
[1472] *Puig,* Contrats spéciaux, Rn. 668; *Mainguy,* Contrats spéciaux, Rn. 342.
[1473] Zum Folgenden *Puig,* Contrats spéciaux, Rn. 416.
[1474] *Puig,* Contrats spéciaux, Rn. 416
[1475] Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.
[1476] Art. L 217-10 Abs. 3 Code de la consommation: La résolution de la vente ne peut toutefois être prononcée si le défaut de conformité est mineur. Übersetzung: Die Vertragsauflösung kann jedoch nicht ausgesprochen werden, wenn der Mangel unerheblich ist.
[1477] Siehe *Delebecque/Collart Dutilleul*, Contrats civils et commerciaux, Rn. 278.
[1478] Dazu *Boucard,* Le nouveau régime de l'inexécution contractuelle, in: *Schulze/Wicker/Mazeaud* (Hg.), La réforme du droit des obligations en France, 5ème journées franco-allemandes, S. 153, 156 ff.

sische Recht diesbezüglich zurückhaltend: Der Richter musste für die Vertragsaufhebung angerufen werden, ebenso für die Preisminderung. Nun kann sich der Gläubiger direkt an den Schuldner wenden, um seine Rechte geltend zu machen. Es bedarf für die Selbstvornahme, die Minderung und die *einseitige* Vertragsaufhebung keines Einsatzes des Richters mehr.[1479] Selbst wenn in Frankreich die private Durchsetzung von Rechtsbehelfen nicht durchwegs erleichtert wurde,[1480] ist der Einfluss der Regelwerke und des deutschen Rechts in dieser Hinsicht spürbar. Denn in jeder untersuchten Rechtsquelle findet eine *a posteriori*-Kontrolle durch den Richter statt.

In der französischen Literatur wird die Umsetzbarkeit der Gestaltungsrechte *à la française* bezweifelt. Grund hierfür sind die verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe, deren Auslegung durch den Richter geklärt werden muss, wie „suffisamment grave" (Art. 1219, 1224 Code civil), „délai raisonnable" (Art. 1222 Code civil), „disproportion manifeste" (Art. 1221 Code civil).[1481] Dass die Parteien eine stärkere Rolle haben werden, verhindert zudem nicht, dass richterliche Wertungen einfließen werden.[1482] Zu begrüßen ist dennoch, dass der Weg zum Gestaltungsrecht eröffnet wurde, der einen Beitrag zum europäischen Diskurs leistet.[1483] Es ist nun Sache der Parteien, davon Gebrauch zu machen.

II. Das Konzept der Nichterfüllung

Die Nichterfüllung ist die zentrale Voraussetzung im Abschnitt über die Rechtsbehelfe. Was allerdings darunter zu verstehen ist, muss noch genauer bestimmt werden.

A. Die Nichterfüllung und *faute contractuelle*

Art. 1217 Code civil hat zwar eine didaktische Funktion.[1484] Die Vorschrift listet alle Rechte des Gläubigers einer nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung auf. Sie enthält aber keine Hinweise zur Definition der *inexécution.*

1. Die Nichterfüllung nach französischem Recht vor und nach der Reform

Die *inexécution* umfasst sowohl die Nicht- als auch die Schlechterfüllung einer vertraglichen Pflicht. Art. 1217 Code civil nennt zwar nur diese zwei Modalitäten. Darunter fallen allerdings auch verspätete Leistungen, vollständige sowie teilweise Nichtleistungen.[1485] Vor der Reform stellte sich die Frage, in welchem Verhältnis

[1479] *Boucard,* Le nouveau régime de l'inexécution contractuelle, in: *Schulze/Wicker/Mazeaud* (Hg.), La réforme du droit des obligations en France, 5ème journées franco-allemandes, S. 153, 156 f.
[1480] Siehe die Anforderungen für die einseitige Vertragsaufhebung Kapitel 4 § 10 II B 2a).
[1481] *Boucard,* Le nouveau régime de l'inexécution contractuelle, in: *Schulze/Wicker/Mazeaud* (Hg.), La réforme du droit des obligations en France, 5ème journées franco-allemandes, S. 153, 170.
[1482] *Dubarry,* Grundsätze des neuen französischen Leistungsstörungsrechts, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 165, 180.
[1483] *Remien,* Leistungsstörungen nach der Réforme du droit des contrats, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 181, 196.
[1484] *Dubarry,* Grundsätze des neuen französischen Leistungsstörungsrechts, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 165, 168.
[1485] *Chantepie,* Contrat: effets, Répertoire de droit civil, Rn. 213.

Nichterfüllung und *faute contractuelle*[1486] zueinander standen. Fraglich war, ob die Nichterfüllung ausreichte, um eine vertragliche Haftung zu begründen, oder ob zusätzlich eine *faute* vorliegen musste.

Der Streit entstand mit der Kodifikation des Code civil im Jahr 1804. Vor 1804 galt das *Ancien droit,* in dem für den Haftungsumfang zwischen der vorsätzlichen und fahrlässigen *faute* unterschieden wurde.[1487] Bei Vorsatz haftete der Schuldner voll. Hingegen kam es bei fahrlässiger Begehung auf den Verschuldensgrad an. Die *faute* wurde dreifach aufgeteilt: Die *faute très légère* führte dazu, dass der Schuldner nur dann haften musste, wenn der Vertrag in seinem ausschließlichen Interesse abgeschlossen worden war, zum Beispiel eine Leihe. Bei einer *faute légère* haftete der Schuldner, wenn der Vertrag im beiderseitigen Interesse vereinbart worden war. Eine *faute lourde* war schließlich derart erheblich, dass sie dem vorsätzlichen Fehlverhalten gleichgestellt wurde, sodass der Schuldner immer haften musste, gleich wessen Interesse dem Vertrag diente.

Mit dem Inkrafttretten des Code civil galt Art. 1137 Code civil aF[1488], der diese Aufteilung abschaffen sollte.[1489] Denn gemäß Art. 1137 Code civil aF sollte der Grad der *faute* nicht mehr vom Interesse der Vertragsparteien an der Vertragserfüllung abhängen.[1490] Art. 1137 Code civil aF setzte voraus, dass eine *faute* nachgewiesen war: Der Geschädigte musste somit beweisen, dass der Schuldner sich sorgfaltswidrig verhalten hatte. Diese Regelung war jedoch mit Art. 1147 Code civil aF[1491] schwer zu vereinbaren. Denn die Norm setzte lediglich die Nichterfüllung einer vertraglichen Leistung voraus, um einen Schadensersatzanspruch zu begründen. Die Haftung war allerdings ausgeschlossen, wenn der Schuldner wegen *force majeure* verhindert war. Eine solche Exkulpation sah Art. 1137 Code civil aF nicht vor.

[1486] Zu der Definition der *faute* siehe oben Kapitel 2 § 4 II B 2 a) (1).

[1487] Zum Folgenden *Brieskorn,* Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, S. 137 ff.; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 571 ff.

[1488] Art. 1137 Code civil aF: L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille [*ab 2014: tous les soins raisonnables*]. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent. Übersetzung: Die Verpflichtung zur Erhaltung der Sache, ob der Vertragsgegenstand nur der Nutzen einer der Parteien ist oder ob es sich um ihren gemeinsamen Nutzen handelt, verpflichtet den Verantwortlichen, die gesamte Pflege eines guten Familienvaters [*ab 2014: alle angemessene Pflege*] zu übernehmen. Diese Verpflichtung ist bei bestimmten Verträgen mehr oder weniger umfangreich, deren Auswirkungen in diesem Zusammenhang unter den sie betreffenden Abschnitten erläutert werden.

[1489] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 577 ff. Zum Folgenden siehe auch Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 12 f.

[1490] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 572 f.

[1491] Art. 1147 Code civil aF: Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. Übersetzung: Dem Schuldner ist gegebenenfalls Schadenersatz zu leisten, sei es wegen Nichterfüllung der Verpflichtung oder wegen Leistungsverzögerung, wenn er nicht darlegt, dass die Nichterfüllung auf eine fremde Ursache zurückzuführen ist, die ihm nicht zuzurechnen ist, ohne dass ihm Bösgläubigkeit vorzuwerfen ist.

Um Anwendungsschwierigkeiten zu lösen, schlug *Demogue* vor, nach dem Inhalt der Verpflichtung zu unterscheiden.[1492] Wenn der Schuldner sich zu einem besonderen Erfolg verpflichtet hatte, wurde die *faute* vermutet und die Nichterfüllung der Erfolgspflicht reichte aus, um den Schuldner haftbar zu machen. Art. 1147 Code civil aF fand Anwendung. Bei einer *obligation de moyens*, der tätigkeitsbezogenen Leistungspflicht, war Art. 1137 Code civil aF maßgeblich und die Vertragspflicht bestand darin, nach dem bestmöglichen Bemühen zu handeln. In diesem Fall griff die Vermutung der *faute* nicht mehr und der Gläubiger musste beweisen, dass sich der Schuldner nicht sorgfaltsgemäß verhalten hatte und dass die Nichterfüllung auf dieses Verhalten zurückzuführen war. Der anzuwendende Maßstab hierfür war bis 2014 die Figur des *bon père de famille*.[1493] Aus Gründen der Gleichbehandlung von Männern und Frauen wurde der Ausdruck durch den Grundsatz der Angemessenheit ersetzt. Seit der Gesetzesänderung war der Standard einer sorgfältigen Durchschnittsperson maßgeblich.

Die Unterscheidung zwischen *obligation de résultat* und *obligation de moyens* wurde weiter vertieft:[1494] Die *obligation de moyens renforcée* – auch genannt *obligation de résultat atténuée* – setzte voraus, dass der Schuldner den Beweis erbrachte, dass er die Nichterfüllung nicht zu vertreten hatte, entweder indem er nachwies, dass er mit den Gegenständen wie mit seinen eigenen umgegangen war oder dass ein Fall der *force majeure* vorlag.[1495] Die *obligation de résultat aggravée* führte dazu, dass der Nachweis der *force majeure* keine Exkulpation mehr darstellte, sodass diese letztlich einer Garantie gleichzusetzen war.[1496] Mithin ergaben sich für verschiedene Pflichten unterschiedliche Haftungsmaßstäbe.[1497]

Trotzdem blieb die Frage offen, wie die Nichterfüllung einer vertraglichen Pflicht zu qualifizieren war. Die herrschende Meinung sah in jeder Nichterfüllung eine *faute contractuelle*.[1498] Ihrer Ansicht nach stellte die vertragliche Haftung eine *responsabilité pour faute* dar und die Entschuldigung durch *force majeure* führte zur Feststellung der fehlenden *faute* des Schuldners. Andere folgten die Theorie von *Demogue* und trennten zwischen *obligation de résultat* und *obligation de moyens*.[1499] Während die Nichterfüllung einer *obligation de résultat* keine *faute* darstellte und somit eine *responsabilité de plein droit* voraussetzte, führte die Nichterfüllung einer *obligation de moyens* zu einer *responsabilité pour faute.* Schließlich definierten einige Stimmen in der Literatur die Nichterfüllung aus der Sicht des

[1492] *Demogue,* Traité des obligations, T. V, Rn. 1237. Siehe dazu *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 577 ff.; *Alessi,* ERPL 2005, 657 ff.
[1493] Art. 26, Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (1).
[1494] Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 13.
[1495] M.w.N. *Boucard,* Responsabilité contractuelle, Répertoire de droit civil, Rn. 314.
[1496] *Boucard,* Responsabilité contractuelle, Répertoire de droit civil, Rn. 297; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 580.
[1497] Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 13.
[1498] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 578 ff.; *Carbonnier,* Droit civil, Tome 2, Les biens, Les obligations, 1. Auflage, Rn. 1076; *Radé,* D. 1998, 301, Rn. 14 ff.; *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 67.
[1499] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 707; *Juillet*, D. 2011, 259, Rn. 11; *Boucard,* Responsabilité contractuelle, Répertoire de droit civil, Rn. 379 ff.; *Alessi,* ERPL 2005, 657, 663 ff.

Gläubigers: Die Nichterfüllung sei die objektive Tatsache, dass der Gläubiger den aus dem Vertrag erwarteten Vorteil nicht erhalten habe.[1500] Denn das Konzept der Nichterfüllung sei auf die berechtigten Erwartungen des Gläubigers als Legitimationsgrund für die *force obligatoire* des Vertrags[1501] zurückzuführen. Allein die Nichterfüllung werde verlangt und diese sei auch ausreichend.[1502] Das Verlangen einer *faute contractuelle* sei auf einer Vermischung von deliktischer und vertraglicher Haftung zurückzuführen, die allerdings nur Verwirrung mit sich bringe.[1503]

Im reformierten Code civil tauchen die *obligation de moyens* und *de résultat* ausdrücklich nicht auf.[1504] Dennoch wurde die Abgrenzung nicht ganz abgeschafft. Art. 1218, 1231-1 Code civil ersetzen die Art. 1147 f. Code civil aF und Art. 1197 Code civil wurde für Art. 1136 f. Code civil aF eingefügt.[1505]

Um den Streit zu lösen, ob neben der Nichterfüllung noch eine *faute* erforderlich ist, muss streng zwischen Inhalt der Verpflichtung und Folge einer Nichterfüllung getrennt werden. Gemäß Art. 1217 ff. Code civil wird ausschließlich eine Nichterfüllung vorausgesetzt. Diese liegt dann vor, wenn die vertragliche Pflicht nicht erfüllt wurde. Wann dies der Fall ist, hängt wiederum davon ab, ob eine *obligation de moyen* oder *obligation de résultat* vorliegt. Dies wird in erster Linie durch Auslegung des Vertrags bestimmt.[1506] Wurde bewiesen, dass der Schuldner seiner Pflicht nicht nachgekommen ist, liegt – gleichgültig, welche Leistungspflicht dem Vertrag zugrunde lag – eine Nichterfüllung vor, die den Gläubiger berechtigt, sich auf Rechtsbehelfe zu stützen. Der Schuldner kann sich sodann mit Beweis der *force majeure* exkulpieren, wobei für die *obligation de moyens* aufgrund der Natur der Sache einige Besonderheiten betrachtet werden müssen.[1507]

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass allein eine Nichterfüllung verlangt wird und der Rückgriff auf die *faute contractuelle* nicht erforderlich ist.[1508]

2. Die Nichterfüllung auf europäischer und internationaler Ebene

Die untersuchten Regelwerke stellen alle auf den Ansatz der Nichterfüllung ab. Sie bezeichnen die Nichterfüllung als *non-performance* oder *inexécution* im Gandolfi-

---

[1500] *Rémy,* RDC 2004, Nr. 4, 1169 ff. Vgl. auch *Tallon,* Pourquoi parler de faute contractuelle ?, in: Mélanges Cornu, 1994, S. 429 ff.
[1501] Dazu oben Kapitel 3 § 7 I.
[1502] *Rémy,* RDC 2004, Nr. 4, 1169 ff.; *Tallon,* Pourquoi parler de faute contractuelle ?, in: Mélanges Cornu, 1994, S. 429 ff.; *Faure Abbad,* Le fait générateur de la responsabilité contractuelle, Rn. 167 ff., 355.
[1503] *Tallon,* Pourquoi parler de faute contractuelle ?, in: Mélanges Cornu, 1994, S. 429, 433 ff.
[1504] Im Gegensatz zu dem Reformprojekt *Catala* (Art. 1149, 1364 Reformprojekt *Catala*).
[1505] Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 14.
[1506] *Boucard,* Responsabilité contractuelle, Répertoire de droit civil, Rn. 299 ff.
[1507] Dazu unten Kapitel 4 § 11 II B 1a) (1).
[1508] *Tallon,* Pourquoi parler de faute contractuelle ?, in: Mélanges Cornu, 1994, S. 429, 438 f. Vgl. *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 67. Siehe auch allerdings offen gelassen: Commentaries on European Contract Laws/*Zimmermann*, Art. 9:501 Rn. 5.

Code. Letzterer[1509] und die UPICC definieren jeweils das Konzept, wobei die UPICC in Art. 7.1.1 UPICC eine einfache Definition verwenden:

> "Non-performance is failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance."

Der Gandolfi-Code ergänzt seine Definition der Nichterfüllung durch zahlreiche Sondervorschriften: die Erfüllungsverweigerung (Art. 90), die Fälle, in denen sich das Unvermögen des Schuldners vor Fälligkeit abzeichnet (Art. 91), die Nichterfüllung von Speziesschulden (Art. 92) und von Gattungsschulden (Art. 93), die Verpflichtung zu einem Tun (Art. 94) und zu einem Unterlassen (Art. 94), den Schuldnerverzug (Art. 96) und den Gläubigerverzug (Art. 103 ff.). Art. 97 schließt bestimmte Situationen aus dem Tatbestand der Nichterfüllung aus. Schließlich gibt es noch Vorschriften für Fälle, in denen der Schuldner ein besseres Angebot erhält (Art. 98), Schutzpflichten verletzt hat (Art. 99), eine versprochene Situation nicht eintritt (Art. 100), zu viel oder zu früh geleistet wurde (Art. 101), der Gläubiger kein Interesse an der Leistung mehr hat (Art. 102). Das Ziel war es, dass die Parteien aus dem Gesetz selbst entnehmen können, wann eine Nichterfüllung vorliegt.[1510] Ein Nachteil dieser Darstellungsform ist jedoch, dass der Überblick verloren geht.

Während der Gandolfi-Code zwischen Nichterfüllung, nicht ordnungsgemäßer Leistung und Verzug trennt – wobei sich diese Dreiteilung nicht in den Sondertatbeständen widerspiegelt, sondern erst an anderen Stellen[1511] – , folgen die UPICC, die PECL und der DCFR einem einheitlichen Konzept der Nichterfüllung.[1512] Dies bedeutet, dass der Rechtsbegriff „Nichterfüllung" sowohl die entschuldigte als auch die nicht entschuldigte Nichterfüllung einer vertraglichen Leistungspflicht umfasst und es sich um eine verschuldensunabhängige Haftung handelt.[1513] Die Dreiteilung des Gandolfi-Code dürfte inhaltlich keinen Unterschied machen, lediglich ist die Systematik des Regelwerks gewöhnungsbedürftig.[1514] Auch das französische Recht gelangt im Ergebnis zu derselben Lösung wie die Regelwerke: Wie schon erklärt liegt der Schwerpunkt der Prüfung auf dem Inhalt der Leistungspflicht und der Feststellung der Nichterfüllung. Wenn dies ermittelt ist, reicht die Nichterfüllung dieser Pflicht aus, um die Mechanismen der Rechtsbehelfe auszulösen.[1515]

[1509] Art. 89 Gandolfi-Code: Vorbehaltlich nachfolgender Bestimmungen gilt eine vertragliche Verpflichtung als nicht erfüllt, wenn eine der Vertragsparteien oder ihre Mitarbeiter oder Beauftragten sich anders als vertraglich vereinbart verhalten, oder wenn sich eine rechtliche oder tatsächliche Situation einstellt, die von derjenigen abweicht, die man als versprochen ansehen kann.
[1510] *Düchs,* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S. 238.
[1511] *Düchs,* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S. 236 f. Vgl. mit Fn. 32: Art. 73, Abs. 1, 2, 140 Abs. 5, 162 Abs. 1, 6, 166 Abs. 1, 3(a), 168 Abs. 2(a), 169 Abs. 1, 170 Abs. 1 Gandolfi-Code.
[1512] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 57 ff.; Comment D., Art. 1:301 PECL; Comment C., Art. III.- 1:102 DCFR; *Storme,* Schuldnerpflichten, Vertragsstörung und Verantwortung (PECL, PICC, Wiener Kaufrecht, Gandolfi-Code, BGB-Entwurf), in: *Schlechtriem* (Hg.), Wandlungen des Schuldrechts, S. 11, 26 f.
[1513] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 58 f.
[1514] *Düchs,* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S. 237.
[1515] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 67.

Das deutsche Recht folgt hingegen einer anderen Terminologie. Abgestellt wird auf den zentralen Begriff der Pflichtverletzung. Demzufolge liegt eine Leistungsstörung vor, wenn der Schuldner das im jeweiligen Schuldverhältnis bestehende Pflichtenprogramm nicht einhält.[1516] Die Terminologie geht auf die Schuldrechtsreform im Jahre 2002 zurück. Mehrere Vorschläge wurden der Schuldrechtskommission unterbreitet (unter anderem „Vertragsverletzung", „Forderungsverletzung"). Selbst der Terminus „Nichterfüllung" kam zur Debatte.[1517] Allerdings hat sich die Schuldrechtskommission dagegen entschieden, weil die deutsche Rechtstradition diesen Begriff wie auch „Schlechterfüllung" als Teilbegriff versteht.[1518] Die Formulierung mag eine andere sein, das deutsche Recht stimmt mit den weiteren untersuchten Rechtsquellen der Sache nach überein.[1519]

Während das deutsche Recht auf die Pflichtverletzung abstellt, verwenden das französische Recht und die Regelwerke dieselbe Terminologie der Nichterfüllung. Es stellt sich somit die Frage, ob und wie die untersuchten Rechtsquellen nach dem Gewicht der Leistungsstörung unterscheiden.

B. Qualifizierung der Nichterfüllung

Das neue französische Leistungsstörungsrecht verlangt für bestimmte Rechtsbehelfe eine *inexécution suffisamment grave* (1.). Die Voraussetzung ist allerdings noch konkretisierungsbedürftig. Da auch auf europäischer und internationaler Ebene nach dem Gewicht der Leistungsstörung unterschieden wird (2.), bietet es sich an, eine Konkretisierung der französischen Bestimmung durch Heranziehung der untersuchten Rechtsquellen zu überprüfen (3.). Zu der gesetzgeberischen Entscheidung, eine Qualifizierung der Nichterfüllung zu verlangen, wird schließlich Stellung genommen (4.).

1. Qualifizierung der Nichterfüllung nach französischem Recht

Vor der französischen Reform reichte grundsätzlich für die Einrede des nichterfüllten Vertrags, die zwangsweise Naturalerfüllung, die Selbstvornahme oder die Minderung eine einfache Nichterfüllung aus.[1520] Lediglich für die *einseitige* Vertragsauflösung wurde eine hinreichend gewichtige Nichterfüllung verlangt.[1521] Es war ständige Rechtsprechung, dass die *rupture unilatérale* als Ausnahme von Art. 1184 Code civil aF eine schwerwiegende Nichterfüllung voraussetzte.[1522] Grund hierfür war die bereits erwähnte Zurückhaltung Frankreichs bezüglich der

---

[1516] Palandt/*Grüneberg* BGB § 280 Rn. 12.
[1517] *Ulrich Huber*, Leistungsstörungen, in: BMJ, Bd. I, 1981, 647, 699 ff.
[1518] Palandt/*Grüneberg* BGB § 280 Rn. 3.
[1519] Palandt/*Grüneberg* BGB § 280 Rn. 1/2. Siehe auch *Bundesminister der Justiz* (Hg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 30: „ein verbaler, kein sachlicher Unterschied".
[1520] Zu den Voraussatzungen der jeweiligen Rechtsbehelfe vor der Reform siehe *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 634 ff., 1078 ff., 1116.
[1521] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 660.
[1522] 1ère Civile, 13. Oktober 1998, Nr. 96-21.485, Bull. civ. I Nr. 300, S. 207: „la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et perils." Übersetzung: Die Schwere des Verhaltens einer Vertragspartei kann es rechtfertigen, dass die andere Vertragspartei sie einseitig auf eigenes Risiko beendet.

einseitigen Bestimmung des Vertragsinhalts.[1523] Somit wurde als zusätzliche Hürde eine besonders schwere Nichterfüllung vorausgesetzt.[1524]

Nach der Reform werden sowohl einfache als auch qualifizierte Nichterfüllungen – *inexécution suffisamment grave* – verlangt. So reicht für die Unsicherheitseinrede (Art. 1220 Code civil), die Naturalerfüllung (Art. 1221 Code civil), die Selbstvornahme (Art. 1222 Code civil), die Minderung (Art. 1223 Code civil) und den Schadensersatz (Art. 1231 Code civil) eine einfache Nichterfüllung aus. Hingegen wird für die Einrede des nichterfüllten Vertrags (Art. 1219 Code civil) und die einseitige und gerichtliche Vertragsaufhebung (Art. 1224, 1226, 1227 f. Code civil) eine hinreichend gewichtige Nichterfüllung verlangt.

Die Prüfung der ordnungsgemäßen Qualifizierung der Nichterfüllung wird nach wie vor vom Tatsachenrichter vorgenommen. Dabei muss er die Schwere des Verhaltens genau bezeichnen.[1525] Die *Cour de cassation* kontrolliert hingegen nur deren Begründung bezüglich der Qualifizierung der Nichterfüllung.[1526]

Es ist allerdings noch unklar, was genau unter *inexécution suffisamment grave* zu verstehen ist. Diese Unbestimmtheit wird vor allem für die Einrede des nichterfüllten Vertrags kritisiert, worauf später noch eingegangen wird.[1527] Das Gesetz gibt keine Anhaltspunkte, wie die Schwere zu bestimmen ist. Um das Vorliegen einer qualifizierten Nichterfüllung zu bejahen, prüften die Richter vor der Reform, ob das Verhältnis zwischen Nichterfüllung und Auslösung des Rechtsbehelfes angemessen blieb. Als Kriterien wurden die verfolgten Interessen, der Zweck des Vertrags[1528], die wirtschaftlichen Folgen der Nichterfüllung[1529] und die Achtung des Grundsatzes von Treu und Glauben in die Abwägung einbezogen.[1530] So galt als qualifizierte Nichterfüllung die Verweigerung eines Kunden, den Strom zu zahlen,[1531] oder das aggressive Verhalten eines Vermieters gegenüber seinem Mieter.[1532]

2. Qualifizierzung auf europäischer und internationaler Ebene

Die europäischen und internationalen Regelwerke trennen ähnlich wie das französische Recht nach der Wesentlichkeit der Pflichtverletzung. Wichtig ist diese Vo-

[1523] Siehe oben Kapitel 3 § 7 II.
[1524] 1ère Civile, 4. Januar 1995, Nr. 92-17.858, Bull. civ. I, Nr. 14, S. 10; Chambre commerciale, 2. Juli 1996, Nr. 93-14.130, Bull. civ. IV, Nr. 198, S. 170.
[1525] 1ère Civile, 28. Oktober 2003, Nr. 01-03.662, Bull. civ. I, Nr. 211, S. 166.
[1526] *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 2298 – Appréciation souveraine de l'inexécution suffisamment grave.
[1527] Siehe unten Kapitel 4 § 10 III A.
[1528] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 655.
[1529] *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 2297 – Exigence d'une inexécution suffisamment grave.
[1530] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 673; *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 2297 – Exigence d'une inexécution suffisamment grave.
[1531] 1ère Civile, 9. Juli 2002, Nr. 99-21.350, Bull. civ. 2002 I, Nr. 187, S. 145.
[1532] 3ème Civile, 29. April 1987, Nr. 84-17.021, Bull. Civ. Nr. 93, S. 55. Siehe m.w.N. *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 2299 – Autres exemples d'inexécution suffisamment grave.

raussetzung vor allem für die Auflösung des Vertrags, da sie die einzige Hürde darstellt, die dafür zu überwinden ist.[1533] Anders als die französische Bestimmung erklären die Regelwerke entweder durch eine Umschreibung mehrerer Fälle oder durch die Auflistung von Kriterien, wann eine *fundamental non-performance* vorliegt. Die Regelwerke knüpfen dabei an die Wesentlichkeitsdefinition des Art. 25 CISG an.[1534] So findet sich in jedem Regelwerk die Bestimmung, dass dem Gläubiger durch die Nichterfüllung im Wesentlichen das entgeht, was er nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen. Abgesehen vom Gandolfi-Code stellen die weiteren Regelwerke diese Bestimmung unter den Vorbehalt der Vorhersehbarkeit.[1535] Weiterhin stellen die UPICC, die PECL und der DCFR auf das absichtliche und leichtfertige Verhalten des Schuldners ab, das dem Gläubiger Anlass gibt, sich nicht auf die künftige Leistung durch den Schuldner zu verlassen. Allein die UPICC nehmen auch Rücksicht auf die Interessen des Schuldners. Gemäß Art. 7.3.1 (2e) UPICC ist zu berücksichtigen, inwieweit der Schuldner aufgrund der Vorbereitung oder Erfüllung unverhältnismäßige Einbußen erleidet, wenn der Vertrag aufgehoben wird.

Auch die Bearbeiter des Gandolfi-Code haben versucht, die Wesentlichkeit näher zu konkretisieren.[1536] Art. 107 Abs. 1 Alt. 1 Gandolfi-Code bestimmt, dass die Nichterfüllung auch dann wesentlich ist, wenn sie eine Hauptpflicht betrifft. Art. 107 Abs. 3 baut darauf und erklärt, dass Nebenpflichten solche sind,

> „deren Erfüllung unter Rücksicht auf das Wesen des Vertrages und des Interesses des Gläubigers von geringer Wichtigkeit ist."

Infolgedessen wird „Wesentlichkeit" mit der Alternativformel „nicht von geringer Wichtigkeit" definiert, was nicht besonders hilfreich ist. In Art. 107 Abs. 2 Gandolfi-Code werden zwei weitere Fälle einer wesentlichen Nichterfüllung genannt. Zum einen ist die Wesentlichkeit bei vollständiger Nichterfüllung zu bejahen. Problematisch erscheint jedoch, dass auch eine unwesentliche Verspätung eine vollständige Nichterfüllung darstellt. Denn es wurde zum fälligen Zeitpunkt überhaupt nicht geleistet. Somit ist es erforderlich, die Vollständigkeit mit einem weiteren Merkmal zu verbinden, um zu vermeiden, dass unwesentliche Nichterfüllungen zu wesentlichen hochgestuft werden.[1537] Wesentlichkeit ist auch bei teilweiser Nichterfüllung zu bejahen, wenn das Interesse des Gläubigers an der übrigen Leistung unter verständiger Würdigung des Falles weggefallen ist, Art. 107 Abs. 2 b) Gandolfi-Code.

Im deutschen Recht ist die Erheblichkeit der Pflichtverletzung kein zwingendes Erfordernis.[1538] Vielmehr wird auf die Fristsetzung abgestellt: Der Gläubiger muss

---

[1533] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 57. Ausführlich hierzu siehe unten Kapitel 4 § 10 III E.
[1534] *Düchs,* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S. 250.
[1535] *Düchs,* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S. 250.
[1536] Zum Folgenden *Düchs,* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S. 251.
[1537] *Düchs* schlägt insoweit vor, die Endgültigkeit der Nichterfüllung einzuzuziehen, *Düchs,* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S. 251. Siehe auch *Sonnenberger*, RIW 2001, 409, 415: „wenn überhaupt nicht geleistet wurde".
[1538] MüKoBGB/*Ernst* BGB § 281 Rn. 22, § 323 Rn. 49; BeckOK BGB/*Schmidt* BGB § 323 Rn. 9.

dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzt haben.[1539] Im Gegensatz zur französischen Rechtslage steht nämlich in Deutschland das Recht des Schuldners zur zweiten Andienung im Vordergrund.[1540] Das Fristerfordernis entfällt nur dann, wenn besondere Umstände vorliegen, die es rechtfertigen, den Rücktritt sofort zu erklären (§ 323 Abs. 2 BGB) oder Schadensersatz zu verlangen (§ 281 Abs. 2 BGB).[1541]

Ausnahmsweise ist die Erheblichkeit der Pflichtverletzung doch entscheidend, wenn der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß gewirkt hat (§§ 323 Abs. 5 S. 2, 281 Abs. 1 S. 3 BGB). In diesem Fall darf die Pflichtverletzung nicht unerheblich sein. Diese Bestimmung greift jedoch nur für die Schlechterfüllung ein.[1542] Bei Vorliegen einer unerheblichen Pflichtverletzung steht dem Gläubiger kein Schadensersatz statt der ganzen Leistung zu (§ 281 Abs. 1 S. 3 BGB). Zudem ist der Rücktritt ausgeschlossen (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB). Die Erheblichkeit wird anhand einer umfassenden Interessenabwägung geprüft.[1543] Die Rechtsprechung bejaht sie schon, wenn die Kosten der Beseitigung mindestens 5 % der vereinbarten Gegenleistung ausmachen.[1544] Wenn der Sachmangel allerdings nach kurzer Zeit wieder von selbst verschwindet, scheidet ein Rücktrittsrecht aus.[1545]

Frankreich und Deutschland stellen also in unterschiedlicher Weise auf die Erheblichkeit der Pflichtverletzung ab. Während sie für das französische Leistungsstörungsrecht eine zwingende Voraussetzung ist, kommt sie in der deutschen Rechtsordnung nur als Ausschlussgrund in Schlechterfüllungsfällen in Betracht. Zudem wird in Frankreich positiv eine hinreichend gewichtige Nichterfüllung verlangt, anders in Deutschland, wo keine unerhebliche Schlechtleistung vorliegen darf.

3. Konkretisierung der französischen Rechtslage

Fraglich ist also, ob die Regelungen im BGB und in den Regelwerken zur Auslegung des Begriffs der *inexécution suffisamment grave* herangezogen werden können.

Man könnte zunächst von einer wörtlichen Übersetzung ausgehen. Dafür bietet sich ein Vergleich mit dem deutschen Konzept der Erheblichkeit an. Kann also unter *inexécution suffisamment grave* eine erhebliche Nichterfüllung verstanden werden? Eine ähnliche Bestimmung zu § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ist in Art. L 217-10 Abs. 3 Code de la consommation zu finden. Demnach ist die Vertragsauflösung bei Schlechtleistung wegen eines *défaut de conformité mineur* ausgeschlossen. Beide

[1539] Palandt/*Grüneberg* BGB § 281 Rn. 9, § 323 Rn. 12.
[1540] *Remien,* Leistungsstörungen nach der Réforme du droit des contrats, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 181,185.
[1541] Palandt/*Grüneberg* BGB § 281 Rn. 14 f., § 323 Rn. 18 ff.
[1542] Palandt/*Grüneberg* BGB § 323 Rn. 10, Rn. 27 ff.
[1543] Palandt/*Grüneberg* BGB § 323 Rn. 32.
[1544] BGH, Urteil vom 28. Mai 2014 – VIII ZR 94/13 = NJW 2014, 3229; Palandt/*Grüneberg* BGB § 323 Rn. 32.
[1545] Palandt/*Grüneberg* BGB § 323 Rn. 32.

Vorschriften sind Ergebnis der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufsrichtlinie.[1546] Art. 3 Abs. 6 der Richtlinie bestimmt nämlich, dass bei einer geringfügigen Vertragswidrigkeit der Verbraucher keinen Anspruch auf Vertragsauflösung hat. Infolgedessen sind *geringfügig, mineur* und *unerheblich* gleichbedeutend. Hätte der französische Gesetzgeber eine *inexécution majeure* verlangt, so wäre dies mit der Erheblichkeit nach deutschem Recht vergleichbar gewesen. Auch die Regelwerke verwenden andere Rechtbegriffe als das französische Recht. Art. 7.3.1 UPICC spricht somit von *fundamental non-performance*. Die offizielle französische Übersetzung hiervon lautet *inexécution essentielle* und die deutsche *wesentliche Nichterfüllung.*[1547] Das gleiche gilt für Art. 107 Gandolfi-Code: *substantial non-performance, wesentliche Nichterfüllung, inexécution d'une importance notable.*[1548] Aufgrund der zahlreichen Ausdrücke kann somit nicht auf die wörtliche Übersetzung abgestellt werden.

Möglicherweise sprechen aber weitere Kriterien für eine Vergleichsbarkeit der französischen Regelung mit den Regelwerken. Zunächst ist der gewählte Aufbau ähnlich zu den UPICC, den PECL und dem DCFR. Hauptbegriff ist die Nichterfüllung. Darauf bilden sowohl die Regelwerke als auch der französische Gesetzgeber die weiteren Voraussetzungen auf. Wie allerdings oben gesehen, sind systematische Erwägungen nach französischem Recht nicht ausschlaggend, sodass zusätzliche Argumente herangezogen werden müssen.[1549] Die frühere französische Rechtsprechung nahm eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen Nichterfüllung und Auslösung des Rechtsbehelfes vor.[1550] Die dafür verwendeten Kriterien ähneln denjenigen des Art. 7.3.1 (2) UPICC: Erwartungen der Vertagsparteien und verfolgten Interessen (Art. 7.3.1 (2a) UPICC), Vertragszweck (Art. 7.3.1 (2b) UPICC), wirtschaftliche Folgen der Nichterfüllung (Art. 7.3.1 (2e) UPICC). Weiterhin beruhen Art. 1224 ff. Code civil auf dem Vorschlag der Arbeitsgruppe *Terré*.[1551] Sie verlangen ähnlich wie die Regelwerke ausschließlich für die Vertragsaufhebung eine qualifizierte Nichterfüllung, sie übernehmen aber die Terminologie der bisherigen Rechtsprechung, *une inexécution grave*. Als Begründung hierfür erklären sie, dass der Begriff wie auch „*l'inexécution essentielle*" – also die wesentliche Nichterfüllung iSd der PECL und der UPICC – sowohl objektive als auch subjektive Elemente

[1546] Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Amtsblatt Nr. L 171 vom 07/07/1999 S. 0012 – 0016.
[1547] Die französische und die deutsche offizielle Übersetzung der UPICC sind aufrufbar unter www.unidroit.org.
[1548] Die französische und die deutsche offizielle Übersetzung des Gandolfi-Code sind aufrufbar unter: http://www.eurcontrats.eu/acd2/general-information/.
[1549] Siehe Kapitel 3 § 7 I B Fn. 1031.
[1550] Siehe Kapitel 4 § 10 II B 1.
[1551] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 646.

umfasse.[1552] Art. 109 des Reformprojekts *Terré*[1553] versucht, die Qualifizierung näher zu bestimmen. Die Annahme liegt besonders nah, die Vorschrift als eine versteckte Übersetzung des Art. 8:103 PECL anzusehen.[1554]

Der Einfluss der Regelwerke auf das Reformprojekt *Terré* ist somit eindeutig. Der französische Gesetzgeber hat sich wiederum von den Art. 108 ff. Reformprojekt *Terré* inspirieren lassen. Infolgedessen spricht viel dafür, die *inexécution suffisamment grave* entsprechend dem Wesentlichkeitserfordernis der UPICC und PECL auszulegen.

4. Stellungnahme

Der Begriff der *inexécution suffisamment grave* ähnelt somit dem Wesentlichkeitserfordernis in den PECL und den UPICC. Infolgedessen können also die Maßstäbe der Regelwerke zur Konkretisierung herangezogen werden.

Das Fristsetzungserfordernis im deutschen Recht ist im Vergleich zu den vorgeschlagenen Kriterien der Regelwerke eine objektive und einfache Lösung.[1555] Die Wesentlichkeitsprüfung verlangt hingegen eine weitere Auslegung, die je nach Regelwerk oder Rechtsordnung anders ausfallen kann. Es ist zwar für den Richter von Vorteil, denn er genießt einen breiten Auslegungspielraum. Allerdings schwächt es die Rechtssicherheit, da sich die Vertragsparteien nie sicher sein können, wie die Entscheidung ausfallen wird.[1556]

Die französische Vorschrift ist dem Beispiel der Regelwerke gefolgt. Ihr mangelt es insoweit an Bestimmtheit. Der alleine Rückgriff auf das Fristsetzungserfordernis wäre eine gute Alternative gewesen, um dieses Problem zu vermeiden.

[1552] *Aubert de Vincelles*, La résolution du contrat pour inexécution, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 269, 270.

[1553] Art. 109 Reformprojekt *Terré:* L'inexécution est grave lorsqu'elle porte sur une obligation dont la stricte observation est de l'essence du contrat. Il en va de même lorsqu'elle prive substantiellement le créancier de ce qu'il pouvait légitimement attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait pas pu prévoir que l'inexécution aurait un tel résultat. L'inexécution intentionnelle est toujours considérée comme grave lorsqu'elle fait présumer que le débiteur n'exécutera pas dans le futur. Übersetzung: Die Nichterfüllung ist schwerwiegend, wenn es sich um eine Verpflichtung handelt, deren genaue Einhaltung für den Vertrag entscheidend ist. Dasselbe gilt, wenn sie dem Gläubiger das, was er berechtigterweise aus dem Vertrag erwarten konnte, im Wesentlichen entzieht, es sei denn, der Schuldner hätte nicht vorhersehen können, dass die Nichterfüllung eine solche Folge haben würde. Vorsätzliche Nichterfüllung gilt immer dann als schwerwiegend, wenn sie zu der Annahme führt, dass der Schuldner in Zukunft nicht leisten wird.

[1554] Art. 8:103 PECL: Eine Nichterfüllung ist für den Vertrag wesentlich, wenn (a) die genaue Einhaltung der Verpflichtung für den Vertrag entscheidend ist; oder (b) durch die Nichterfüllung der benachteiligten Partei im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag erwarten durfte, es sei denn, dass die andere Partei diese Folge nicht vorausgesehen hat und vernünftigerweise auch nicht voraussehen konnte; oder (c) die Nichterfüllung vorsätzlich geschieht und der benachteiligten Partei Anlass zu der Annahme gibt, dass sie sich auf die künftige Leistung durch die andere Partei nicht verlassen kann.

[1555] Commentaries on European Contract Laws/*Kleinschmidt*, Art. 9:301 Rn. 23.

[1556] Commentaries on European Contract Laws/*Kleinschmidt*, Art. 9:301 Rn. 23.

C. Sanktion oder *remède*

Während der Vorbereitung der Reform stellte sich die Frage, wie die Leistungsstörungsrechte zu nennen sind. Das Reformprojekt *Terré*[1557] und das Verordnungsprojekt von 2015[1558] bezeichneten die Leistungsstörungsrechte als *remèdes* (wörtliche Übersetzung: Heilmittel) in Anlehnung an das englische Wort *remedies* und an die europäischen und internationalen Regelwerke. Dadurch sollte die Trennung zwischen der außervertraglichen und der vertraglichen Haftung klarer zum Ausdruck kommen.[1559] Zudem wollten die Bearbeiter des Reformprojekts *Terré* weniger die zivilrechtliche Pflichtverletzung und ihre Sanktion in den Vordergrund stellen, sondern vielmehr die zur Verfügung stehenden Rechte und demzufolge die Befriedigung der Interessen des Gläubigers.[1560]

Dieser Vorschlag hat sich letztlich nicht durchsetzen können. Der Gesetzgeber ist vielmehr der traditionellen französischen Terminologie treugeblieben. Ein Kritikpunkt am Vorschlag bestand darin, dass der Begriff *remède* die Nichterfüllung mit einem Krankheitszustand gleichstelle, den zu heilen geboten sei. Dies sei allerdings nur dann passend, wenn eine Heilung des Vertrags noch möglich sei, sodass nicht alle Leistungsstörungen umfasst würden.[1561] Zudem wurde bemängelt, dass der Vorwurf des Fehlverhaltens darin nicht genug zum Ausdruck komme, obwohl der Schuldner bei Nichterfüllung sein Versprechen nicht eingehalten habe.[1562] Bei den Leistungsstörungsrechten handle es sich somit um Sanktionen und nicht um Wiedergutmachungsvorgänge.

Der Einfluss der europäischen und internationalen Regelwerke scheint für das französische Konzept der Nichterfüllung größer gewesen zu sein als die Ausstrahlung Deutschlands. Es stellt sich nun die Frage, welche rechtlichen Instrumente dem Gläubiger zur Verfügung stehen, wenn der Schuldner seine Leistungspflicht nicht erfüllt hat.

III. Einzelne Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung

Art. 1217 Code civil listet sechs Rechtsbehelfe auf, die dem Gläubiger bei Nichterfüllung zur Verfügung stehen. Drei Rechtsbehelfe zielen darauf, die geschuldete Leistung zu erwirken. Es handelt sich um die Einrede des nichterfüllten Vertrags (A.), die Naturalerfüllung (B.) und die Selbstvornahme (C.). Wenn der Schuldner

---

[1557] Art. 97 Abs. 2 Reformprojekt *Terré:* Les remèdes qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés; des dommages et intérêts peuvent s'ajouter à tous les autres remèdes. Übersetzung: Rechtsbehelfe, die miteinander vereinbar sind, können kombiniert werden; Schäden können zu allen anderen Rechtsbehelfen hinzugefügt werden.

[1558] Art. 1217 Abs. 2 Reformprojekt *Chancellerie:* Les remèdes qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés; les dommages et intérêts peuvent s'ajouter à tous les autres remèdes. Übersetzung: Rechtsbehelfe, die miteinander vereinbar sind, können kombiniert werden; Schäden können zu allen anderen Rechtsbehelfen hinzugefügt werden.

[1559] *Dissaux/Jamin,* Commentaire du projet d'ordonnance, Art. 1217.

[1560] *Remy*, L'inexécution du contrat, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 253, 254 f.

[1561] *Dubarry,* Grundsätze des neuen französischen Leistungsstörungsrechts, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 165, 167; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 664.

[1562] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 664.

nicht oder schlecht geleistet hat, verfügt der Gläubiger über drei weitere Möglichkeiten, je nachdem ob er an dem Vertrag festhalten möchte oder nicht: Er kann seine Gegenleistung mindern (D.), den Vertrag aufheben (E.) oder seinen Schaden ersetzt verlangen (F.).

A. Einrede des nichterfüllten Vertrags

Der Abschnitt beginnt mit der Einrede des nichterfüllten Vertrags (Art. 1219[1563], 1220[1564] Code civil).

1. Ab Fälligkeit der Leistung

Die *exceptio non adimpleti contractus* ist ein Druckmittel, das darin besteht, dem Schuldner die Gegenleistung solange vorzuenthalten, wie er nicht geleistet hat. Voraussetzung hierfür ist zunächst ein synallagmatisches Verhältnis zwischen den geschuldeten Leistungen.[1565] Diese Bedingung geht zwar nicht ausdrücklich aus der Norm hervor. Da die Einrede des nichterfüllten Vertrags aber nur bei Verträgen mit gegenseitigen Leistungen zur Anwendung kommen kann, wird das Synallagma stillschweigend vorausgesetzt.[1566] Dieser Grundsatz wurde von der Rechtsprechung entwickelt und gilt nach der Reform weiter.[1567]

Weiterhin muss gemäß Art. 1219 Code civil eine qualifizierte Nichterfüllung vorliegen.[1568] Die Unbestimmtheit dieses Begriffs wird besonders im Kontext der Einrede des nichterfüllten Vertrags bemängelt.[1569] Sicher ist, dass keine unwesentliche Nichterfüllung vorliegen darf. Jedoch sollte eine teilweise Nichterfüllung ausreichend sein, sofern die Schwelle der Wesentlichkeit überschritten wurde.[1570] Der Grund für die Einführung dieser Hürde ist die Angleichung an die Voraussetzungen des Rücktritts.[1571] Auch ist hier der Grundsatz von Treu und Glauben wiederzufin-

---

[1563] Art. 1219 Code civil: Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 289: „Eine Partei kann die Erfüllung ihrer Verpflichtung auch bei deren Fälligkeit verweigern, wenn die andere Partei ihre Verpflichtung nicht erfüllt hat und diese Pflichtverletzung hinreichend schwer wiegt. "

[1564] Art. 1220 Code civil: Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 289: „Eine Partei kann die Erfüllung ihrer Verpflichtung aussetzen, wenn offensichtlich ist, dass der Vertragspartner bei Fälligkeit nicht leisten wird und dass die Folgen dieser Nichtleistung für diese Partei hinreichend schwer wiegen. Diese Aussetzung ist unverzüglich anzuzeigen."

[1565] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 629; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 672.

[1566] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 672.

[1567] Chambre commerciale, 26. November 1973, Nr. 72-11.965, Bull. civ. V, Nr. 340, S. 303; 1ère Civile, 20. Mai 2003, Nr. 00-19.751, Bull. civ. I, Nr. 120, S. 93.

[1568] Dazu siehe oben Kapitel 4 § 10 II B.

[1569] *Remien,* Leistungsstörungen nach der Réforme du droit des contrats, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 181, 188; *Dubarry,* Grundsätze des neuen französischen Leistungsstörungsrechts, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 165, 173; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 629.

[1570] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 673.

[1571] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 629.

den: Der Gläubiger soll nicht wegen jeder kleineren Nichterfüllung die Einrede erheben können. Vielmehr muss ein angemessenes Verhältnis zwischen Nichterfüllung und *exceptio* bestehen.[1572]

Die Einfügung von Art. 1219 Code civil ist aus deutscher wie aus europäischer und internationaler Sicht erfreulich.[1573] Jede untersuchte Rechtsquelle verfügt über eine Regelung hierzu (Art. 7.1.3 UPICC, Art. 9:201 (1) PECL, Art. III.-3:401 (1) DCFR, Art. 108 Gandolfi-Code, § 320 BGB). Die in Betracht kommenden Vorschriften haben alle denselben Anwendungsbereich, nämlich gegenseitige Verträge. Im Gegensatz zur französischen Norm sehen diese Regelungen dies ausdrücklich vor. Ein wesentlicher Unterschied zur französischen Vorschrift besteht darin, dass in den untersuchten Rechtsquellen die Nichterfüllung nicht erheblich sein muss, um die Einrede zu erheben. Als Einschränkung wird aber auch hier der Grundsatz von Treu und Glauben herangezogen und eine Verhältnismäßigkeitsprüfung angestellt.[1574] Der Gandolfi-Code geht einen Schritt weiter und konkretisiert diese Einschränkung. Der Gläubiger darf somit die Leistung gemäß Art. 108 Abs. 2 Gandolfi-Code nicht verweigern, wenn dies die andere Partei außerordentlich belastet, wenn sie, sofern die Nichterfüllung nur unwesentlich ist, zu einem Erlöschen der Leistungspflicht des Gläubigers führt oder wenn die Verweigerung Grundrechte verletzt.

2. Vor Fälligkeit der Leistung

Der Gläubiger darf die Einrede nicht immer erst ab Fälligkeit der Leistung, sondern unter Umständen schon davor erheben. Art. 1220 Code civil regelt diese Frage und wird als eine Innovation für das französische Recht bezeichnet.[1575] Die UPICC und der Gandolfi-Code enthalten keine Vorschrift hierzu. Aus Art. 7.3.3 UPICC kann jedoch *a maiore ad minus* entnommen werden, dass die Unsicherheitseinrede anerkannt ist.[1576] § 321 BGB, Art. 9:201 (2) PECL und Art. III.-3:401 (2) DCFR regeln diesen Aspekt hingegen ebenfalls ausdrücklich.

Erforderlich ist gemäß Art. 1220 Code civil, dass für den Gläubiger offensichtlich ist, dass der Schuldner nicht leisten wird und die Folgen der Nichterfüllung besonders schwer sind.[1577] Zu beachten ist also, dass nicht die Nichterfüllung erheblich sein muss – der Gläubiger handelt ja vor jeglicher Nichterfüllung –, sondern ihre Folgen. Diese Bestimmung folgt nicht dem internationalen Trend, der die Einrede

---

[1572] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 673.
[1573] *Remien,* Leistungsstörungen nach der Réforme du droit des contrats, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 181, 188.
[1574] Comment, Art. 7.1.3 UPICC; Art. 9:201 PECL; Art. III.-3:401 (4) DCFR; Comment B., C., Art. III.-3:401 DCFR; Art. 108 Gandolfi-Code. Im deutschen Recht ist die eigene Vertragstreue als ungeschriebene Voraussetzung stets zu prüfen, Palandt/*Grüneberg* BGB § 320 Rn. 6; MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 320 Rn. 36 f.; Staudinger/*Schwarze* BGB § 320 Rn. 37 ff. § 320 Abs. 2 BGB regelt den Sonderfall der Teilleistung und hebt diese Voraussatzung zur Klarstellung nochmal hervor, Palandt/*Grüneberg* BGB § 320 Rn. 10; MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 320 Rn. 51.
[1575] *Laithier,* RDC 2016, S. 39, 42.
[1576] Commentary on PICC/*Schelhaas,* Art. 7.1.3 Rn. 25.
[1577] Dazu siehe *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 630.

auch hier an die Angemessenheit anknüpft und nicht an die Erheblichkeit der Nichterfüllung oder deren Folgen. Auch setzt die französische Vorschrift nicht voraus, dass der Gläubiger vorleistungspflichtig ist, um die Einrede geltend zu machen, wobei sich die Frage nur bei einer Vorleistungspflicht stellen wird. Im Gegensatz hierzu darf gemäß § 321 BGB, Art. 9:201 (2) PECL, Art. III.-3:401 (3) DCFR ausdrücklich allein der Vorleistungspflichtige die Unsicherheitseinrede erheben. Begründung hierfür ist, dass durch die Aufnahme einer Vorleistungspflicht besonderes Vertrauen in Anspruch genommen wurde, das geschützt werden muss.[1578]

Schließlich muss der Gläubiger gemäß Art. 1220 Code civil seine Entscheidung dem Schuldner schnellstmöglich notifizieren. Diese Voraussetzung findet sich in Art. III.-3:401 (3) DCFR wieder, mit der Ergänzung, dass sich der Gläubiger Schadensersatzpflichtig macht, falls er dieser Notifizierungspflicht nicht nachkommt. Gemäß § 321 Abs. 2 BGB kann der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung setzen. Nach Art. 9:201 PECL hingegen ist weder eine Notifizierung noch eine Frist erforderlich.

In der französischen Norm werden die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Notifizierungspflicht nicht näher bestimmt. Da dieser einem Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gleichkommt, wird dem Schuldner wohl auch nach französischem Recht ein Schadensersatzanspruch zustehen. Allerdings wäre es aus Gründen der Rechtsklarheit wünschenswert gewesen, diesen Aspekt im Gesetzestext klarzustellen.

Der Gläubiger kann allerdings nicht nur seine Leistung vorenthalten. Er kann auch die Naturalerfüllung der versprochenen Leistung erzwingen.

B. Naturalerfüllung

Der zweite Unterabschnitt regelt die Naturalerfüllung. Art. 1221 Code civil[1579] ist eine direkte Konsequenz des Art. 1103 Code civil, der die *force obligatoire* regelt.[1580] Mit Art. 1221 Code civil wird die Widersprüchlichkeit der alten Rechtslage endlich behoben. Wie oben erwähnt, war Art. 1142 Code civil aF von den heutigen Bedürfnissen des Rechtsverkehrs her betrachtet inhaltlich überholt.[1581] Die neue Vorschrift bringt den Code civil somit auf einen modernen Stand.

[1578] Staudinger/*Löwisch* BGB § 321 Rn. 1.

[1579] Art. 1221 Code civil: Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 289: „Der Gläubiger einer Verpflichtung kann nach Mahnung die Erfüllung in Natur verlangen, es sei denn sie ist unmöglich oder es besteht ein offensichtliches Missverhältnis zwischen dem Kostenaufwand des redlichen Schuldners und dem Interesse des Gläubigers."

[1580] Dazu siehe oben Kapitel 3 § 7 I.

[1581] Siehe oben Einleitung zu Kapitel 4.

Der Gläubiger kann also gemäß Art. 1221 Code civil die Naturalerfüllung durch den Schuldner verlangen. Art. 1221 Code civil folgt im Ansatz damit den Regelwerken, wobei die französische Norm anders als diese[1582] nicht zwischen den auf Geld und den nicht auf Geld gerichteten Leistungen unterscheidet (Art. 7.2.1 f. UPICC, Art. 9:101 f. PECL, Art. III.-3:301 f. DCFR).[1583]

Zu beachten ist, dass im Gegensatz zu den Art. 1219, 1220 Code civil die Wesentlichkeit der Nichterfüllung nicht erforderlich ist.[1584] Die Regelwerke setzen zusätzlich ebenfalls ein entsprechendes Verlangen des Gläubigers voraus. Allerdings ist die Naturalerfüllung an das Verlangen der Leistung „innerhalb eine(r) angemessene(n) Zeit" geknüpft (Art. 7.2.2 (e) UPICC, Art. 9:102 (3) PECL, Art. III.-3:302 (4) DCFR). Einzige Voraussetzung gemäß Art. 1221 Code civil ist eine Mahnung, die in den Art. 1344 ff. Code civil geregelt ist.[1585]

Art. 1344 Code civil regelt die unterschiedlichen Handlungsmöglichkeiten des Gläubiger, um den Schuldner zu mahnen.[1586] Die Mahnung kann zum einen durch eine *sommation* erfolgen (Art. 1344 1. Var. Code civil). Die *sommation* ist eine offizielle Urkunde des Gerichtsvollziehers. Zum anderen sieht das Gesetz vor, dass der Schuldner auch durch Handlung, die eine konkrete, unmissverständliche Aufforderung zur Leistung zum Ausdruck bringt (Art. 1344 2. Var. Code civil), gemahnt werden kann. Vor der Reform bestimmte Art. 1139 Code civil aF, dass eine der *sommation* vergleichbare Handlung vorgenommen werden konnte. Die Rechtsprechung nahm eine gerichtliche Vorladung oder einen Mahnbescheid als Äquivalent an.[1587] Eine einstweilige Verfügung galt aufgrund des fehlenden Zahlungsbefehls als nicht ausreichend.[1588] Lange Zeit stellte sich die Frage, ob ein Schreiben den Anforderungen genügen konnte. Dies wurde zunächst von der Rechtsprechung abgelehnt, weil sogar ein Einschreiben nicht dieselbe Garantie einer Behörde sichern kann.[1589]

Mit Gesetz vom 9. Juli 1991 wurden die formellen Voraussetzungen vereinfacht.[1590] Ein Zusatz wurde in Art. 1139 Code civil aF hinzugefügt, der besagte,

---

[1582] Außer den Gandolfi-Code, siehe Art. 110 Abs. 1 Gandolfi-Code: Von einem Schuldner, der die geschuldete Leistung noch nicht erbracht hat und gleichgültig, welcher Form die Nichterfüllung ist, kann der Gläubiger Erfüllung oder Ergänzung der bereits erbrachten Leistung verlangen, und zwar in besonderer Form, wenn dies objektiv möglich ist; der Anspruch auf Schadensersatz bleibt davon unberührt.

[1583] *Remien,* Leistungsstörungen nach der Réforme du droit des contrats, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 181, 189.

[1584] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 635.

[1585] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 634.

[1586] Art. 1344 Code civil: Le débiteur est mis en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante, soit, si le contrat le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation. Übersetzung: Der Schuldner ist verpflichtet, entweder durch eine gerichtliche Ladung oder eine hinreichende Interpellation oder, wenn der Vertrag dies vorsieht, durch die bloße Fälligkeit der Leistung zu zahlen.

[1587] Chambre commerciale, 28. Februar 1972, Nr. 70-13.850, Bull. civ. Nr. 75, S. 72; 1ère Civile, 9. Dezember 1970, Nr. 69-10.403; 1ère Civile, 21. Juni 1988, Nr. 86-15.356, Bull. Civ. I, Nr. 200, S. 139. Siehe m.w.N. *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 1087.

[1588] 1ère Civile, 11. Mai 1964, Nr. JURITEXT000006965403, Bull. civ. I, Nr. 243.

[1589] 3ème Civile, 27. November 1990, Nr. 88-12.719, Bull. civ. III, Nr. 253, S. 143.

[1590] Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

dass ein einfaches Schreiben mit einer hinreichenden Aufforderung zur Leistung eine der *sommation* vergleichbare Handlung darstellte.[1591] Art. 1344 Code civil steht in einer Linie mit Art. 1139 Code civil aF.[1592] Die Neuerung besteht insoweit darin, dass eine *Handlung* verlangt wird. Sicher ist, dass eine schriftliche Erklärung die Anforderungen erfüllen wird. Dem Wortlaut nach könnte eine Mahnung auch durch mündliche Erklärung erfolgen, solange der Schuldner unmissverständlich zur Leistung aufgefordert wird. Aus Beweisgründen wurde allerdings bisher immer die Schriftform verlangt.[1593]

Möglich ist es auch, vertraglich zu bestimmen, dass die Fälligkeit der Leistung allein als Mahnung gilt (Art. 1344 3. Var. Code civil). Die Vertragsparteien können somit dies vertraglich vorsehen. Die Rechtsprechung legt dies allerdings streng aus und verlangt eine unmissverständliche vertragliche Vereinbarung.[1594] Dies kann aber auch konkludent erfolgen, wenn die Gesamtumstände ergeben, dass die Vertragsparteien auf das Erfordernis einer Mahnung verzichtet haben.[1595]

Der Anspruch auf Naturalerfüllung kann gemäß Art. 1221 Code civil aus zwei Gründen ausgeschlossen sein. Zum einen muss die Leistung noch möglich sein. Denn *impossibilium nulla est obligatio.* Laut dem *rapport* soll die bisherige Rechtsprechung weiter gelten, sodass sowohl die tatsächliche, die juristische als auch die moralische Unmöglichkeit umfasst wird.[1596] Zum anderen darf der Schuldner die Erfüllung in Natur verweigern, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen dem Aufwand für den Schuldner und dem Interesse des Gläubigers besteht. Diese Einschränkungen sind auch in den Regelwerken zu finden (Art. 7.2.2 (a), (b) UPICC, Art. 9:102 (2)(a), (b) PECL, Art. III.-3:302 (3)(a), (b) DCFR, Art. 111 Abs. 1 Gandolfi-Code). Als weitere Ausnahmen werden in den Regelwerken die Unmöglichkeit bei persönlichen Diensten (Art. 7.2.2 (d) UPICC, Art. 9:102 (2)(c) PECL, Art. III.-3:502(c) DCFR) und die Vornahme eines Deckungsgeschäfts (Art. 7.2.2 (c) UPICC, Art. 9:102 (2)(d) PECL) aufgelistet. Erstere wurde schon früh von der französischen Rechtsprechung anerkannt. Sie galt als Hauptanwendungsfall des Art. 1142 Code civil aF.[1597] Das Reformprojekt *Catala* hatte eine solche Ausnahme vorgesehen.[1598] Sein Vorschlag wurde jedoch nicht übernommen. Sie zählt nun

[1591] Art. 84 des Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.
[1592] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 977.
[1593] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 977.
[1594] Siehe 1ère Civile, 3. Juni 2015, Nr. 14-15.655, Bull. civ. 2015 Nr. 6, Nr. 131; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 978.
[1595] Chambre commerciale, 8. Oktober 2002, Nr. 01-01.200, Bull. civ. IV, Nr. 138, S. 154.
[1596] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: „L'ordonnance retient les exceptions consacrées par la jurisprudence: l'exécution forcée en nature ne peut être ordonnée en cas d'impossibilité (matérielle, juridique ou morale, en particulier si elle porte atteinte aux libertés individuelles du débiteur)."
[1597] Schon Civile, 14. März 1900, D. 1900. 1. 497, Urteil im Fall *Whistler*.
[1598] Art. 1154 Abs. 3 Reformprojekt *Catala*: „coercition attentatoire à la liberté ou à la dignité du débiteur". Übersetzung: Zwang, der die Freiheit oder Würde des Schuldners verletzt.

weiterhin zu den Ausschlussgründen der Naturalerfüllung nach Art. 1221 Code civil. Die Vornahme eines Deckungsgeschäfts wird im nächsten Abschnitt besprochen.

Das deutsche Recht folgt einer anderen Logik.[1599] Der klagbare Erfüllungsanspruch gemäß § 241 Abs. 1 BGB umfasst eine Naturalerfüllungspflicht des Schuldners.[1600] In der Literatur besteht Streit über die Frage, ob der naturale Erfüllungsanspruch ein Rechtsbehelf im Sinne einer Sanktion für die Nichterfüllung ist oder ob es sich um einen originär bestehenden Primäranspruch handelt, wobei die zweite Ansicht in der Literatur herrschend ist.[1601] Der Anspruch ist allerdings ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen des § 275 BGB erfüllt sind. Insbesondere wird die faktische Unmöglichkeit in § 275 Abs. 2 BGB, die in Art. 1221 Code civil erst neu eingeführt wurde, und die Unmöglichkeit bei persönlichen Diensten in § 275 Abs. 3 BGB.

C. Selbstvornahme

Die letzte Möglichkeit, um die Leistung zu erhalten, ist es schließlich, diese selbst vorzunehmen. Art. 1222 Code civil[1602] verallgemeinert die Selbstvornahme für das gesamte Vertragsrecht und ermöglicht eine weitere *déjudiciarisation* des Code civil. Vor der Reform bedurfte die Selbstvornahme grundsätzlich der richterlichen Genehmigung, ausnahmsweise aber nicht, wenn die Angelegenheit im Handelsrecht zu entscheiden war.[1603] Diese Ausnahme wurde anhand der handelsrechtlichen Gewohnheiten gerechtfertigt.[1604] Art. 1222 Code civil setzt lediglich eine Mahnung bzw. Verzug des Schuldners nach Art. 1344 Code civil oder, wenn der Gläubiger die Vernichtung der vom Schuldner vorgenommenen Leistung erreichen will, eine richterliche Entscheidung voraus. Der Gläubiger ist zusätzlich verpflichtet, innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens und zu verhältnismäßigen Kosten zu handeln.

Der Gläubiger verfügt über ein Wahlrecht, da er entweder die Naturalerfüllung vom Schuldner verlangen oder die Leistung selber oder durch Dritte vornehmen kann.[1605] Im Gegensatz hierzu hat das Deckungsgeschäft in Art. 7.2.2 (c) UPICC,

---

[1599] Dazu siehe *Riehm,* Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015.
[1600] *Riehm,* Der Grundsatz der Naturalerfüllung, S. 221.
[1601] Siehe m.w.N. *Riehm,* Der Grundsatz der Naturalerfüllung, S. 241.
[1602] Art. 1222 Code civil: Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 290: „Nach Mahnung kann der Gläubiger auch innerhalb einer angemessenen Frist und zu vertretbarem Kostenaufwand selbst die Verpflichtung erfüllen oder nach vorheriger Genehmigung eines Richters das vernichten, was unter Verletzung der Verpflichtung entstanden ist. Er kann vom Schuldner die Rückzahlung der zu diesem Zweck aufgewendeten Beträge verlangen. Er kann sich auch an die Gerichte wenden und verlangen, dass der Schuldner den erforderlichen Betrag für die Erfüllung oder die Vernichtung vorstreckt."
[1603] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 1116.
[1604] Vgl. *Plantamp,* D. 2000, 243 ff.
[1605] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 633.

Art. 9:101 (2)(a), 9:102 (2)(d) PECL Vorrang. Der Gläubiger muss also die Leistung vorrangig bei einem Dritten suchen und kann sie zunächst nicht vom Schuldner verlangen. Der DCFR und der Gandolfi-Code sehen dies allerdings nicht vor. Das ist darauf zurückzuführen, dass der Vorrang des Deckungsgeschäfts außerhalb des Common Law nicht übernommen wurde.[1606] Allerdings wurde Art. III.-3:305 DCFR durch einen fünften Absatz ergänzt, der den Schadensersatzanspruch ausschließt, wenn dem Gläubiger ein Deckungsgeschäft ohne großen Aufwand möglich gewesen wäre.[1607]

Auch im deutschen Recht ist die Selbstvornahme möglich, allerdings ist sie speziell für den Werkvertrag in § 637 BGB und für den Reisevertrag in § 651k Abs. 2 BGB und allgemein als Schadensersatz für jeden Vertrag nach erfolgloser Fristsetzung geregelt. Wie auch im französischen Recht darf der Gläubiger den Mangel nicht sofort beseitigen, sondern muss zuerst dem Schuldner eine Nachfrist setzen (§§ 637 Abs. 1, 651k Abs. 2 S. 1 BGB), wobei in besonderen Fällen die Fristsetzung entbehrlich ist (§§ 637 Abs. 2, 651k Abs. 2 S. 2 BGB).

D. Minderung

Art. 1223 Code civil regelt eine verallgemeinerte Minderung. Außer den UPICC, die keine Vorschrift hierzu enthalten,[1608] verfügen PECL, DCFR und der Gandolfi-Code über eine ähnliche Vorschrift (Art. 9:401 PECL, Art. III.-3:601 DCFR, Art. 113 Gandolfi-Code).[1609] Das deutsche Recht kennt keine verallgemeinerte Minderung, dennoch weisen französisches und deutsches Recht Gemeinsamkeiten auf.

Die Voraussetzungen werfen keine besonderen Fragen auf (1.). Hingegen ist der Anwendungsbereich der Vorschrift noch unbestimmt (2.).

1. Voraussetzungen

Der Gläubiger kann gemäß Art. 1223 Code civil[1610] eine nicht vertragsgemäße Leistung annehmen und den vereinbarten Preis mindern. Es soll sich hierbei um eine Sanktion handeln, die zwischen der Einrede des nichterfüllten Vertrags und der Auflösung liegt.[1611] Erforderlich sind zum einen eine Mahnung oder eine Inver-

---

[1606] *Riehm,* Der Grundsatz der Naturalerfüllung, S. 470 f.
[1607] Siehe dazu Comment J., Art. III.-3:302 DCFR.
[1608] Siehe dazu Commentaries on European Contract Laws/*Boosfeld*, Art. 9:401 Rn. 8.
[1609] Dazu Kommentar A., Art. 9:401 PECL; Comment A., Art. III.-3:601 DCFR; Commentaries on European Contract Laws/*Boosfeld*, Art. 9:401 Rn. 13.
[1610] Art. 1223 Code civil: Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 290: „Der Gläubiger kann nach Mahnung eine unvollständige Vertragserfüllung akzeptieren und eine verhältnismäßige Minderung des Entgelts geltend machen. Falls er noch nicht gezahlt hat, teilt der Gläubiger seine Entscheidung, das Entgelt zu mindern, unverzüglich mit."
[1611] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: „Il s'agit d'une sanction intermédiaire entre l'exception d'inexécution et la résolution, qui permet de

zugsetzung und zum anderen eine Minderungserklärung. Diese Lösung ist im Vergleich zur französischen Rechtslage vor der Reform einfach zu handhaben.[1612] Es war zwar auch nach dem früheren Recht möglich, einen geschuldeten Preis zu mindern. Da jedoch die Rechtsfolgen einer Preisminderung identisch waren mit einer anteiligen Vertragsaufhebung, musste der Gläubiger eine anteilige Vertragsaufhebung vor Gericht beantragen, um eine entsprechende Kürzung seiner Gegenleistung zu erreichen.[1613] Die Einführung einer außergerichtlichen Lösung ermöglicht eine schnellere Durchsetzung und steht im Einklang mit den untersuchten Rechtsquellen, die alle auf ein gerichtliches Verfahren bei der Minderung verzichten.

Das deutsche Recht regelt die Minderung speziell (§§ 441, 638 BGB).[1614] Allerdings findet sich eine ähnliche Regelung zu Art. 1223 BGB auch in § 323 Abs. 5 S. 1 BGB. Diese Vorschrift regelt den Teilrücktritt und sieht bei quantitativen Teilleistungen vor, dass der Gläubiger die erbrachte Leistung behält und seine Gegenleistung entsprechend mindert.[1615]

Die Bearbeiter der europäischen Regelwerke haben die Preisminderung verallgemeinert, um die Vertragsaufhebung zurückzudrängen.[1616] Daher wird in den jeweiligen Regelungen keine wesentliche Nichterfüllung verlangt, damit die Voraussetzungen weniger streng sind als diejenigen der Vertragsaufhebung. Bei einer wesentlichen Nichterfüllung steht dem Gläubiger nach den Regelungen des französischen Leistungsstörungsrechts und der Regelwerke *alternativ* die Minderung oder der Rücktritt zur Verfügung. Bei einer unwesentlichen Nichterfüllung kann der Gläubiger allerdings nur mindern. In ähnlicher Weise sehen §§ 441 Abs. 1 S. 2, 638 Abs. 1 S. 2 BGB vor, dass der Ausschlussgrund des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB keine Anwendung findet. Genau so regelt Art. L 217-10 Abs. 3 Code de la consommation, dass der Rücktritt bei unerheblichen Sachmängeln ausgeschlossen ist, sodass der Verbraucher in einem solchen Fall nur mindern kann.

Der maßgebliche Zeitpunkt für die Berechnung der Preisminderung ist in Art. 1223 Code civil nicht vorgegeben. Die PECL und der DCFR ziehen den Zeitpunkt der Leistung heran. Das deutsche Recht sieht hingegen den Wert bei Vertragsschluss als entscheidend an (§§ 441 Abs. 3 S. 1, 638 Abs. 3 S. 1 BGB). Da sich der französische Gesetzgeber für die Regelung zur Preisminderung von den europäischen Regelwerken hat inspirieren lassen, mag in dieser Hinsicht eher derselbe Maßstab wie dort gelten, also der Zeitpunkt der Leistung.

---

procéder à une révision du contrat à hauteur de ce à quoi il a réellement été exécuté en lieu et place de ce qui était contractuellement prévu."

[1612] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 683.

[1613] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 683.

[1614] Die Minderung ist zudem in §§ 536, 651m BGB geregelt. Anders als bei §§ 441, 638 BGB tritt die Minderung dann kraft Gesetzes ein.

[1615] MüKoBGB/*Ernst* BGB § 323 Rn. 202 f.

[1616] *Huber* in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts, S. 1067.

Art. 1223 Code civil gibt zwar keine Minderungsformel, spricht aber von einer verhältnismäßigen Herabsetzung des Preises.[1617] Diese Berechnungsmethode steht in Einklang mit den Bestimmungen der drei herangezogenen Regelwerke wie auch mit §§ 441 Abs. 3, 638 Abs. 3 BGB.[1618] Die verhältnismäßige Herabsetzung des Preises hat den Vorteil, dem Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung weiterhin Rechnung zu tragen.[1619]

2. Anwendungsbereich

Besonders bedeutsam ist die Verallgemeinerung der Minderung. Denn Art. 1223 Code civil soll auf jede Vertragsart anzuwenden sein.[1620] Das deutsche Recht kennt dagegen nur die Minderung für besondere Verträge oder den Teilrücktritt bei quantitativen Teilleistungen. Der Vorschlag einer Generalisierung wurde zwar in die Debatte aufgenommen, allerdings vom deutschen Reformgesetzgeber letztlich abgelehnt.[1621] Frankreich folgt in dieser Hinsicht dem internationalen Trend, die Lösung hier beruht auf den Regelungen der Regelwerke.[1622] Merkwürdig ist allerdings, dass, obwohl die Preisminderung generell gelten soll, die PECL und der DCFR als Beispiele nur Bau- und Kaufverträge auflisten.[1623] Es ist genau wie in Frankreich unklar, wie die Preisminderung für andere Verträge umzusetzen ist.[1624]

Die Anwendbarkeit des Art. 1223 Code civil richtet sich danach, ob eine besondere Regelung die Angelegenheit abschließend regelt oder nicht (Art. 1105 Abs. 3 Code civil).[1625] Eine Minderung kann somit gemäß Art. 1223 Code civil für die Nichterfüllung folgender Pflichten erklärt werden: *garantie de délivrance* oder Lieferungspflicht im Kaufvertrag (bei Teilleistungen),[1626] Überlassung einer mangelfreien

[1617] *Remien,* Leistungsstörungen nach der Réforme du droit des contrats, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 181, 191.
[1618] Commentaries on European Contract Laws/*Boosfeld*, Art. 9:401 Rn. 15.
[1619] Commentaries on European Contract Laws/*Boosfeld*, Art. 9:401 Rn. 15.
[1620] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[1621] Begr. SchuldRModG BT-Drucks. 14/6040, S. 223: „Dabei ist zunächst die Frage zu behandeln, ob die Minderung als Rechtsbehelf in das allgemeine Leistungsstörungsrecht neben Rücktritt und Schadensersatz eingestellt werden soll. Entscheidend dagegen spricht, dass die Minderung für einzelne Vertragstypen, insbesondere für den Dienstvertrag, als Rechtsbehelf ausgeschlossen bleiben muss. Für den Kauf- und Werkvertrag bedarf es daher einer besonderen Vorschrift über die Minderung."
[1622] Commentaries on European Contract Laws/*Boosfeld*, Art. 9:401 Rn. 13. Siehe auch Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: „La sous-section 3, composée du seul article 1223, propose de généraliser une sanction connue du code civil, la réduction du prix, inspirée des projets d'harmonisation européens."
[1623] Beispiele 1 bis 4, Art. 9: 401 PECL; Illustration 1 to 4, Art. III.-3:601 DCFR.
[1624] *Remien,* Leistungsstörungen nach der Réforme du droit des contrats, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 181, 191. Zur Frage der Minderung beim Dienstvertrag im deutschen Recht siehe *Canaris,* FS Schmidt, 2009 S. 177 ff.
[1625] Siehe oben Kapitel 4 § 10 I B.
[1626] *Puig,* Contrats spéciaux, Rn. 413; *Mainguy,* Contrats spéciaux, Rn. 163, 171.

Mietsache,[1627] Herstellung des versprochenen Werks im Werkvertrag.[1628] Nicht anwendbar ist Art. 1223 Code civil bei der Sachmängelhaftung im Kaufrecht[1629] und insbesondere im Verbraucherkaufrecht[1630] oder bei der Überlassungspflicht des Vermieters.[1631]

E. Vertragsaufhebung

Der vierte Unterabschnitt betrifft die Vertragsaufhebung[1632] und beginnt mit einer Auflistung der drei möglichen Wege zu einer Vertragsaufhebung, Art. 1224 Code civil[1633]. Die vertragliche (Art. 1225 Code civil[1634]) und gerichtliche (Art. 1227 f. Code civil) Aufhebung ist die traditionelle französische Lösung, wobei letztere dem deutschen Recht sowie den europäischen und internationalen Regelwerken fremd ist.[1635] Neu ist die Vertragsaufhebung durch einseitige Aufhebungserklärung.

1. Voraussetzungen der vertraglichen und gerichtlichen Vertragsaufhebung

Vertragliche Aufhebung bedeutet, dass die Aufhebung aufgrund einer vertraglichen Auflösungsklausel erfolgt. Die vertragliche Auflösungsklausel muss gemäß Art. 1225 Code civil die Verpflichtungen bezeichnen, deren Nichterfüllung ein Auflösungsrecht begründen wird. Zusätzlich ist erforderlich, dass der Gläubiger den Schuldner mit Hinweis auf die Klausel mahnt, es sei denn, es wurde vertraglich vereinbart, dass es nicht erforderlich ist.

Während für die vertragliche Aufhebung eine einfache Nichterfüllung ausreichend ist, muss der Richter für die gerichtliche Vertragsaufhebung gemäß Art. 1224, 1228[1636] Code civil eine qualifizierte Nichterfüllung feststellen. Der Richter kann

---

[1627] *Puig,* Contrats spéciaux, Rn. 673.
[1628] *Puig,* Contrats spéciaux, Rn. 852; *Mainguy,* Contrats spéciaux, Rn. 544.
[1629] Aufgrund von Art. 1644 Code civil. Dazu *Puig,* Contrats spéciaux, Rn. 472 ff.; *Mainguy,* Contrats spéciaux, Rn. 183 ff.
[1630] *Puig,* Contrats spéciaux, Rn. 482 ff.; *Mainguy,* Contrats spéciaux, Rn. 268 ff.
[1631] *Puig,* Contrats spéciaux, Rn. 664.
[1632] Zur Übersetzung von *résolution* siehe *Huber* in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts, S. 1689.
[1633] Art. 1224 Code civil: La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 290: „Die Vertragsauflösung ergibt sich entweder aus der Anwendung einer Auflösungsklausel oder, im Falle einer erheblichen Pflichtverletzung, einer entsprechenden Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner oder einer Gerichtsentscheidung."
[1634] Art. 1225 Code civil: La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 291: „Die Auflösungsklausel bestimmt die Pflichten, deren Verletzung die Vertragsauflösung nach sich zieht. Die Vertragsauflösung bedarf einer fruchtlosen Mahnung, wenn nicht vereinbart ist, dass sie sich schon aus der Nichterfüllung ergibt. Die Mahnung entfaltet nur dann Wirkung, wenn sie sich ausdrücklich auf die Auflösungsklausel bezieht."
[1635] *Remien,* Leistungsstörungen nach der Réforme du droit des contrats, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 181, 194.
[1636] Art. 1228 Code civil: Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer

jederzeit angerufen werden, entweder um die Aufhebung festzustellen oder um die Aufhebung auszusprechen (Art. 1227 Code civil[1637]).[1638] Wenn die Schwelle nicht erreicht wird, ist es ihm möglich, anstelle der Vertragsaufhebung die Naturalerfüllung anzuordnen oder Schadensersatz zu gewähren (Art. 1228 Code civil).[1639]

Die gerichtliche Vertragsaufhebung findet sich in keiner der untersuchten Rechtsquellen wieder.[1640] Die Regelwerke bevorzugen die vertragliche Vertragsaufhebung und die Vertragsaufhebung durch einseitige Aufhebungserklärung.[1641] Das französische Recht hält jedoch weiterhin an der langen Rechtstradition der gerichtlichen Vertragsaufhebung fest. Die Autoren des Code civil wollten dem Gläubiger im Jahre 1804 nicht die Macht erteilen, sich einseitig vom Vertrag zu lösen. Denn die Vertragsauflösung begründe den stärksten Eingriff in den Grundsatz der Vertragsbindung.[1642] Ein Vertrag, der durch die Einigung der Vertragsparteien entstanden ist, konnte also nur gemeinsam durch die Vertragsparteien oder mit Hilfe des Richters wieder aufgelöst werden.[1643] Der Grundsatz lautete : „nul ne peut se faire justice à soi-même."[1644] Dem Richter wurde somit gestattet, die Wesentlichkeit der Nichterfüllung zu überprüfen und darüber zu entscheiden, ob dem Schuldner eine Nachfrist zur Leistung einräumen werden soll.[1645] Die Befugnisse der Richter bleiben mit Art. 1228 Code civil gleich. Es besteht allerdings keine Pflicht mehr, den gerichtlichen Weg einzugehen. Auch wenn die gerichtliche Vertragsaufhebung weiterhin eine wichtige Rolle spielen mag, können die mit dem gerichtlichen Verfahren verbundenen Nachteile nicht geleugnet werden: schwerfällig, kostenintensiv, zeitaufwendig.[1646] Die Einführung der *einseitigen* Vertragsaufhebung könnte insoweit eine Verbesserung der Rechtslage ermöglichen, wenn der französische Gesetzgeber seine Meinung hinsichtlich die Vertragsänderung durch einseitige Bestimmung geändert und eine einfache Handhabung dieses Mechanismus ermöglicht hat.

---

seulement des dommages et intérêts. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 292: „Der Richter kann die Auflösung feststellen oder aussprechen, die Durchführung des Vertrags unter Einräumung einer Frist für den Schuldner anordnen oder ausschließlich Schadenersatz zusprechen."

[1637] Art. 1227 Code civil: La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 291: „In jedem Fall kann vor Gericht die Vertragsauflösung verlangt werden."

[1638] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 663 f.

[1639] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 665.

[1640] Zu dem Ursprung der gerichtlichen Vertragsaufhebung siehe *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 644; Commentaries on European Contract Laws/*Kleinschmidt*, Art. 9:303 Rn. 2.

[1641] Commentaries on European Contract Laws/*Kleinschmidt*, Art. 9:303 Rn. 2.

[1642] Zur Vertragsbindung siehe oben Kapitel 3 § 7 I.

[1643] Commentaries on European Contract Laws/*Kleinschmidt*, Art. 9:303 Rn. 2.

[1644] Commentaries on European Contract Laws/*Kleinschmidt*, Art. 9:303 Rn. 2.

[1645] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 644.

[1646] Commentaries on European Contract Laws/*Kleinschmidt*, Art. 9:303 Rn. 5.

2. Voraussetzungen der Vertragsaufhebung durch einseitige Aufhebungserklärung

Die Neuerung besteht in der Anerkennung der einseitigen Vertragsaufhebung, Art. 1226 Code civil[1647].

a) Wesentliche Nichterfüllung

Art. 1226 Abs. 1 Code civil setzt zunächst eine qualifizierte Nichterfüllung voraus. Dazu kann auf das oben Gesagte verweisen werden.[1648] Die europäischen und internationalen Regelwerke fordern grundsätzlich ebenfalls eine wesentliche Nichterfüllung (Art. 7.3.1 (1) UPICC, Art. 9:301 (1) PECL, Art. III.-3:502 (1) DCFR, Art. 114 Abs. 1 Gandolfi-Code). Ausnahmsweise reicht im Falle einer Verzögerung eine einfache Nichterfüllung aus (Art. 7.3.1 (3), 7.1.5 (3) UPICC, Art. 9:301 (2), 8:106 (3) PECL, Art. III.-3:503 DCFR). Allerdings bedarf es hierfür einer angemessenen Nachfrist. Die Bestimmung entspricht dem deutschen Lösungsweg der Nachfristsetzung und versucht hiermit, den Streit, ab wann eine Verspätung eine wesentliche Nichterfüllung darstellt, zu vermeiden.[1649]

b) Mahnung oder Dringlichkeit

Ferner muss der Gläubiger – außer bei Dringlichkeit – den Schuldner gemäß Art. 1226 Abs. 1 Code civil mahnen. Hier werden zahlreiche Anforderungen an die Mahnung gestellt: Die Mahnung muss den Hinweis beinhalten, dass der Gläubiger im Fall einer Nichterfüllung den Vertrag auflösen wird, Art. 1226 Abs. 2 Code civil. Leistet der Schuldner nicht, muss der Gläubiger die Aufhebung mitteilen und seine Entscheidung begründen, Art. 1226 Abs. 3 Code civil. Dem Schuldner ist es gestattet, jederzeit den Richter anzurufen und der Aufhebung zu widersprechen. In diesem Fall muss der Gläubiger beweisen, dass die Nichterfüllung erheblich war, Art. 1226 Abs. 4 Code civil.

[1647] Art. 1226 Code civil: Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 291: „Der Gläubiger kann auf eigene Gefahr den Vertrag durch Erklärung auflösen. Außer in dringenden Fällen muss er zuvor den säumigen Schuldner auffordern, innerhalb einer angemessenen Frist seiner Verpflichtung nachzukommen. Die Mahnung muss ausdrücklich bestimmen, dass der Gläubiger den Vertrag auflösen kann, wenn der Schuldner seiner Verpflichtung nicht nachkommt. Besteht die Pflichtverletzung fort, erklärt der Gläubiger dem Schuldner die Vertragsauflösung und teilt ihm die Gründe hierzu mit. Der Schuldner kann jederzeit die Gerichte anrufen, um sich gegen die Vertragsauflösung zu wehren. In diesem Fall muss der Gläubiger die Erheblichkeit der Pflichtverletzung darlegen."

[1648] Siehe oben Kapitel 4 § 10 II B.

[1649] Comment, Art. 7.1.5 UPICC; Note 2., Art. 8:106 PECL; Commentaries on European Contract Laws/*Kleinschmidt*, Art. 9:301 Rn. 12.

Diese Anforderungen ähneln den Voraussetzungen für die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung in § 326 Abs. 1 S. 1 BGB aF.[1650] Vor der Schuldrechtsmodernisierung musste die Erklärung des Gläubigers sowohl eine Nachfristsetzung als auch eine Ablehnungsandrohung beinhalten. Das Erfordernis einer Ablehnungsandrohung brachte die Bedeutung des Rücktritts zum Ausdruck und stellte eine zusätzliche Schwelle für den Rücktritt dar.[1651] Erforderlich war also, dass der Gläubiger klar und unzweifelhaft zum Ausdruck brachte, dass er nach Ablauf der Frist die Leistung nicht annehmen werde.[1652] Anders als nach der französischen Vorschrift musste der Gläubiger nicht zwingend angeben, welchen Rechtsbehelf er nach Fristenablauf geltend machen wollte.

Diese Bestimmung wurde im deutschen Recht mit der Schuldrechtsmodernisierung abgeschafft. Weder eine Ablehnungsandrohung noch eine Rücksichtsabsicht muss Inhalt der Fristsetzung sein. Die Schuldrechtskommission sah darin einen „Stolperstein" für Nichtjuristen.[1653] Denn vielen Laien war diese Voraussetzung unbekannt. Auch der Versuch, in die Nachfristsetzung eine Ablehnungsandrohung hineinzulesen, war nicht erfolgreich, da es den Ausgang der Prozesse unsicher machte.[1654] Heute reicht eine bestimmte und eindeutige Aufforderung zur Leistung innerhalb eines angemessenen Zeitraums, die erkennbar macht, dass es mit Fristablauf „ernst" wird.[1655] Die UPICC, die PECL und der DCFR sehen vom Erfordernis der Mahnung ab. Ist die Nichterfüllung wesentlich, darf der Gläubiger sich sofort vom Vertrag lösen.[1656] Hingegen verlangt der Gandolfi-Code die Mitteilung einer Rücktrittsabsicht mit der Fristsetzung, Art. 114 Abs. 1 Gandolfi-Code.

Der französische Gesetzgeber setzt insoweit eine zusätzliche Hürde, die formell und materiell anspruchsvoll ist. Die Vertragsaufhebung durch einseitige Erklärung wird dadurch erschwert und dem Rechtssuchenden nicht leicht zugänglich gemacht.

c) Fristsetzung

Es bedarf nach der französischen Regelung nicht nur einer Mahnung. Zusätzlich ist erforderlich, dass der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung setzt. Die Fristsetzung soll gleichzeitig mit der Mahnung erfolgen. Über den genauen Zeitrahmen gibt das Gesetz keine Hinweise. Die Beurteilung der Angemessenheit liegt in den Händen der Richter.

Der Gandolfi-Code legt hingegen eine Mindestgrenze fest. Gemäß Art. 114 Abs. 1 Gandolfi-Code darf die vom Gläubiger gesetzte Frist zur Leistung nicht weniger als

---

[1650] *Remien,* Leistungsstörungen nach der Réforme du droit des contrats, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 181, 193.
[1651] *Bundesminister der Justiz* (Hg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 167.
[1652] BGH, Urteil vom 6. Oktober 1976 - VIII ZR 66/75 = NJW 1977, 35; Palandt/*Heinrichs*, 61. Auflage, 2002, § 326 Rn. 18.
[1653] *Bundesminister der Justiz* (Hg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 167.
[1654] *Bundesminister der Justiz* (Hg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 167.
[1655] Palandt/*Grüneberg* BGB § 281 Rn. 9, § 323 Rn. 12 f.
[1656] Commentaries on European Contract Laws/*Kleinschmidt*, Art. 9:301 Rn. 12.

15 Tage betragen.[1657] Die UPICC, die PECL und der DCFR verlangen – ausschließlich – im Falle einer Verspätung anstelle der Wesentlichkeit der Nichterfüllung eine angemessene Nachfristsetzung (Art. 7.3.1 (3), 7.1.5 (3) UPICC, Art. 9:301 (2), 8:106 (3) PECL, Art. III.-3:503 DCFR). Sie geben jedoch genauso wenige Anhaltspunkte, wie diese Angemessenheit zu bestimmen ist. Die offiziellen Kommentare zu den PECL und dem DCFR schlagen vor, eine Einzelfallentscheidung zu treffen und sich an Kriterien zu orientieren. Herangezogen soll somit die ursprüngliche für die Erfüllung vorgesehene Zeit, das Bedürfnis der benachteiligten Partei an einer schnellen Erfüllung, die Natur der zu leistenden Güter, das Ereignis, welches die Verzögerung verursacht hat.[1658] Das deutsche Recht funktioniert ähnlich und verlangt vom Richter eine Einzelfallentscheidung unter Berücksichtigung aller Umstände der betroffenen Angelegenheit.[1659]

Ein Versuch, die Angemessenheit zu konkretisieren, kann in dem Vorschlag für ein Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEK) gefunden werden. Art. 135 Abs. 2 S. 2 GEK sieht nämlich für einen Verbrauchervertrag einen Zeitrahmen von mindestens 30 Tagen vor.[1660] Einen weiteren Maßstab sieht der Code de la consommation vor: Dem Verbraucher wird ein Rücktrittsrecht gewährt, wenn die Nachbesserung oder -lieferung innerhalb eines Monats nicht durchgeführt wurde, Art. L 217-10, 1° Code de la consommation.

Die Mindestgrenze im Gandolfi-Code, Code de la consommation und GEK mögen zwar die Voraussetzung der Angemessenheit konkretisieren und dadurch Rechtsklarheit schaffen. Allerdings können dabei die Elemente des Einzelfalles nicht ausreichend berücksichtigt werden. Eine feste Frist von 15 Tagen kann unter Umständen zu lang sein, ohne dass es sich zwingend um einen dringenden Fall handelt, der den Gläubiger ohnehin berechtigen würde, gemäß Art. 1226 Abs. 1 Code civil ohne Mahnung und Fristsetzung zurückzutreten. Die Verwendung objektiver Kriterien ermöglicht es, einen sachgerechten Zeitraum zu finden, der die Interessen beider Parteien wahrt.

Es stellt sich noch die Frage der Rechtsfolgen einer zu kurzen Nachfrist. Die französische Vorschrift schweigt hierzu. Das deutsche Recht, die UPICC, die PECL und der DCFR folgen derselben Lösung: Eine zu kurze Nachfrist führt nicht zur Unwirksamkeit der Fristsetzung, sondern sie setzt eine angemessene Nachfrist in Lauf.[1661] Eine andere Möglichkeit wäre, dem Schuldner ein Widerspruchsrecht zu gewähren. Bei einer unangemessenen kurzen Nachfrist müsste also der Schuldner

[1657] Siehe ausführlich dazu *Düchs,* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S. 250 ff.
[1658] Comment 5., Art. 8:106 PECL; Comment D., Art. III.-3:503 DCFR. Vgl. für die UPICC Commentary on PICC/*Schelhaas,* Art. 7.1.5 Rn. 21.
[1659] Palandt/*Grüneberg* BGB § 281 Rn. 10; MüKoBGB/*Ernst* BGB § 323 Rn. 71 ff.
[1660] Art. 135 Abs. 2 S. 2 GEK: Im Verhältnis zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher darf die Nachfrist nicht vor Ablauf von 30 Tagen gemäß Artikel 167 Absatz 2 enden.
[1661] MüKoBGB/*Ernst* BGB § 323 Rn. 79; Art. 7.1.5 (3) S. 2 UPICC; Art. 8:106 (3) S. 3 PECL; Art. III.-3:503 (2) DCFR. Siehe rechtsvergleichend Commentaries on European Contract Laws/*Kleinschmidt*, Art. 9:301 Rn. 44.

unverzüglich widersprechen, um die Nachfrist unwirksam zu machen. Diese Lösung ist in Art. 115 Abs. 2, 135 Abs. 2 GEK zu finden.

Das französische Recht setzt den Schwerpunkt auf die Wesentlichkeit der Nichterfüllung. Somit stellt sich die Frage nach der Angemessenheit der Fristsetzung nur subsidiär. Dennoch muss das Problem in Betracht gezogen werden. Die zweite vorgeschlagene Lösung hat den Vorteil, schnell Rechtsklarheit zu schaffen. Für die Vertragsparteien gilt dann nur das vom Gläubiger gesetzte Datum. Allerdings muss der Schuldner stets aufmerksam sein, um noch rechtzeitig handeln zu können[1662]. Zudem kann es zu Rechtsmissbräuchen führen, wenn ein Schuldner jeglicher vom Gläubiger gesetzter Frist widerspricht und so verhindert, dass sich der Gläubiger vom Vertrag löst. Diese Lösung bringt also Nachteile sowohl für den Gläubiger als auch für den Schuldner mit. Infolgedessen erscheint die erste Lösung interessengerechter.

d) Notifizierung nach Fristablauf

Letztlich verlangt Art. 1226 Abs. 3 Code civil, dass der Gläubiger dem Schuldner nach Fristablauf die Vertragsaufhebung notifiziert. Diese Erklärung muss begründet sein: Der Gläubiger ist verpflichtet, die Gründe anzugeben, die die Vertragsaufhebung rechtfertigen. Die Rechtsprechung hatte bisher vom Gläubiger nicht verlangt, dass er seine Entscheidung rechtfertigen muss.[1663] Der Gesetzgeber führte diese Voraussetzung ein, um das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner wieder auszugleichen.[1664] Der Gläubiger kann die Initiative ergreifen, sich vom Vertrag zu lösen. Im Gegenzug muss er seine Handlung rechtfertigen. Es werden zwar im Gesetzestext keine formellen Voraussetzungen an die Notifizierung geknüpft. Jedoch scheint die Schriftform am besten geeignet zu sein, die Anforderungen zu erfüllen.[1665]

Gemäß § 349 BGB erfolgt der Rücktritt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. Im Gegensatz zu der französischen Regelung ist sie grundsätzlich formfrei und kann ohne Angabe des Rücktrittsgrundes erfolgen.[1666] Die UPICC, die PECL und der DCFR setzen auch voraus, dass der Gläubiger seinen Rücktritt notifizieren muss (Art. 7.3.2 (1) UPICC, Art. 9:303 (1) PECL, Art. III.-3:507 (1) DCFR). Wie auch im deutschen Recht bedarf es weder der Schriftform noch der Angabe der Rücktrittsgründe. Erforderlich ist aber, dass der Rücktritt innerhalb einer angemessenen Frist ab Kenntnis der Nichterfüllung erklärt wird (Art. 7.3.2 (2) UPICC, Art. 9:303 (2) PECL, Art. III.-3:508 (1) DCFR). Nach deutschem Recht kann Verwirkung durch Zeitablauf nur dann eintreten, wenn der Gegner bei objektiver Be-

[1662] Commentaries on European Contract Laws/*Kleinschmidt*, Art. 9:301 Rn. 44.
[1663] Ausdrücklich abgelehnt in Chambre commerciale, 20. Juni 2006, Nr. 04.15-785.
[1664] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 659.
[1665] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 658 f.
[1666] Palandt/*Grüneberg* BGB § 349 Rn. 1; MüKoBGB/*Gaier* BGB § 349 Rn. 2, 5.

urteilung darauf vertrauen durfte, dass der Berechtigte sein Recht nicht mehr ausüben werde.[1667] Die französischen Richter werden in einem solchen Fall die *bonne foi* heranziehen.[1668]

Der Gandolfi-Code sieht vom Erfordernis einer Rücktrittserklärung ab. Der Vertrag wird somit automatisch aufgelöst, wenn nach Fristablauf der Schuldner nicht die Leistung erbracht hat, Art. 114 Abs. 1, 3 Gandolfi-Code. Eine automatische Vertragsauflösung ist in den UPICC, die PECL und dem DCFR als solche nicht vorgesehen. Vielmehr bedarf es auch im Falle einer Verzögerung und trotz Fristsetzung einer Aufhebungserklärung.[1669] Möglich ist aber, die Nachfristsetzung mit der automatischen Vertragsaufhebung zu verbinden, dass im Falle des erfolglosen Fristablaufs den Vertrag ohne weiteres aufgehoben wird.[1670] Ausnahmsweise sehen die PECL und der DCFR die Entbehrlichkeit einer Aufhebungserklärung vor: Ist die Partei durch ein vollständiges und dauerhaftes Leistungshindernis entschuldigt, so ist der Vertrag ohne Erklärung zum Zeitpunkt des Eintritts des Hinderungsgrundes aufgehoben (Art. 9:303 (4) iVm 8:108 PECL, Art. III.-3:104 (4) DCFR). Diese Ausnahme wird ausführlich im nächsten Abschnitt zur *force majeure* dargestellt.[1671]

Erneut knüpft das französische Recht an ein Tatbestandsmerkmal viele Voraussetzungen. Die anderen untersuchten Rechtsquellen begnügen sich mit einer formfreien Auflösungserklärung. Sowohl die formelle Anforderung als auch die Begründungspflicht im französischen Recht erschweren den Vorgang und wirken für den Gläubiger abschreckend.

e) Stellungnahme

Die zahlreichen Anforderungen (erhebliche Nichterfüllung, angemessene Fristsetzung, Mahnung mit Hinweis auf Rücktrittsabsicht, begründete Notifizierung) bringen das Misstrauen Frankreichs gegenüber der einseitigen Vertragsaufhebung zum Ausdruck und schwächen dabei das Recht des Gläubigers.[1672] Sie stellen unnötige Hürden für die Ausübung dieses Rechtsbehelfs auf und verhindern dadurch, dass die Vertragsparteien die Vertragsaufhebung durch einseitige Erklärung als eine ernste Lösung in Betracht ziehen. Sie erfordern zudem eine umfassende Aufklärung des Gläubigers über die formellen und materiellen Voraussetzungen, die in der Praxis nicht ohne weiteres möglich ist. Die Erfahrung Deutschlands bezüglich der Ablehnungsandrohung hätte den französischen Gesetzgeber auf die Konsequenzen der Einführung einer begründeten Mahnung und eines Hinweises auf die Rücksichtsabsicht aufmerksam machen sollen.

Der französische Gesetzgeber hätte sich auf *eine* dem Rücktritt einschränkende Voraussetzung beschränken sollen. Der französische Gesetzgeber hätte somit dem

[1667] MüKoBGB/*Gaier* BGB § 349 Rn. 8.
[1668] Zum Grundsatz der *bonne foi* siehe oben Kapitel 2 § 4 I A 2.
[1669] Commentaries on European Contract Laws/*Kleinschmidt*, Art. 9:301 Rn. 47.
[1670] Art. 7.1.5 (3) S. 3, Art. 8:106 (3) S. 2 PECL, Comment E., Art. III.-3:503 DCFR.
[1671] Siehe Kapitel 4 § 11 II C.
[1672] Vgl. Commentaries on European Contract Laws/*Kleinschmidt*, Art. 9:301 Rn. 10.

deutschen Modell folgen können und sich auf das Erfordernis der Fristsetzung und der Rücktrittserklärung beschränken können. Möglich wäre auch, die Lösung der Regelwerke in Betracht zu ziehen und damit eine wesentliche Nichterfüllung und eine Rücktrittserklärung zu verlangen. Da der französische Gesetzgeber die Erfüllung aller möglichen Merkmale verlangt, ist es nicht zu erwarten, dass die einseitige Vertragsaufhebung jeweils der gerichtlichen Vertragsaufhebung bevorzugt wird.

3. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen der Vertragsaufhebung sind in Art. 1229 f. Code civil geregelt. Die Vertragsaufhebung beendet also den Vertrag. Die französische Formulierung ähnelt dem Wortlaut des Art. III.-3:509 (1) DCFR. Der Zeitpunkt der Wirkung der Vertragsaufhebung wird in Art. 1229 Abs. 2 Code civil[1673] festgelegt, wobei sowohl die Parteien als auch der Richter frei bleibt, einen anderen Zeitpunkt auszuwählen. Infolgedessen entfaltet die Aufhebung nur dann Rückwirkung, wenn die Parteien oder der Richter dies dementsprechend entscheiden.[1674] Diese Lösung steht im Einklang mit der europäischen und internationalen Tendenz. Auch dort wirkt die Vertragsaufhebung grundsätzlich nur in die Zukunft.[1675]

Dies bedeutet allerdings nicht, dass keine Rückabwicklung des Vertrags stattfindet.[1676] Im französischen Recht muss in diesem Zusammenhang zwischen *résolution* und *résiliation* unterschieden werden. Von ersterer wird dann gesprochen, wenn die Parteien alle ausgetauschten Leistungen herausgeben müssen, weil die Leistungen nur bei vollständiger Erfüllung des Vertrags ihren Zweck erreicht hätten (Art. 1229 Abs. 3 S. 1 Code civil[1677]). Eine *résiliation* betrifft hingegen den Fall, in dem die Leistungen im Laufe der wechselseitigen Erfüllung des Vertrags ihren Zweck erreicht haben und somit die Parteien keine Rückerstattung vornehmen müssen (Art. 1229 Abs. 3 S. 2 Code civil[1678]). Die UPICC trennen indes zwischen Verträgen *to be performed at one time* (Art. 7.3.6 UPICC), für welche die Parteien das

[1673] Art. 1229 Abs. 2 Code civil: La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 292: „Die Auflösung wird je nach Fall entweder zu dem Zeitpunkt wirksam, den die Auflösungsklausel vorsieht, oder am Tage des Zugangs der Auflösungserklärung des Gläubigers beim Schuldner, an einem vom Gericht bestimmten Tag oder in dessen Ermangelung am Tage der Klageerhebung."

[1674] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 669; *Chantepie,* Contrat: effets, Répertoire de droit civil, Rn. 278. Zu dem Streit über die Rückwirkung der Vertragsaufhebung siehe *Chantepie,* Contrat: effets, Répertoire de droit civil, Rn. 278.

[1675] Art. 7.3.5 (1) UPICC; Art. 9:305 (1) PECL; Art. III.-3:509 (1) DCFR; Art. 114 Abs. 5 Gandolfi-Code; § 346 BGB. Siehe auch Comment C., Art. III.-3:509 DCFR; *Huber* in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts, S. 1692.

[1676] Commentaries on European Contract Laws/*Hellwege*, Art. 9:305 Rn. 10

[1677] Art. 1229 Abs. 3 S. 1 Code civil: Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 292: „Wenn die bereits ausgetauschten Leistungen ihren Zweck nur bei vollständiger Erfüllung des aufgelösten Vertrags finden, haben sich die Parteien alle ausgetauschten Leistungen zurückzuerstatten."

[1678] Art. 1229 Abs. 3 S. 2 Code civil: Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie; dans ce cas, la résolution est qualifiée

Erlangte vollständig zurückgeben müssen, und Langzeitverträgen (Art. 7.3.7 UPICC), für welche nur das ab dem Zeitpunkt der Vertragsaufhebung Erlangte zurückerstattet werden muss. Ähnlich hierzu unterscheidet das deutsche Recht zwischen Kündigung und Rücktritt. Die Kündigung ähnelt der *résiliation* und betrifft die Beendigung von in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen (§ 314 BGB).[1679] Der Rücktritt (§ 323 BGB) ist vergleichbar mit der *résolution* und ist auf alle gegenseitigen Verträge außer Dauerschuldverhältnissen anwendbar.[1680] Die Kündigung wirkt wie den Rücktritt nur für die Zukunft.[1681] Im Gegensatz zu den Rücktritt begründet die Kündigung kein Rückabwicklungsverhältnis, sodass die erbrachten Leistungen nicht zurückgewährt werden müssen.[1682]

Die unterschiedlichen Herangehensweisen gelangen letztlich zu demselben Ergebnis. Nur nehmen die UPICC und das deutsche Recht eine Kategorisierung der Verträge vor, verwenden also ein objektives Kriterium, die Art der vereinbarten Leistung, während der Code civil nach dem Interesse des Gläubigers unterscheidet und ein subjektives Kriterium zugrunde legt.

Für die Rückabwicklung des Vertrags verweist Art. 1229 Abs. 4 Code civil auf die Art. 1352 ff. Code civil. Dieser neueingefügte Abschnitt regelt ein einheitliches Rückabwicklungssystem. Gleichgültig, ob der Vertrag nichtig, hinfällig oder aufgehoben ist, es werden dieselben Regelungen angewendet. Dies ist eine bedeutsame Neuerung, die der internationalen und europäischen Tendenz folgt. Diese setzte in den vergangenen zwanzig Jahren ein und gewinnt immer mehr an Bedeutung.[1683] Eine einheitliche Lösung hat einige Vorteile. Erstens verursachen unterschiedliche Rückabwicklungsregeln für den Rücktritt und die Nichtigkeit Schwierigkeiten hinsichtlich des Verhältnisses zwischen ihnen, die durch einheitliche Rückabwicklungsregeln vermieden werden.[1684] Zweitens gehen die Ziele der Rückabwicklung bei nichtigen, hinfälligen oder aufgehobenen Verträgen in dieselbe Richtung: zur Korrektur fehlgeschlagener Vermögensverschiebungen und zur Wiederherstellung des *status quo ante contractus*.[1685]

Das beste Beispiel hierfür gibt Art. 160 Gandolfi-Code, der ein einheitliches Rückabwicklungssystem zugrunde legt. Die Auflage der UPICC von 2010 hat auch einen Schritt in diese Richtung gemacht. Zwar trennt das Regelwerk immer noch zwi-

---

de résiliation. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 292: „Wenn die bereits ausgetauschten Leistungen ihren Zweck im Verlaufe der wechselseitigen Vertragserfüllung erreicht haben, findet keine Rückgewähr von Leistungen statt, die vor der letzten ohne Gegenleistung erbrachten Leistung erbracht wurden; in diesem Fall tritt die Kündigung an die Stelle der Vertragsauflösung."

[1679] MüKoBGB/*Gaier* BGB § 314 Rn. 3.

[1680] Palandt/*Grüneberg* BGB § 323 Rn. 3.

[1681] MüKoBGB/*Gaier* BGB vor § 346 Rn. 17.

[1682] MüKoBGB/*Gaier* BGB § 314 Rn. 34

[1683] M.w.N. Commentaries on European Contract Laws/*Hellwege*, Introduction before Art. 9:305 Rn. 23.

[1684] Commentaries on European Contract Laws/*Hellwege*, Introduction before Art. 9:305 Rn. 19 f.; *Meier,* RabelsZ 80 (2016), 851, 860 ff., 883 f.

[1685] Commentaries on European Contract Laws/*Hellwege*, Introduction before Art. 9:305 Rn. 28; *Meier,* RabelsZ 80 (2016), 851, 873.

schen der Rückabwicklung bei Nichtigkeit und bei Vertragsaufhebung. Jedoch lauten Art. 3.2.15 UPICC und Art. 7.3.6 UPICC gleich.[1686] Auch auf nationaler Ebene ist diese Tendenz erkennbar.[1687] Die PECL, der DCFR und das deutsche trennen allerdings weiterhin nach der Art der Pflichtverletzung.[1688] In dieser Hinsicht hat es der französische Gesetzgeber also geschafft, ein Vorbild für weitere Reformen des Schuldrechts auf europäischer wie auf internationaler Ebene zu sein.[1689]

Wichtig ist noch die Ergänzung in Art. 1230 Code civil[1690], nach der Streitbeilegungsklauseln, Verschwiegenheits- und Wettbewerbsverbotsklauseln auch nach dem Rücktritt gelten sollen. Diese Bestimmung findet sich in den europäischen und internationalen Regelwerken wieder (Art. 7.3.5 (3) UPICC, Art. 9:305 (2) PECL, Art. III.-3:509 (2) DCFR). Ähnlich hierzu regelt § 1040 Abs. 1 S. 2 ZPO, dass die in einen Vertrag aufgenommene Schiedsvereinbarung als eine von den übrigen Vertragsbestimmungen unabhängige Vereinbarung zu behandeln ist.[1691] Das Schiedsgericht bleibt insoweit auch bei Rücktritt, Kündigung oder Anfechtung des Hauptvertrags zur Entscheidung berufen.

Nach jeder untersuchten Rechtsquelle bleibt neben der Vertragsaufhebung das Recht unberührt, Schadensersatz zu verlangen.

F. Schadensersatz

Der Schadensersatz wird im letzten Unterabschnitt geregelt (Art. 1231–1231-7 Code civil). Durch die *ordonnance* vom 10. Februar 2010 erfolgten lediglich rein formale Änderungen. Die Reform des vertraglichen Schadensersatzes könne nämlich nicht ohne gleichzeitige Modernisierung des außervertraglichen Schadensersatzes durchgeführt werden.[1692] Die kommende Reform der *responsabilité civile* wird sich damit befassen und aus beiden Haftungsarten eine einzige machen. Der Hintergrund hierfür ist der jahrelange Streit, ob die vertragliche Haftung eine „echte" Haftung ist oder ob es sich um eine Vertragserfüllung durch Ersatzleistung handelt.[1693]

[1686] Commentaries on European Contract Laws/*Hellwege*, Introduction before Art. 9:305 Rn. 26.
[1687] Siehe zum Entwurf der Reform des schweizerischen Obligationsrechts *Meier,* RabelsZ 80 (2016), 851 ff.
[1688] Siehe dazu Commentaries on European Contract Laws/*Hellwege*, Introduction before Art. 9:305 Rn. 25 f.
[1689] Vgl. *Meier,* RabelsZ 80 (2016), 851, 885 f.
[1690] Art. 1230 Code civil: La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 292: „Die Auflösung berührt weder Streitbeilegungsklauseln noch Klauseln, die auch im Fall der Auflösung wirken sollen, insbesondere Verschwiegenheits- und Wettbewerbsverbotsklauseln."
[1691] OLG Hamburg, Beschluss vom 21. Dezember 2012 - 6 Sch 19/12 = SchiedsVZ 2013, 180 181; Musielak/Voit/*Voit* ZPO § 1040 Rn. 4.
[1692] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[1693] Siehe dazu *Brieskorn,* Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, S. 16 ff.; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 700 ff.; *Tallon*, RTD Civ. 1994, 223 ff.; ders., Pourquoi parler de faute contractuelle ?, in: Mélanges Cornu, 1994, S. 429 ff.; *Rémy,* RTD civ. 1997, 323 ff. Siehe auch Kapitel 4 § 11 I A 3.

Da die alten Artikel mit kleinen Anpassungen lediglich übernommen wurden,[1694] bedarf dies keiner vertieften Untersuchung.[1695] Zudem kann jeder Einfluss europäischen oder internationalen Rechts abgesprochen werden.[1696] Für einen Schadensersatzanspruch ist gemäß Art. 1231-1 Code civil[1697] (Art. 1147 Code civil aF) zunächst erforderlich, dass eine *einfache* Nichterfüllung oder eine verspätete Erfüllung vorliegt. Aufgrund der Nichterfüllung oder der verspäteten Leistung muss ein direkter und bei Vertragsschluss vorgesehener oder vorhersehbarer Schaden entstanden sein, Art. 1231-3[1698], 1231-4[1699] Code civil (Art. 1150 f. Code civil aF). Eine Ausnahme davon wird bei grobem Verschulden oder Arglist gemacht. Gemäß Art. 1231-2 Code civil[1700] (Art. 1149 Code civil aF) besteht der zu ersetzende Schaden im Verlust, den der Gläubiger erlitten hat, und dem entgangenen Gewinn. Um die Höhe des Schadensersatzanspruchs zu ermitteln, wird der aktuelle Zustand mit dem Zustand bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung verglichen.[1701]

Der Schadensersatzanspruch kann erst dann geltend gemacht werden, wenn der Schuldner gemahnt wurde, innerhalb einer angemessenen Frist zu leisten, es sei denn, die Nichterfüllung ist endgültig, Art. 1231 Code civil[1702] (Art. 1146 Code civil aF). Der Hintergrund dieser Regelung ist eine Entscheidung der *Cour de cassation* vom 6. Juli 2007.[1703] Es war nämlich vor der Reform umstritten, wann eine

---

[1694] Siehe zum Beispiel wortgleich Art. 1231-3 Code civil und Art. 1150 Code civil aF.
[1695] Zur alten Rechtslage siehe die rechtsvergleichende Arbeit *Brieskorn,* Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, 2010.
[1696] Auch so *Remien,* Leistungsstörungen nach der Réforme du droit des contrats, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 181, 194 f.
[1697] Art. 1231-1 Code civil: Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 293: „Der Schuldner ist zur Zahlung von Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder wegen verzögerter Leistung zu verurteilen, wenn er nicht beweisen kann, dass die Leistungserbringung durch höhere Gewalt verhindert wurde."
[1698] Art. 1231-3 Code civil: Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 293: „Der Schuldner ist nur zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, dessen Eintrittsmöglichkeit bei Vertragsschluss vorhergesehen wurde oder hätte vorhergesehen werden können, es sei denn die Nichterfüllung beruht auf grobem Verschulden oder Arglist."
[1699] Art. 1231-4 Code civil: Dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution. Übersetzung: Auch wenn die Nichterfüllung des Vertrages auf grobe Fahrlässigkeit oder Arglist zurückzuführen ist, umfasst der Schadenersatz nur die unmittelbare und direkte Folge der Nichterfüllung.
[1700] Art. 1231-2 Code civil: Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 293: „Der dem Gläubiger zu ersetzendem Schaden besteht generell im Verlust, den er erlitten, und dem Gewinn, der ihm entgangen ist, sofern die nachfolgenden Ausnahmen und Modifikationen nichts anderes bestimmen."
[1701] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 709.
[1702] Art. 1231 Code civil: A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 293: Sofern die Nichterfüllung nicht endgültig ist, wird Schadenersatz erst dann fällig, wenn der Schuldner zuvor gemahnt wurde, wenn er nicht beweisen kann, dass die Leistungserbringung durch höhere Gewalt verhindert wurde.
[1703] Chambre mixte, 6. Juli 2007, Nr. 06-13.823.

Mahnung bei Schadensersatzansprüchen erforderlich war. Die *chambre commerciale* verlangte eine Mahnung sowohl für die Schadensersatzansprüche bei Nichtleistung als auch bei Verzug.[1704] Die *première chambre civile* gab ersterer auch ohne Mahnung statt.[1705] Die *chambre mixte* folgte der *première chambre civile* und verneinte das Erfordernis einer Mahnung, wenn die Nichterfüllung *acquise* – d. h. gegeben, festehend – war und dem Gläubiger ein Schaden entstanden ist.[1706] Weil das Wort *acquise* zu unbestimmt war, entschied sich der Gesetzgeber für *définitive.*[1707] In diesem Sinne ist eine Mahnung nicht erforderlich, wenn die Leistung unmöglich geworden ist oder die Leistung das Interesse des Gläubigers nicht mehr befriedigen kann.[1708] Betroffene Fallgruppen sind somit unter anderem die Nichterfüllung bei absoluten Fixgeschäften und die Verletzung von Nebenpflichten. Auch nach deutschem Recht ist eine Fristsetzung in solchen Fällen unerheblich (§§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB und §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB).

Wenn der Schuldner jedoch den Nachweis erbringen kann, dass die Leistungserbringung aufgrund der *force majeure* verhindert wurde, ist er entschuldigt und wird nicht zur Zahlung verpflichtet.[1709]

[1704] Chambre commerciale, 28. Mai 1995, Nr. 94-17.076, Bull. civ. IV, Nr. 145, S. 127; Chambre commerciale, 16. Juni 2004, Nr. 02-20.480; Chambre commerciale, 4. Oktober 2005, Nr. 04-10.867.
[1705] 1ère Civile, 6. Mai 2003, Nr. 00-17.383.
[1706] Chambre mixte, 6. Juli 2007, Nr. 06-13.823.
[1707] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 676.
[1708] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 676.
[1709] Siehe dazu unten Kapitel 4 § 11 C.

§ 11 Die *force majeure* als Entschuldigungsgrund nach Art. 1218 Code civil

Art. 1218 Code civil[1710] regelt die Exkulpation wegen *force majeure*. Die Nichterfüllung des Schuldners ist demnach entschuldigt, wenn er nachweisen kann, dass er aufgrund eines Falles der *force majeure* verhindert wurde. Vor der französischen Reform war die Rechtslage diesbezüglich besonders umstritten: Weder über die Voraussetzungen noch über die Rechtsfolgen des Rechtsinstituts bestand Konsens. Es stellt sich somit die Frage, wie der Gesetzgeber den Streit gelöst hat und ob nun Art. 1218 Code civil eine Antwort auf alle offenen Fragen gibt.

Auch die Autoren der Regelwerke stießen auf Schwierigkeiten, als es darum ging, die *force majeure* zu regeln.[1711] Da die nationalen Rechtsordnungen über unterschiedliche Lösungswege verfügten, war die Erarbeitung einer allgemein geltenden Norm kompliziert. Als Beispiel hierfür kann die deutsche und französische Rechtslage herangezogen werden. Die *force majeure* ist ein bekanntes Rechtsinstrument des Code civil, ganz im Gegensatz zum deutschen Recht, das die Unmöglichkeit und das Verschuldensprinzip zugrunde legt und in dem die höhere Gewalt nur in Nebenvorschriften auftaucht.[1712]

Gerade aufgrund dieser Unterschiede ist der Rechtsvergleich besonders lehrreich. Nach einem Überblick über die frühere französische Rechtslage (I.) wird in einem zweiten Schritt die neue Rechtslage im Rechtsvergleich dargestellt (II.).

I. Die französische Rechtslage vor der Reform

Der langjährige Streit um die Voraussetzungen (A.) und um die Rechtsfolgen (B.) im früheren Recht findet sich in den Gesetzesvorschläge *Catala* und *Terré* wieder (C.).

A. Der Streit um die Voraussetzungen der *force majeure*

Vor der Reform war die Rechtslage bezüglich des Grundsatzes der *force majeure* unübersichtlich. Art. 1147 Code civil aF besagte, dass sich der Schuldner unter

---

[1710] Art. 1218 Code civil: Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 288: „Im Bereich des Vertragsrechts ist vom Vorliegen von höherer Gewalt auszugehen, wenn ein Ereignis, das außerhalb der Kontrolle des Schuldners liegt, das bei Vertragsschluss vernünftigerweise nicht vorhersehbar war und dessen Auswirkungen durch angemessene Maßnahmen nicht verhindert werden konnten, den Schuldner an der Erfüllung seiner Verpflichtung hindert. Ist das Hindernis nur vorübergehend, ist die Vertragspflicht ausgesetzt, es sei denn, die hierdurch resultierende Verspätung würde zur Vertragsaufhebung berechtigen. Ist es endgültig, ist der Vertrag von Rechts wegen aufgehoben und die Parteien sind von ihren Vertragspflichten nach Maßgabe der in der Art. 1351 und 1351-1 niedergelegten Voraussetzungen befreit."

[1711] Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 2.

[1712] *Weick,* ZEuP 2014, 281, 285.

Nachweis einer *cause étrangère* von seiner Haftungspflicht befreien konnte. Art. 1148 Code civil aF ergänzte, welche *cause étrangère* zur Entlastung des Schuldners führen konnte, nämlich die *force majeure* und der *cas fortuit*.

Die *force majeure* war also in Art. 1148 Code civil aF erwähnt, ohne näher definiert zu werden. Zudem führte die Abgrenzung zum *cas fortuit* und zur *cause étrangère* zu Schwierigkeiten. Die Literatur versuchte, taugliche Abgrenzungskriterien vorzuschlagen.[1713] Da allerdings die Autoren des Code civil von 1804[1714] sowie die Rechtsprechung[1715] die Rechtsbegriffe als Synonyme verwendeten, kam auch die Literatur letztlich zum Ergebnis, dass beide Begriffe als synonym verstanden werden mussten.[1716]

Traditionell war die *force majeure* als ein von außen kommendes (*extériorité*), unvorhersehbares (*imprévisible*) und unvermeidbares (*irrésistible*) Ereignis definiert.[1717] Die Einzelheiten dieser Tatbestandsmerkmale waren allerdings lange Zeit umstritten.[1718]

1. Erfordernis der Unvorhersehbarkeit?

Ob das Kriterium der Unvorhersehbarkeit vorauszusetzen war, handhabte die Rechtsprechung der *Cour de cassation* nicht einheitlich. Entgegen der traditionellen dreigliedrigen Definition der *force majeure* ließen die *première chambre civile* und die *chambre commerciale* die Unvermeidbarkeit ausreichen. Vielmehr wurde die Unvorhersehbarkeit als ein Indiz für die Unvermeidbarkeit betrachtet.[1719] Ein Ereignis, das zwar vorhersehbar, allerdings unausweilich war, erfüllte nach ihrer Meinung die Anforderungen der *force majeure*.[1720] Ist der Schuldner eine ältere Person und wird sie krank, ist die Krankheit zwar nicht unvorhersehbar, jedoch unvermeidbar. Dies würde nach der Rechtsprechung der *première chambre civile* und der *chambre commerciale* genügen, um einen Fall der *force majeure* anzunehmen.[1721]

[1713] Siehe zum Beispiel *Thaller,* Traité élémentaire de droit commercial, Rn. 1007; *Bourgoin,* Essai sur la distinction du cas fortuit et de la force majeure, 1902. Beide verwenden das Erfordernis der *extériorité* als Abgrenzungskriterium. Zudem sei nur die *force majeure* ein Entschuldigungsgrund. Der Schuldner sei hingegen für den *cas fortuit* haftbar. Siehe Essai sur la distinction du cas fortuit et de la force majeure, S. 114 f.

[1714] Siehe Art. 1148 aF, 1302 aF, 1722, 1733, 1929, 1934 Code civil.

[1715] Ständige Rechtsprechung: 1ère Civile, 29. Oktober 1985, Nr. 83-17.091, Bull. civ. I, Nr. 273, S. 244: „La force majeure ou le cas fortuit suppose nécessairement un événement extérieur à l'activité du débiteur de l'obligation." Übersetzung: Höhere Gewalt oder zufälliges Ereignis bedeutet zwangsläufig ein Ereignis außerhalb der Tätigkeit des Schuldners der Verpflichtung.

[1716] Dazu *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 581; *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 5; *Antonmattei,* Contribution à l'étude de la force majeure, Rn. 36 f.

[1717] *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 21.

[1718] Zum Folgenden: *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 618; *Flour/Aubert/Savaux,* Les obligations, Vol. 3, Rn. 221; *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 21 ff.

[1719] *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 22.

[1720] Chambre commerciale, 1. Oktober 1997, Nr. 95-12.435, Bull. civ. IV, Nr. 240, S. 209; 1ère Civile, 9. März 1994, Nr. 91-17.459, Bull civ. 1994 I, Nr. 91, S. 70: „si l'irrésistibilité de l'événement est, à elle seule, constitutive de la force majeure, lorsque sa prévision ne saurait permettre d'en empêcher les effets"; 1ère Civile, 6. November 2002, Nr. 99-21.203, Bull. civ. 2002 I, Nr. 258, S. 201: „la seule irresistibilité de l'événement caractérise la force majeure."

[1721] So 1ère Civile, 6. November 2002, Nr. 99-21.203, Bull. civ. 2002 I, Nr. 258, S. 201.

Um die Lösungen zu vereinheitlichen, wurde die *Assemblée plénière* angerufen. Diese besondere Kammer der *Cour de cassation* besteht gemäß Art. L 421-5 Code de l'organisation judiciaire aus 19 Mitgliedern (dem ersten Präsidenten und drei Vertretern der sechs Kammern der *Cour de cassation*) und ist gemäß Art. L 431-6 Code de l'organisation judiciaire dafür zuständig, grundlegende zwischen den Kammern streitige Fragen durch Grundsatzentscheidungen zu beantworten. Die *Assemblée plénière* musste im Jahre 2006 in zwei Fällen über die Eigenschaften der *force majeure* entscheiden.[1722] Eines der Urteile hatte einen vertragsrechtlichen Streit zum Gegenstand[1723], das andere betraf die Frage der außervertraglichen Haftung.[1724] Allerdings war das Ergebnis enttäuschend, da viele Fragen offenblieben.[1725] Insbesondere wurde weder für das Vertragsrecht noch für das Deliktsrecht entschieden, ob das Kriterium der Unvorhersehbarkeit erforderlich war.[1726] Die *Assemblée plénière* entschied nur, dass ein unvermeidbares und unvorhersehbares Ereignis als ein Fall der *force majeure* gilt, was jedoch allgemein bekannt und nicht in Frage gestellt worden war.[1727]

Im Jahre 2008 entschied die *première chambre civile* für das Vertragsrecht abweichend von ihrer bisherigen Rechtsprechung, dass beide Elemente vorliegen mussten, um einen Fall der *force majeure* annehmen zu können.[1728] Dies reichte jedoch nicht aus, um die Streitigkeiten zu beenden. Denn ein weiteres Tatbestandsmerkmal war ebenfalls umstritten.

2. Erfordernis des äußeren Ursprungs?

Unklar war zudem, wie das Kriterium der *extériorité* zu verstehen und ob es überhaupt erforderlich war.[1729] Vor der Reform war das Merkmal nur punktuell beachtlich.[1730] Auch im Urteil der *Assemblée plénière* von 2006 tauchte diese Voraussetzung im Leitsatz nicht auf.[1731]

[1722] Assemblée plénière, 14. April 2006, Nr. 02-11.168 und 04-18.902, Bull. 2006 Assemblée plénière, Nr. 5, S. 9, Nr. 6, S. 12.
[1723] Assemblée plénière, 14. April 2006, Nr. 02-11.168, Bull. 2006 Assemblée plénière, Nr. 5, S. 9.
[1724] Assemblée plénière, 14. April 2006, Nr. 04-18.902, Bull. 2006 Assemblée plénière, Nr. 6, S. 12.
[1725] *Jourdain,* D. 2006, 1577 ff.
[1726] *Jourdain,* D. 2006, 1577 ff.
[1727] Assemblée plénière, 14. April 2006, Nr. 02-11.168, Bull. 2006 Assemblée plénière, Nr. 5, S. 9: „Mais attendu qu'il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit; qu'il en est ainsi lorsque le débiteur a été empêché d'exécuter par la maladie, dès lors que cet événement, présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure"; Assemblée plénière, 14. April 2006, Nr. 04-18.902, Bull. 2006 Assemblée plénière, Nr. 6, S. 12: „Si la faute de la victime n'exonère totalement le gardien qu'à la condition de présenter les caractères d'un événement de force majeure, cette exigence est satisfaite lorsque cette faute présente, lors de l'accident, un caractère imprévisible et irrésistible."
[1728] 1ère Civile, 30. Oktober 2008, Nr. 07-17.134, Bull. Civ. 2008 I, Nr. 243: „seul un événement présentant un caractère imprévisible, lors de la conclusion du contrat, et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure."
[1729] Ausführlich hierzu siehe *Antonmattei,* Contribution à l'étude de la force majeure, Rn. 33 ff.
[1730] *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 26. Siehe m.w.N. *Boucard,* Responsabilité contractuelle, Répertoire de droit civil, Rn. 349.
[1731] Siehe Kapitel 4 § 11 I A 1.

Gemäß Art. 1147 Code civil aF war es erforderlich, dass die Nichterfüllung auf eine *cause étrangère* zurückging, die dem Schuldner nicht zugerechnet werden konnte. Daraus entstand das Erfordernis des äußeren Ursprungs als Merkmal der *force majeure.*[1732] Infolgedessen wurde in den ersten Entscheidungen eine enge Auslegung vorgenommen und jedem „internen" Hinderungsgrund des Schuldners die Eigenschaft einer *force majeure* versagt.[1733] Im Laufe der Zeit änderte sich das Verständnis. Grund dafür war, dass die Rechtsprechung auch Ursachen, die ihren Ursprung im Machtbereich des Schuldners hatten, als taugliche Ereignisse für die *force majeure* ansah (Arbeitskämpfe,[1734] Arbeitslosigkeit[1735] und letztlich auch Krankheit[1736]). Infolgedessen war nach der damaligen Rechtsprechung die *extériorité* keine eigenständige Voraussetzung.[1737] Vielmehr war sie nur :

> „la traduction, en négatif, et au regard des caractères de la force majeure, de l'existence positive des diverses responsabilités (délictuelle ou contractuelle) du fait d'autrui et du fait des choses."[1738]

Das Merkmal spielte also nur dann eine Rolle, wenn es darum ging, die Verantwortlichkeit des Schuldners bei der Haftung für das Verhalten eines Dritten oder bei der Gefährdungshaftung zu ermitteln.[1739] Somit verneinten einige Stimmen in der Literatur die Erforderlichkeit des Merkmals.[1740] Allerdings hielt die Rechtsprechung am Kriterium der *extériorité* fest und sie setzte die Trilogie sowohl für das Vertragsrecht als auch für das Deliktsrecht als Tatbestandsvoraussetzung der *force majeure* wieder ein.[1741]

3. Eine Definition für zwei Haftungsarten?

Der Streit um die Voraussetzungen war darauf zurückzuführen, dass die *Cour de cassation* stets versuchte, die vertragliche und die außervertragliche *force majeure*

[1732] *Jourdain,* RTD civ. 1994, 873.
[1733] Chambre des requêtes, 15. Juni 1911, DP 1912. 1. 181.
[1734] 1ère Civile, 24. Januar 1995, Nr. 92-18.227, Bull. civ. I, Nr. 54 S. 38; 1ère Civile, 11 juin 1996, nº 94-14.124, Bull. civ. I, Nr. 242, S. 170.
[1735] 3ème Civile, 19. April 1972, Nr. 71-10.505, Bull. des arrêts Cour de Cassation Chambre civile 3, Nr. 247, S. 177; 3ème Civile, 10. April 1975, Nr. 74-10.379, Bull. civ. III, Nr. 115, S. 87.
[1736] Assemblée plénière, 14. April 2006, Nr. 04-18.902, Bull. 2006 Assemblée plénière, Nr. 6, S. 12.
[1737] *Jourdain,* D. 2006, 1577; *ders.,* RTD civ. 1994, 873.
[1738] Rapport du conseiller rapporteur M. Petit concernant l'arrêt d'Assmblée plénière du 14 avril 2006. Übersetzung: die Umsetzung, im Negativen und im Hinblick auf die Merkmale der höheren Gewalt, der positiven Existenz der verschiedenen Haftungen (deliktisch oder vertraglich) für Handlungen von Dritten und für das Halten von Sachen.
[1739] *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 28; *Antonmattei,* Contribution à l'étude de la force majeure, Rn. 41.
[1740] *Jourdain,* D. 2006, 1577; *ders.,* RTD civ. 1994, 873; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 582
[1741] Sociale, 23. Mai 2017, Nr. 15-27.175; 3ème Civile, 15. Oktober 2013, Nr. 12-23.126; Chambre commerciale, 30. Mai 2012, Nr, 10-17.803 und 10-18.527; Sociale, 16. Mai 2012, Nr. 10-17.726, Bull. civ. 2012 V, Nr. 15; 3ème Civile, 17. Februar 2010, Nr. 08-20.943, Bull. civ. 2010 III, Nr. 47; 3ème Civile, 26. Mai 2009, Nr. 08-15.579; Sociale, 19. Juni 2007, Nr. 06-44.236.

gleichzusetzen.[1742] Da es keine Vorschrift für die außervertragliche *force majeure* gab, orientierte sich die Rechtsprechung an den Art. 1147, 1148 Code civil aF.[1743]

Diese Position wurde von einem Teil der Literatur als eine Verkennung der Besonderheiten der vertraglichen *force majeure* kritisiert.[1744] Hiernach handelte es sich um zwei unterschiedliche Rechtsinstitute.[1745] Die vertragliche *force majeure* führe dazu, dass die Leistungspflicht ausgeschlossen und die Nichterfüllung entschuldigt werde. Zudem könne der Gläubiger nicht erwarten, dass der Schuldner angesichts des vertraglichen Gleichgewichts das Risiko des Ereignisses trage.[1746] Die außervertragliche *force majeure* betreffe hingegen die Frage des rechtswidrigen Verhaltens und der Kausalität.[1747] Andere, unter anderem die Bearbeiter des Reformprojekts *Catala*, befürworteten hingegen die einheitliche Definition der Rechtsprechung.[1748]

Diese Meinungsverschiedenheiten beruhen auf einer weiteren Debatte, dahingehend ob die vertragliche und außervertragliche Haftung zu einer einheitlichen *zivilrechtlichen* Haftung zu kombinieren ist.[1749] Die Befürworter dieser Ansicht sehen in der vertraglichen Haftung ein Fehlkonzept.[1750] Ihrer Meinung nach ist die Grundlage für die Haftung (Gesetz oder Vertrag) unerheblich, nur die Nichterfüllung sei von Bedeutung.[1751] Die vertragliche Schadensersatzpflicht sei keine *echte* Haftung, sondern eine Form der Vertragserfüllung. Wenn schon eine einheitliche Haftung bestehen solle, müsse das gleiche für die Haftungsentlastung gelten. Diese Debatte ist der Gegenstand der kommenden Reform des französischen Rechts zur *responsabilité civile*. Sie wirkte sich jedoch auch auf den mit der Reform von 2016 neugeregelten Tatbestand der *force majeure* aus.

Bis zur Reform waren mithin die Voraussetzungen der *force majeure* umstritten und eine Einigung konnte nie gefunden werden. Nichts anderes galt für die Rechtsfolgen.

B. Der Streit um die Rechtsfolgen der *force majeure*

Zwei Punkte waren in Frankreich vor der Reform *nicht* umstritten: Die *force majeure* führte zum einen zur Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht, zum anderen zur Befreiung des Gläubigers von seiner Gegenleistungspflicht.[1752]

[1742] *Remy*, L'inexécution du contrat, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 253, 258.
[1743] *Carbonnier,* Droit civil, Tome 2, Les biens, Les obligations, 1. Auflage, Rn. 1070. Zum Beispiel 2eme Civile, 11. Mai 1970, Nr. 69-10.831, Bull. civ. II, Nr. 165, S. 125.
[1744] *Boucard,* Responsabilité contractuelle, Répertoire de droit civil, Rn. 346.
[1745] *Remy*, L'inexécution du contrat, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 253, 258 f.; *Remy,* RDC 2004, Nr. 4, 1169; *Stoffel-Munck,* RDC 2003, Nr. 1, 59 ff.
[1746] *Remy,* RDC 2004, Nr. 4, 1169.
[1747] *Remy,* RDC 2004, Nr. 4, 1169.
[1748] Siehe der Vorschlag von der Arbeitsgruppe Catala unten in Kapitel 4 § 11 C.
[1749] Dazu *Boucard,* Responsabilité contractuelle, Répertoire de droit civil, Rn. 5 f.
[1750] Siehe dazu: *Brieskorn,* Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, 2010.
[1751] *Remy*, RTD civ. 1997, 323, Rn. 11 ff.; *Tallon,* RTD civ. 1994, 223 ff.; *Carbonnier,* Droit civil, Tome 2, Les biens, Les obligations, 1. Auflage, Rn. 376. Siehe dazu *Juen,* La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, 2016.
[1752] *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 94.

Die Einzelheiten zur Befreiungswirkung und der Lösungsweg der Rechtsprechung wurden jedoch von der Lehre kritisiert (1.). Auch blieb die Frage offen, ob die Unmöglichkeit zur Vertragsauflösung führte und, wenn ja, auf welcher Grundlage diese Auflösung beruhte (2.).

1. Befreiungswirkung

Das französische Recht folgte der sog. *théorie des risques*, um die Folgen der *force majeure* zu bestimmen. Die zugrunde liegende Frage lautete: Wer trägt die Gefahr des Leistungsuntergangs?

a) Grundsatz: *res perit debitori*

Wenn in einem synallagmatischen Schuldverhältnis die Leistung einer Partei aufgrund der *force majeure* ausgeschlossen ist, führte dies grundsätzlich auch zur Entlastung der anderen Partei.[1753] Im Code civil befanden sich einige Regelungen hierzu, allerdings nur für besondere Verträge: Mietvertrag (Art. 1722 Code civil), Werkvertrag (Art. 1790 Code civil) und Gesellschaftsvertrag (Art. 1844-7, 5° Code civil), die von der Reform nicht betroffen wurden. Diesen Regelungen zufolge trug grundsätzlich der Schuldner die Gefahr des Leistungsuntergangs, *res perit debitori.*

b) Ausnahme: *res perit domino*

Art. 1138 Code civil aF machte eine Ausnahme hiervon.[1754] Wenn der Vertrag gleichzeitig einen Eigentumsübergang bewirkte, trug der Erwerber und Neueigentümer – der *dominus* – die Gefahr des Leistungsuntergangs. Das französische Recht folgt nicht dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip, sodass bei Vertragsschluss das Eigentum sofort übergeht.

Zunächst wurde noch die römische Begründung für die *res-perit-domino*-Ausnahme herangezogen: Wenn der Käufer von der Werterhöhung des Gegenstands profitieren könne, müsse er auch das Risiko einer Verschlechterung tragen.[1755] Bis zur Reform wurde der Schwerpunkt eher auf den Eigentumsübergang gelegt. Der Käufer trage die Gefahr des Leistungsuntergangs, weil er Eigentümer des Gegenstandes geworden sei. Infolgedessen musste er trotz des Untergangs der Sache seine Gegenleistung erbringen.

Davon gab es allerdings eine Ausnahme: Wenn der Schuldner zur Leistung gemahnt wurde, fiel die Gefahr wieder auf ihn zurück, Art. 1138 Abs. 2 Code civil aF. Der Käufer blieb Eigentümer, nur trug er die Gefahr des Leistungsuntergangs nicht mehr.[1756]

[1753] Zum Folgenden: *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 667.
[1754] Zum Folgenden: *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 669.
[1755] Für die Kritik dieser Begründung siehe *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 669.
[1756] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 672.

c) Kritik der Literatur

Schon die Rechtsgrundlage für die *théorie des risques* war umstritten.[1757] Ein Teil der Literatur schlug vor, sich auf den Billigkeitsgrundsatz zu stützen.[1758] Denn es sei in einem synallagmatischen Schuldverhältnis ungerecht, dass eine Partei erbringen müsse, obwohl sie keine Leistung erhalte. Dafür sei Art. 1135 Code civil aF trotz des ausdrücklichen Verweises auf die Billigkeit keine taugliche Rechtsgrundlage.[1759] Vielmehr zogen die Vertreter dieser Ansicht Art. 1134 Abs. 3 Code civil aF heran. Der Schuldner verstoße gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn er die Erbringung der Gegenleistung verlange, obwohl er selber nicht zu leisten imstande sei.[1760] Andere begründeten diese Lösung mit der *cause*.[1761] Die Verpflichtung einer Partei stellte zugleich die *cause* der Leistung für die andere Partei dar. Wenn die *cause* bei einer Leistung erlosch, war gleichzeitig die Leistung der anderen Partei mangels *cause* hinfällig. Infolgedessen trug der Schuldner die Gefahr des Leistungsuntergangs und der Gläubiger brauchte die Gegenleistung nicht zu erbringen. Als weiterer Lösungsansatz wurde die Bezugnahme auf den stillschweigenden Parteiwillen vorgeschlagen.[1762] Herangezogen wurden hierfür zum einen die Auslegungsregel des Art. 1156 Code civil aF über die Ermittlung des Parteiwillens, zum anderen Art. 1184 Code civil aF, der regelte, dass in jedem synallagmatischen Vertrag eine Rücktrittsklausel impliziert ist. Die Rechtsprechung verknüpfte die *théorie des risques* nur mit letzterer Vorschrift, wobei diese Lösung in der Literatur stark kritisiert wurde, unter anderem, weil darin eine Vermischung der *théorie des risques* und der Vertragsauflösung zu sehen sei.[1763]

Nicht nur der Grundsatz der *théorie des risques* rief Schwierigkeiten hervor. Auch die Ausnahme von ihr verursachte heftige Debatten in der Literatur. Es wurden zwei Hauptkritiken angeführt. Die *res perit domino*-Regel führe zum einen zu Anwendungsschwierigkeiten, wenn der Eigentumsübergang bei einem Eigentumsvorbehalt unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung stand.[1764] Diese Vereinbarungen sollten eigentlich dem Eigentümer zugute kommen. Sie schwächten allerdings mehr seinen Schutz, als dass sie ihn stärkten. Denn der Verkäufer trage in diesen Fällen die Gefahr.[1765] Zum anderen sei es nicht immer

---

[1757] Zum Folgenden: *Radé,* LPA 1995, Nr. 81, Rn. 4 ff.
[1758] *Radé,* LPA 1995, Nr. 81, Rn. 5.
[1759] *Radé,* LPA 1995, Nr. 81, Rn. 5..
[1760] *Radé,* LPA 1995, Nr. 81, Rn. 6.
[1761] *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 667. Dazu *Radé,* LPA 1995, Nr. 81, Rn. 7.
[1762] *Mazeaud/Chabas,* Leçons de droit civil, T. II, Obligations, Rn. 1109.
[1763] *Radé,* LPA 1995, Nr. 81, Rn. 9; *Antonmattei,* Contribution à l'étude de la force majeure, Rn. 235. Siehe auch Kapiel 4 § 11 I B 2b).
[1764] Siehe m.w.N. *Antonmattei,* Contribution à l'étude de la force majeure, Rn. 231; *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 671.
[1765] Siehe 3ème Civile, 13. November 1997, Nr. 95-20.411: „Demeuré propriétaire de l'immeuble jusqu'à l'acte notarié qui, selon la convention des parties, avait seul opéré le transfert de propriété, le vendeur doit supporter le risque de perte de la chose jusqu'à cette date." Übersetzung: Der Verkäufer, der bis zur notariellen Urkunde, die nach Einigung der Parteien alleine die Eigentumsübertragung bewirkte, Eigentümer des Grundstücks geblieben ist, trägt das Risiko des Verlusts der Sache bis zu diesem Zeitpunkt.

einfach, den genauen Zeitpunkt des Eigentumsübergangs zu ermitteln.[1766] Denn dafür müsse der Zeitpunkt des Vertragsschlusses herangezogen werden, was unter Umständen zu Schwierigkeiten führen könne.

Um diese Probleme zu lösen, wurde vorgeschlagen, eine einzige Regelung für alle synallagmatischen Verträge zu schaffen:[1767] Die Leistungspflicht erlösche durch die *force majeure*, da die Erfüllung der Leistung unmöglich geworden sei. Dies solle zum Ausschluss der Gegenleistung führen. Problematisch blieb allerdings die Begründung hierfür, in Betracht kommen *cause,* Grundsatz von Treu und Glauben oder stillschweigender Parteiwille? Andere Stimmen in der Literatur schlugen vor, die Aufteilung der Gefahr je nach Belastung durchzuführen.[1768] Die Vertragsrisiken sollten demnach von der wirtschaftlich stärkeren Partei getragen werden.[1769]

Die zahlreiche Kritik und Versuche, die *théorie des risques* abzuändern, haben sich nicht durchsetzen können und die Theorie ist in der französischen Rechtstradition verankert geblieben.[1770]

2. Aufhebung des Vertrags

Die Auswirkung der *force majeure* auf die vertragliche Beziehung war ebenfalls umstritten. Das Urteil im Fall *Ceccadi* vom 14. April 1891[1771] (a)) wurde zur ständigen Rechtsprechung, obwohl die Entscheidung heftig kritisiert wurde (b)).

a) Das Urteil im Fall *Ceccaldi* und seine Folgen

Der Tatbestand des Falles war relativ einfach. Ein Mietvertrag über ein Grundstück wurde abgeschlossen mit der Verpflichtung für den Mieter, Weinreben zu pflanzen und zu vermehren. Nach drei Jahren wurde das Weingut von der Reblaus befallen, sodass der Mieter seine Pflichten nicht mehr erfüllen konnte. Der Vermieter klagte auf Auflösung des Vertrags nach Art. 1184 Code civil aF.

Die *Cour de cassation* sprach aus :

> „[L'article 1184] ne distingue pas entre les causes d'inexécution des conventions et n'admet pas la force majeure comme obstacle à la résolution, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfait pas à son engagement ; […] en effet, dans un contrat synallagmatique, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre

[1766] *Antonmattei*, Contribution à l'étude de la force majeure, Rn. 231.
[1767] *Antonmattei,* Contribution à l'étude de la force majeure, Rn. 231.
[1768] *Radé,* LPA 1995, Nr. 81, Rn. 26 ff.
[1769] *Radé,* LPA 1995, Nr. 81, Rn. 41; *Carbonnier,* Droit civil, Tome 2, Les biens, Les obligations, 1. Auflage, Rn. 1109: „Et l'idée commence à poindre (dont on ne sait si elle renouvellera un jour la théorie) que, dans certains contrats, il est une partie économiquement forte qui a vocation, par sa force, à assumer tous les risques." Übersetzung: Und es entsteht die Idee (von der wir nicht wissen, ob sie eines Tages die Theorie erneuern wird), dass es in einigen Verträgen eine wirtschaftlich starke Partei gibt, deren Aufgabe es ist, durch ihre Stärke alle Risiken zu übernehmen.
[1770] *Antonmattei,* Contribution à l'étude de la force majeure, Rn. 227.
[1771] Chambre civile, 14. April 1891, Bull. Arrêts Cour de Cassation Chambre civile, Nr. 55, S. 103.

et réciproquement, en sorte que, si l'obligation de l'une n'est pas remplie, quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause."[1772]

Mit diesem Leitsatz stellte die *Cour de cassation* klar, dass Art. 1184 Code civil aF keinen Unterschied zwischen der Nichterfüllung wegen *force majeure* und der Nichterfüllung wegen des Verschuldens des Schuldners machte.[1773] Gleichzeitig wendeten die Richter die Theorie der *cause* auf die Vertragsauflösung an: Wenn die Leistungspflicht einer Partei nicht erfüllt war, entfiel die *cause* der Verpflichtung der anderen Partei, was zur Auflösung des Vertrags führte.[1774]

Diese Entscheidung führte somit dazu, dass die Vertragsauflösung stets vor Gericht beantragt werden musste. Ohne gerichtliches Urteil konnte sich eine Partei nicht aus dem Vertrag lösen, selbst wenn die eigene oder die Leistung der anderen Partei unmöglich war. Denn vor der Reform war die Vertragsauflösung nur unter sehr strengen Voraussetzungen als Gestaltungsrecht anerkannt.[1775] Der Richter musste somit das Vorliegen der *force majeure* und die Einwirkung der Nichterfüllung auf den Vertrag prüfen, um die Vertragsauflösung auszusprechen.[1776]

b) Kritik der Literatur

Ein Teil der Literatur kritisierte diese Rechtsprechung.[1777] Zum einen sei die Einschaltung des Richters unnötig.[1778] Der Richter stelle nur die Auflösung des Vertrags fest, spreche sie allerdings nicht aus.[1779] Denn durch die Unmöglichkeit der Leistungserfüllung habe sich der Vertrag schon von selbst aufgelöst. Die Heranziehung des Art. 1184 Code civil aF führe zum anderen dazu, dass die *théorie des risques* mit der Vertragsauflösung vermischt werde.[1780] Denn erstere beruhe auf der gegenseitigen Abhängigkeit der Leistungspflichten und führe somit zur Auflösung beider Leistungen, wenn die *force majeure* die Leistung einer Vertragspartei ausschließe. Dies sei auch die in Art. 1722 Code civil ausgesprochene Lösung, die den

[1772] Übersetzung: [Artikel 1184] unterscheidet nicht zwischen den Ursachen für die Nichterfüllung von Vereinbarungen und lässt nicht zu, dass höhere Gewalt ein Hindernis für die Kündigung darstellt, falls eine der beiden Parteien ihrer Verpflichtung nicht nachkommt; [....] in der Tat, in einem gegenseitigen Vertrag basiert die Verpflichtung einer der Parteien auf der Verpflichtung der anderen und umgekehrt, so dass, wenn die Verpflichtung der einen Partei nicht erfüllt wird, gleich aus welchen Gründen, die Verpflichtung der anderen Partei ohne *cause* wird.
[1773] *Capitant/Terré/Lequette/Chénedé* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, S. 247, Rn. 2.
[1774] *Capitant/Terré/Lequette/Chénedé* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, S. 247, Rn. 2.
[1775] Siehe oben Kapitel 4 § 10 III E.
[1776] Dazu m.w. N. *Antonmattei,* Contribution à l'étude de la force majeure, Rn. 234. Ständige Rechtsprechung, zum Beispiel 1ère Civile, 2. Juni 1982, Nr. 81-10.158, Bull. civ. I, Nr. 205; 1ère Civile, 13. November 2014, Nr. 13-24.633; zuletzt 1ère Civile, 8. Juni 2016, Nr. 15-18.929.
[1777] *Larroumet*, Droit civil, T. III, Les Obligations, Rn. 710; *Mazeaud/Chabas,* Leçons de droit civil, T. II, Obligations, Rn. 1107 ff. Siehe m.w. N. *Antonmattei,* Contribution à l'étude de la force majeure, Rn. 235 f.
[1778] *Mazeaud/Chabas,* Leçons de droit civil, T. II, Obligations, Rn. 1110.
[1779] *Mazeaud/Chabas,* Leçons de droit civil, T. II, Obligations, Rn. 1110; *Carbonnier,* Droit civil, Tome 2, Les biens, Les obligations, 1. Auflage, Rn. 1109; *Bénabent*, Les obligations, Rn. 340.
[1780] *Mazeaud/Chabas,* Leçons de droit civil, T. II, Obligations, Rn. 1097; *Larroumet*, Droit civil, T. III, Les Obligations, Rn. 710.

Grundsatz der *théorie des risques* inspirierte.[1781] Diese Ansicht wurde von der *Chambre commerciale* unterstützt, was die fragile einheitliche Rechtsprechung zusätzlich schwächte.[1782]

Vor der Reform gab es allerdings auch Befürworter des Lösungswegs über Art. 1184 Code civil aF.[1783] Zunächst sei festzuhalten, dass die Auslegung der *Cour de cassation* dem Wortlaut des Art. 1184 Code civil aF nicht widerspeche. Beipflichtende Stimmen hielten weiterhin die Intervention des Richters für notwendig. Er sei seine Aufgabe, das Vorliegen der *force majeure* zu überprüfen. Nur durch die Einschaltung des Richters könnten nämlich die Auswirkungen einer anteiligen Nichterfüllung gemessen werden. Die rückwirkende Vertragsauflösung könne sich unter Umständen im Vergleich zur Nichterfüllung als unverhältnismäßig darstellen. Bereits, um das Ausmaß der Rückwirkung bei Vertragsauflösung wegen der *force majeure* zu bestimmen, sei der Einsatz des Richters erforderlich.

Weder die Rechtsprechung noch die Literatur vermochte es mithin einer klaren Linie zu folgen. Gerade deshalb musste der Gesetzgeber in die Debatte einsteigen. Der Streit fand sich in den Vorschlägen der Arbeitsgruppe *Catala* und *Terré* wieder.

C. Vorschläge der Reformprojekte *Catala* und *Terré*

Die Vorschläge zur Kodifizierung der *force majeure* hätten nicht weiter auseinandergehen können. Die beiden Arbeitsgruppen boten dem Gesetzgeber sowohl sehr unterschiedliche Voraussetzungen (1.) als auch andere Rechtsfolgen (2.) an.

1. Vorschläge zu den Voraussetzungen

Die Bearbeiter des Reformprojekts *Terré* hatten in dieser Hinsicht zunächst überlegt, der vertraglichen *force majeure* einen anderen Namen als der außervertraglichen zu geben. Allerdings sahen sie davon ab und zogen die Einführung einer klaren Definition vor, da diese ausreichend sein sollte, um die alte Verwirrung zu beseitigen.[1784]

Die vorgeschlagene Definition lautet :

> „Il y a force majeure, en matière contractuelle, lorsque le débiteur établit qu'il a été empêché par un événement échappant à son contrôle, et que les parties ne pouvaient raisonnablement prévoir, lors de la conclusion du contrat, qu'il le préviendrait ou le surmonterait, ou qu'il en préviendrait ou surmonterait les conséquences."[1785]

[1781] *Carbonnier,* Droit civil, Tome 2, Les biens, Les obligations, 1. Auflage, Rn. 1109.
[1782] Chambre commerciale, 28. April 1982, Nr. 80-16.678**,** Bull. civ. 1982 IV, Nr. 145, S. 128: „Une demande de résolution judiciaire du contrat en cas d'impossibilité d'exécution n'est pas nécessaire." Übersetzung: Ein Antrag auf gerichtliche Kündigung des Vertrages im Falle der Unmöglichkeit der Leistung ist nicht erforderlich.
[1783] Zum Folgenden *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. 650.
[1784] *Remy*, L'inexécution du contrat, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 253, 258 f.
[1785] Art. 100 Abs. 1 Reformprojekt *Terré:* Höhere Gewalt in vertraglichen Angelegenheiten liegt vor, wenn der Schuldner feststellt, dass er durch ein Ereignis, das außerhalb seiner Kontrolle liegt,

In dem Vorschlag werden drei Tatbestandsmerkmale aufgelistet. Der Artikel beruht auf Art. 8:108 PECL, Art. 7.1.7 UPICC und Art. III.-3:104 DCFR.[1786] Zu beachten ist, dass nicht nur das Ereignis selbst einen Fall von *force majeure* begründen kann. Auch seine Folgen sind umfasst. Wichtig ist weiterhin, dass das Reformprojekt *Terré* die Notifizierungspflicht der Regelwerke übernommen hat. Gemäß Art. 100 Abs. 2 des Vorschlags hat der Schuldner dem Gläubiger die *force majeure* in einer angemessenen Frist nach Kenntnis zu melden, anderenfalls macht er sich Schadensersatzpflichtig.[1787]

Die Bearbeiter des Reformprojekts *Catala* stützen sich hingegen auf die ehemalige Rechtsprechung der *première chambre civile*. Sie schlugen eine für die vertragliche und außervertragliche Haftung einheitliche Definition der *force majeure* vor. Die Tatbestandsmerkmale wurden auf zwei reduziert: Gemäß Art. 1349 Abs. 3 Reformprojekt *Catala*[1788] würde also die *force majeure* vorliegen, wenn das Ereignis unabwendbar und unvorhersehbar war *oder* unabwendbar, aber vorhersehbar, jedoch unvermeidbar. Bemerkenswert ist, dass das Kriterium des äußeren Ursprungs nicht übernommen wurde.

2. Vorschläge zu den Rechtsfolgen

Die Reformprojekte stimmen hinsichtlich der Haftungsentlastung des Schuldners überein. Beide sehen nämlich vor, dass der Schuldner keinen Schadensersatz (Art. 1349 Abs. 1 Reformprojekt *Catala*,[1789] Art. 117 Reformprojekt *Terré*[1790]) leisten muss. Auch sind sich die Autoren darüber einig, dass eine vorübergehende

verhindert wurde und dass die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vernünftigerweise vorhersehen konnten, dass er es verhindern oder überwinden würde oder dass er seine Folgen verhindern oder überwinden würde.

[1786] *Remy*, L'inexécution du contrat, in: *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. 253, 258.

[1787] Art. 100 Abs. 2 Reformprojekt *Terré*: Le débiteur, dès qu'il a ou devrait avoir connaissance d'un tel empêchement, doit le notifier au créancier dans un délai raisonnable; le défaut de notification dans un tel délai donne lieu, le cas échéant, à des dommages et intérêts.

[1788] Art. 1349 Abs. 3 Reformprojekt *Catala:* La force majeure consiste en un événement irrésistible que l'agent ne pouvait prévoir ou dont on ne pouvait éviter les effets par des mesures appropriées. Übersetzung: Höhere Gewalt ist ein unabwendbares Ereignis, das der Auftragnehmer nicht vorhersehen konnte oder dessen Auswirkungen durch geeignete Maßnahmen nicht vermieden werden konnten.

[1789] Art. 1349 Abs. 1 Reformprojekt *Catala*: La responsabilité n'est pas engagée lorsque le dommage est dû à une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure. Übersetzung: Die Haftung entfällt, wenn der Schaden auf eine äußere Ursache mit den Eigenschaften höherer Gewalt zurückzuführen ist.

[1790] Art. 117 Reformprojekt *Terré*: Le débiteur est condamné, s'il y a lieu au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution, totale ou partielle, du contrat, soit à raison du retard dans l'exécution, sauf à établir qu'il a été empêché d'exécuter par suite d'une force majeure. Übersetzung: Der Schuldner wird gegebenenfalls zum Schadensersatz verurteilt, sei es wegen der vollständigen oder teilweisen Nichterfüllung des Vertrages oder wegen Leistungsverzögerung, es sei denn, es kann nachgewiesen werden, dass er aufgrund höherer Gewalt an der Erfüllung gehindert wurde.

Unmöglichkeit den Vertrag nur suspendiert (Art. 1157 Abs. 2 Reformprojekt *Catala*[1791], Art. 101 Abs. 2 Reformprojekt *Terré*[1792]).

Bei dauerhafter Unmöglichkeit regeln die Reformprojekte die Voraussetzungen der Vertragsaufhebung allerdings anders. Die Bearbeiter des Reformprojekts *Catala* stehen in einer Linie mit der früheren Rechtsprechung und ordnen somit an, dass die Vertragsaufhebung vor Gericht beantragt werden muss (Art. 1158 ff. Reformprojekt *Catala*). Hingegen sieht das Reformprojekt *Terré* vor, dass der Vertrag automatisch aufgelöst ist und die Vertragsparteien von ihren gegenseitigen Verpflichtungen befreit sind (Art. 101 Abs. 1 Reformprojekt *Terré*[1793]).

Der Gesetzgeber hatte somit zwei gegensätzliche Vorschläge zur Verfügung, sowohl inhaltlich als auch systematisch betrachtet. Zu beachten ist jedoch, dass der Gesetzgeber durch das Ermächtigungsgesetz in seiner Gesetzgebungskompetenz eingeschränkt war und somit nur für das Vertragsrecht eine Regelung aufstellen konnte. Infolgedessen war er nicht befugt, eine einheitliche Definition zu regeln, die auch außervertragliche Haftung betraf, wie es im Reformprojekt *Catala* vorgeschlagen wurde.[1794] Infolgedessen gilt Art. 1218 Code civil nur für die vertragliche *force majeure,* ohne dass dies jedoch als eine willentliche Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine einheitliche Definition ausgelegt werden kann.[1795]

II. Die französische Rechtslage nach der Reform im Rechtsvergleich

Bevor die Voraussetzungen (B.) und die Rechtsfolgen (C.) der neuen französischen Vorschrift rechtsvergleichend dargestellt werden, ist es erforderlich, sich einen Überblick über die *force majeure* in den zum Rechtsvergleich herangezogenen Rechtsquellen zu verschaffen (A.).

[1791] Art. 1157 Abs. 2 Reformprojekt *Catala*: Lorsque l'inexécution résulte d'une force majeure ou d'une autre cause légitime, le contrat peut être pareillement suspendu si l'inexécution n'est pas irrémédiable. Übersetzung: Ist die Nichterfüllung auf höhere Gewalt oder einen anderen berechtigten Grund zurückzuführen, kann der Vertrag ebenfalls ausgesetzt werden, wenn die Nichterfüllung nicht endgültig ist.

[1792] Art. 101 Abs. 2 Reformprojekt *Terré*: Si l'impossibilité d'exécution est provisoire, le contrat est suspendu, sauf si le retard qui en résulterait constitue par lui-même une inexécution grave. Übersetzung: Ist die Unmöglichkeit der Leistung vorläufig, wird der Vertrag ausgesetzt, es sei denn, die daraus resultierende Verzögerung selbst stellt eine ernsthafte Nichterfüllung dar.

[1793] Art. 101 Abs. 1 Reformprojekt *Terré*: Dans le cas où la force majeure conduit à une inexécution grave et irrémédiable, le contrat est résolu de plein droit et les deux parties sont libérées de leurs obligations réciproques. Übersetzung: Führt höhere Gewalt zu einer schwerwiegenden und endgültigen Nichterfüllung, wird der Vertrag automatisch beendet und beide Parteien von ihren gegenseitigen Verpflichtungen befreit.

[1794] Siehe Kapitel 4 § 11 I C 1.

[1795] Art. 1253 Abs. 2 des Reformprojekt der *responsabilité civile* lautet (Stand März 2017): En matière extracontractuelle, la force majeure est l'événement échappant au contrôle du défendeur ou de la personne dont il doit répondre, et dont ceux-ci ne pouvaient éviter ni la réalisation ni les conséquences par des mesures appropriées. Übersetzung: In außervertraglichen Angelegenheiten ist höhere Gewalt das Ereignis, das sich der Kontrolle des Beklagten oder der Person, für die er verantwortlich ist, entzieht und für das er weder das Ereignis noch die Folgen durch geeignete Maßnahmen vermeiden konnte.

A. Gesamtschau der *force majeure* in den untersuchten Rechtsquellen

1. Die *force majeure* und die europäischen und internationalen Regelwerke

Die europäischen und internationalen Regelwerke beinhalten alle eine Regelung zur Entschuldigung der Nichterfüllung bei höherer Gewalt. Die UPICC verwenden sogar den Ausdruck der *force majeure* als Titel, da der Terminus international bekannt ist.[1796] Zwar gilt das Rechtsinstitut der *force majeure* als ein allgemein Rechtsgrundsatz im internationalen Recht,[1797] jedoch ist zu beachten, dass aufgrund der zahlreichen nationalen Unterschiede die Einstufung des normativen Materials als *restatement* eingeschränkt ist.[1798]

Art. 7.1.7 UPICC, Art. 8:108 PECL, Art. III.-3:104 DCFR beruhen alle auf Art. 79 CISG.[1799] Die verwendete Formulierung und die Tatbestandsvoraussetzungen entsprechen der rechtsvergleichenden Analyse der Haftung des Schuldners durch *Ernst Rabel*.[1800]Abgesehen von kleineren terminologischen Unterschieden entsprechen Art. 7.1.7 UPICC, Art. 8:108 PECL und Art. III.-3:104 DCFR inhaltlich Art. 79 CISG grundsätzlich.

Lediglich ist zu beachten, dass die UPICC keine zu Art. 79 Abs. 2 CISG entsprechende Vorschrift enthalten, die die Haftung für Handlungen von Dritten betrifft.[1801] Art. 8:107 PECL und Art. III.-2:106 DCFR regeln zwar diese Situation, allerdings nicht so ausführlich wie in Art. 79 Abs. 2 CISG.[1802] Sie besagen hierzu nur, dass trotz Übertragung der Erfüllung auf eine weitere Person der ursprüngliche Vertragspartner verantwortlich bleibt.

Die europäischen und internationalen Regelwerke folgen einem einheitlichen Konzept der Entschuldigung der Nichterfüllung für Umstände, die außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegen und für die der Schuldner keine Risikoübernahme getroffen hat.[1803] Demnach setzt die Nichterfüllung keine *faute* der nicht leistenden Partei voraus. Infolgedessen wirkt sich die Exkulpation durch die *force majeure* weder auf die *faute* aus noch wird sie als eine „fehlende *faute*“ definiert.[1804]

[1796] Comment 1., Art. 7.1.7 UPICC.
[1797] Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 4; *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 75 ff.
[1798] Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 2.
[1799] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 101, 106 f.; Notes, Art. III.-3:104 DCFR; Kröll/Mistelis/Perales Viscalsillas/*Atamer* CISG Art. 79 Rn. 100.
[1800] *Rabel,* Recht des Warenkaufs, I, § 44, 5, S. 343: “Vom Stande der heutigen Rechtsprechung aus kommt man am ehesten zu der Synthese, daß der Verkäufer durch solche Ereignisse befreit wird, mit denen er beim Vertragsschluß nicht zu rechnen brauchte und die er nicht durch ihm zumutbare Maßnahmen vermeiden konnte.” Siehe auch Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 17.
[1801] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 106; Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 17; Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 32.
[1802] Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 17.
[1803] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 75.
[1804] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 76.

Die Entlastung durch *force majeure* im Gandolfi-Code spielt im Vergleich zu den UPICC, PECL und dem DCFR keine zentrale Rolle.[1805] Die *force majeure* ist in Art. 162 Abs. 1 S. 2 Gandolfi-Code unauffällig geregelt. Grund hierfür ist, dass sie in ihrem Anwendungsbereich durch die Art. 90 ff. Gandolfi-Code eingeschränkt ist.[1806] Die Autoren des Gandolfi-Code haben die frühere französische Definition verwendet, nämlich als *cause étrangère, imprévisible et irrésistible.* Es kann festgehalten werden, dass der Gandolfi-Code dem französischen Gesetzgeber nicht als Inspirationsquelle in Bezug auf den Wortlaut diente. In Art. 1218 Abs. 1 Code civil wurde nämlich gerade nicht – zumindest nicht ausdrücklich – die frühere umstrittene Definition übernommen. Dies ist allerdings auf den oben ausgeführten Streit bezüglich der alten Rechtslage zurückzuführen.

2. Die *force majeure* und das deutsche Recht

Im Vergleich zu den anderen untersuchten Rechtsquellen ist die höhere Gewalt im BGB eine Rechtsfigur, die oft in Randvorschriften und in Nebengesetzen auftaucht, zum Beispiel in der Gastwirthaftung (§ 701 BGB), als ein Grund für die Hemmung der Verjährung (§ 206 BGB), in der Haftung des zivilen Luftfahrzeughalters (§ 33 LuftVG) oder des Kraftfahrzeugshalters (§ 7 Abs. 2 StVG).[1807] *Grundmann* spricht sogar von einem „dem deutschen Recht unbekannten Begriff".[1808]

Dafür gibt es zwei Gründe, die miteinander verknüpft sind. Das BGB folgt zum einen der Unmöglichkeitslehre.[1809] Vor der Schuldrechtsreform stellte die Unmöglichkeit im deutschen Recht gemäß §§ 280, 325 BGB aF einen Haftungsgrund dar, während sie im französischen Recht zu einer möglichen Haftungsentlastung führte.[1810] Mit der Schuldrechtsmodernisierung zielte der Gesetzgeber unter anderem darauf ab, die Bedeutung der Unmöglichkeit im Leistungsstörungsrecht zu reduzieren.[1811] Die Unmöglichkeit wurde nicht komplett aus dem BGB gestrichen. Vielmehr taucht sie weiterhin in § 275 BGB auf. Eine ähnliche Regelung ist in Art. 7.2.2 UPICC und Art. 9:102 PECL zu finden.[1812] § 275 BGB regelt unterschiedliche Arten der Unmöglichkeit (objektive, subjektive, faktische, persönliche). Die Vorschrift bestimmt als Rechtsfolge den Ausschluss der Leistungspflicht und verweist für den Schadensersatzanspruch auf §§ 280, 283, 311a BGB (§ 275 Abs. 4 BGB). § 311a BGB betrifft die anfängliche Unmöglichkeit und § 283 BGB die nachträgliche. Das reformierte französische Recht gibt der Unmöglichkeit einen

---

[1805] *Düchs,* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S. 256.
[1806] Dazu unten Kapitel 4 § 11 II B 5 b) (2).
[1807] Siehe m.w.N. *Weick,* ZEuP 2014, 281, 285.
[1808] *Grundmann*, WM 2000, 2269, 2281.
[1809] Zum Folgenden: *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 80 ff. Siehe auch *Plate,* Force Majeure und Hardship in grenzüberschreitenden Langzeitverträgen, S. 93 f.
[1810] *Ancel,* Impossibilité et force majeure: un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations, in: Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz, S. 25, 26, Rn. 2.
[1811] *Bundesminister der Justiz* (Hg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 120: „Die Unmöglichkeit soll ihre zentrale Position im Recht der Leistungsstörungen verlieren. Als Oberbegriff, der alle Arten der Leistungsstörungen umfaßt, soll der Begriff der „Pflichtverletzung" eingeführt werden." Siehe dazu *Canaris,* Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit" für das Recht der Leistungsstörungen, in: *Schulze/Schulte-Nölke* (Hg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 43 ff.
[1812] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 85.

neuen Platz, nämlich in den Art. 1351 f. Code civil. Diese Vorschriften sind eng mit Art. 1218 Code civil verbunden. Denn das Vorliegen der *force majeure* ist für die Anwendbarkeit des Art. 1351 Code civil zwingend. Welche Rolle die Unmöglichkeit im französischen Recht neben der *force majeure* haben wird und ob die französische Unmöglichkeit der deutschen ähnlich ist, wird Gegenstand der Untersuchung sein.[1813]

Um einen Schadensersatzanspruch nach deutschem Recht zu begründen, muss der Schuldner gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB die Pflichtverletzung zu vertreten haben. Diese verschuldensabhängige Haftung ist die zweite Erklärung für das Desinteresse des deutschen Gesetzgebers an der *force majeure.*[1814] Gemäß § 276 Abs. 1 S. 1 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Die Fahrlässigkeit wird in § 276 Abs. 2 BGB als die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt definiert. Hierfür wird ein objektiver Maßstab verwendet.[1815] Infolgedessen sind individuelle Fähigkeiten, Kenntnisse oder Erfahrungen unerheblich.[1816] Der Schuldner kann sich jedoch nicht entlasten, wenn die Pflichtverletzung erkennbar[1817] und vermeidbar[1818] war. Darin ist die Leitlinie der *force majeure,* wie sie in den Regelwerken und im französischen Recht geregelt sind, zu erkennen.[1819] In diesem Sinne schreibt *Schlechtriem*:

> „The present author is convinced that, despite different starting points, liability under the cited uniform rules [Art. 79 Abs. 1, Abs. 2, Art. 8:108, 9:501 Abs. 1 PECL, Art. 7.1.7, 7.4.1 UPICC] and *Vertretenmüssen* under § 276 BGB will be based on similar standards and criteria.“[1820]

Zu beachten ist, dass das fehlende Vertretenmüssen iSd § 276 BGB weiter geht als der Anwendungsbereich des Rechtsinstituts der *force majeure*. Die *force majeure* stellt somit eine Fallgruppe neben anderen dar.[1821]

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Unterschiede zwischen dem deutschen Recht und den anderen untersuchten Rechtsquellen auf die Unmöglichkeitslehre und auf die verschuldensabhängige Haftung zurückzuführen sind. Die dreigliedrigen Kriterien der *force majeure* nach Art. 1218 Abs. 1 Code civil werden in dem nun folgenden Rechtsvergleich mit § 276 BGB und das Erfordernis der Unmöglichkeit der Leistungserbringung mit § 275 BGB verglichen. Die Analyse der einzelnen Differenzierungen wird zeigen, dass sich die Unterschiede im Ergebnis kaum auswirken.

[1813] Dazu unten Kapitel 4 § 11 II B 5 a).
[1814] *Weick,* ZEuP 2014, 281, 284 f. Vgl. auch *Plate,* Force Majeure und Hardship in grenzüberschreitenden Langzeitverträgen, S. 94 ff.
[1815] BGH, Urteil vom 27. März 2003 - IX ZR 399/99 = NJW 2003, 2022, 2024; MüKoBGB/*Grundmann* BGB § 276 Rn. 55; Palandt/*Grüneberg* BGB § 276 Rn. 15.
[1816] BGH, Urteil vom 27. März 2003 - IX ZR 399/99 = NJW 2003, 2022, 2024; MüKoBGB/*Grundmann* BGB § 276 Rn. 55; Palandt/*Grüneberg* BGB § 276 Rn. 15.
[1817] MüKoBGB/*Grundmann* BGB § 276 Rn. 68 ff.; Palandt/*Grüneberg* BGB § 276 Rn. 20.
[1818] MüKoBGB/*Grundmann* BGB § 276 Rn. 77 ff.; Palandt/*Grüneberg* BGB § 276 Rn. 21.
[1819] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 86.
[1820] *Schlechtriem* (2002) Oxford U Comparative L Forum 2 (Text nach Fußnote 45).
[1821] *Weick,* ZEuP 2014, 281, 285.

B. Voraussetzungen

Die einzelnen Tatbestandsmerkmale werden entsprechend der Reihenfolge der Vorschrift erklärt und im Rechtsvergleich analysiert.

1. Ereignis

Zwangsläufig setzt Art. 1218 Abs. 1 Code civil voraus, dass ein Ereignis vorliegt. Es muss die Ursache für die Nichterfüllung sein. Ähnlich lauten die Regelwerke.[1822] Jegliche Art von Hinderungsgründen ist umfasst: Naturereignisse, behördliche Preisregulierungen, Handlungen Dritter.[1823] Für diese drei Beispielsfälle besteht sogar eine Vermutung, dass es sich um einen Fall der *force majeure* handelt.[1824]

2. Fehlende Kontrolle des Schuldners über das Ereignis

Zweite Voraussetzung ist gemäß Art. 1218 Abs. 1 Code civil die fehlende Kontrolle des Schuldners über das Ereignis. Laut dem *rapport* sollte diese Voraussetzung die frühere *extériorité* ersetzen.[1825] Vor der Reform musste nämlich die *force majeure* von einem von außen kommenden Ereignis verursacht werden.[1826] In der Literatur wird allerdings der Wegfall der *extériorité* bestritten.[1827] Die Literatur geht davon aus, dass nur eine formelle Änderung stattgefunden hat, diese jedoch keine materielle Auswirkung mit sich bringt.[1828] Die *extériorité* sei der Oberbegriff für das Kriterium der fehlenden Kontrolle.[1829]

a) Außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners

Ein außerhalb der Kontrolle des Schuldners liegendes Ereignis setzt gemäß Art. 1218 Abs. 1 Code civil voraus, dass der Schuldner nicht für das Auftreten des Ereignisses verantwortlich ist.[1830] Demzufolge darf er das Ereignis nicht zu vertreten haben – *principe de non-imputabilité.* Der äußere, externe Ursprung ist also nicht mehr als ein Hinderungsgrund außerhalb der Person zu verstehen, sondern als

---

[1822] Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 19; Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 20. Ausführlich dazu unten Kapitel 4 § 11 II B 5 b).

[1823] Comment B., Art. 8:108 PECL; Comment B., Art. III.-3:104 DCFR; Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 20. Allerdings muss das Ereignis gemäß den Regelwerken nicht notwendigerweise zur Unmöglichkeit geführt haben, sondern lediglich zur Nichterfüllung, dazu unten Kapitel 4 § 11 II B 5.

[1824] Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 20.

[1825] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: „Le texte reprend la définition prétorienne de la force majeure en matière contractuelle, délaissant le traditionnel critère d'extériorité […]." Übersetzung: Der Text übernimmt die von Richterrecht geschaffene Definition der höheren Gewalt in vertraglichen Angelegenheiten und lässt das traditionelle Kriterium der Exteriorität außer Acht.

[1826] Siehe oben Kapitel 4 § 11 I A 2.

[1827] *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 27, 29; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 619; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 666. Siehe m.w.N. *Boucard,* Responsabilité contractuelle, Répertoire de droit civil, Rn. 359.

[1828] *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 27, 29; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 619; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 666.

[1829] *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 2019 – Événement extérieur au pouvoir du débiteur.

[1830] *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 2019 – Événement extérieur au pouvoir du débiteur; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 619.

außerhalb ihres Machtbereichs.[1831] So können auch „der Person interne" Ereignisse als Hinderungsgrund geltend gemacht werden, die jedoch außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegen.

Diese Voraussetzung wurde vom Reformprojekt *Terré* übernommen, das selber auf den UPICC, den PECL und dem DCFR beruht.[1832] Nach diesen Regelwerken ist die Frage unerheblich, ob das Ereignis intern oder extern der Person des Schuldners verortert ist. Die einzig relevante Frage geht dahin, ob der Schuldner den Eintritt des Ereignisses hätte verhindern können.[1833] In Art. 162 Abs. 1 S. 2 Gandolfi-Code ist von der *cause étrangère* die Rede, wie im französischen Recht vor der Reform. Es stellt sich somit die Frage, ob diese Voraussetzung wie im früheren französischen Recht – d. h. eng – oder eher in einer Linie mit den anderen europäischen und internationalen Regelwerken auszulegen ist – d. h. weit.[1834] Angesichts des reformierten französischen Rechts und aus Harmonisierungsgründen wäre es sinnvoll, die *cause étrangère* des Art. 162 Abs. 1 S. 2 Gandolfi-Code als einen außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegenden Hinderungsgrund zu verstehen.[1835] Diese Auslegung stimmt auch mit der französischen Literaturansicht überein, die besagt, dass die *cause étrangère* nicht abgeschafft wurde, sondern in der Voraussetzung der fehlenden Kontrolle über das Ereignis wiederzufinden ist.[1836]

Sinn und Zweck des § 276 BGB ist es, genau diese Frage zu beantworten.[1837] Infolgedessen ist die Frage des Vertretenmüssens nach französischem Recht eine Voraussetzung für die Bestimmung der *force majeure,* d. h. ein Zwischenschritt*,* während es nach deutschem Recht das Ergebnis der Prüfung ist.

b) Tätigkeiten von Subunternehmern oder anderen Dritten

Zu dem Verantwortungsbereich des Schuldners zählen im französischen Recht auch Handlungen von Subunternehmern oder anderen Dritten, die für den Schuldner tätig sind. Der Schuldner kann sich nicht damit entlasten, dass nicht er gehandelt habe, sondern sein Arbeitnehmer oder Zulieferer.[1838] Diese Lösung war vor der Reform ständige Rechtsprechung.[1839] Daran sollte die Modernisierung des Code civil

[1831] *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 2019 – Événement extérieur au pouvoir du débiteur. Schon so *Antonmattei,* Contribution à l'étude de la force majeure, Rn. 49 ff.
[1832] Siehe oben Kapitel 4 § 11 I C 1.
[1833] Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 20; Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 23; Comment C., Art. III.-3:104 DCFR.
[1834] So *Düchs,* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S. 255.
[1835] So *Düchs,* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S. 255.
[1836] Zur Auslegung der *extériorité* Kapitel 4 § 10 I A 2.
[1837] MüKoBGB/*Grundmann* BGB § 276 Rn. 2, 4; NK-BGB/*Dauner-Lieb* BGB § 276 Rn. 2.
[1838] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 619; *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 666; *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 30; *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 2020 – Événement non causé par des personnes agissant pour le compte du débiteur.
[1839] 1ère Civile, 13. November 2008, Nr. 07-14.856, Bull. civ. 2008 I, Nr. 263; 1ère Civile, 14. Oktober 2010, Nr. 09-16.967, Bull. 2010 I, Nr. 198; Chambre commerciale, 30. Mai 2012, Nr. 10-17.803; 1ère Civile, 18. Januar 1989, Nr. 87-18.081, Bull. civ. I, Nr. 32, S. 21.

nichts ändern.[1840] Es stellt sich jedoch die Frage, wie nun mit Arbeitskämpfen umgegangen wird.[1841] Wird das Gericht den Arbeitgeber von seiner Haftung entlasten, weil es davon ausgeht, dass der Streik außerhalb des Verantwortungsbereichs des Arbeitgebers stattfindet? Oder werden die Richter die Voraussetzung dahingehend auslegen, dass der Arbeitgeber für das Verhalten seiner Arbeitnehmer einstehen muss? Vor der Reform trennten die Richter nach der Ursache des Streiks: Verursachte eine Entscheidung des Arbeitsgebers den Arbeitskampf, so konnte er sich nicht mit der *force majeure* entlasten. War hingegen der Streik auf eine Entscheidung der Regierung zurückzuführen, befand sich die Ursache außerhalb des Machtbereichs des Arbeitsgebers und er musste nicht haften.[1842] In diesem Zusammenhang wird es Aufgabe der Rechtsprechung sein, die Voraussetzung der „Kontrolle des Arbeitgebers" näher zu konkretisieren.

Die *force majeure* bei Tätigkeiten von Subunternehmern oder anderen Hilfspersonen wird in den untersuchten Rechtsquellen in Art. 8:107 PECL, Art. III.-2:106 DCFR, Art. 162 Abs. 5 Gandolfi-Code und § 278 BGB geregelt. Auch nach diesen Vorschriften ist es unerheblich, ob der Schuldner die Vertragserfüllung durch Hilfskräfte oder Dritte hat durchführen lassen. Der Schuldner bleibt verantwortlich und haftet weiterhin, wenn keine abweichende Vereinbarung vorliegt. Die interne Beziehung zwischen dem Schuldner und der dritten Person ist in den PECL und im DCFR ausdrücklich nicht von Belang.[1843] Auch nach deutschem Recht ist die rechtliche Beziehung zwischen Schuldner und Hilfsperson gleichgültig.[1844] Auch wenn das Rechtsverhältnis nichtig ist, bleibt § 278 BGB anwendbar.[1845]

c) Stellungnahme

In der Literatur wurde die Frage debattiert, ob nun die Voraussetzung des äußeren Ursprungs mit der Reform verschwunden ist.[1846] Die früheren Schwierigkeiten lagen darin, dass zu oft die *extériorité* mit einem außerhalb der Person des Schuldners liegenden Ereignis gleichgesetzt und nicht als außerhalb seines Einflussbereichs qualifiziert wurde.[1847] Letzteres war zwar Teil der Definition der *extériorité*.[1848]

[1840] *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 30.
[1841] Zum Folgenden *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 619.
[1842] Zum Beispiel: 1ère Civile, 24. Januar 1995, Nr. 92-18.227, Bulletin 1995 I, Nr. 54, S. 98; Chambre mixte, 4. Februar 1983, Nr. 80-12.977, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre mixte, Nr. 1; Chambre sociale, 11. Januar 2000, Nr. 97-18.215, Bulletin 200 V, Nr. 16, S. 12: „la grève avait été déclenchée, non pas pour soutenir des revendications concernant directement la SNCF, mais pour contester les projets du Gouvernement concernant le régime de la sécurité sociale et ses répercussions sur le régime spécial de retraite des cheminots." Übersetzung: Der Streik wurde aufgerufen, nicht um Forderungen direkt gegen die SNCF zu unterstützen, sondern um die Pläne der Regierung bezüglich des Sozialversicherungssystems und dessen Auswirkungen auf das spezielle Rentensystem für Eisenbahner zu beanstanden.
[1843] Comment B., Art. 8:107 PECL; Comment B., Art. II.-2:106 DCFR.
[1844] Palandt/*Grüneberg* BGB § 278 Rn. 7.
[1845] Palandt/*Grüneberg* BGB § 278 Rn. 7.
[1846] Siehe oben Kapitel 4 § 11 II B 2.
[1847] *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 2019 – Événement extérieur au pouvoir du débiteur.
[1848] Siehe *Jourdain,* D. 2006, 1577.

Dies kam aber nicht ausreichend zum Ausdruck. Die wechselhafte Rechtsprechung half zudem nicht, die Bestimmung zu klären.[1849]

Mit dem neuen Wortlaut und dem konkreten Bezug zu dem Verantwortungsbereich des Schuldners erreichte es der Gesetzgeber, die Voraussetzung zu präzisieren und den Tatbestand der *force majeure* den Regelwerken anzunähern. Der Verweis auf die Kontrolle des Schuldners ermöglicht es somit, die Voraussetzung der *extériorité* auf das Maßgebliche zu beschränken und ihre Auslegung zu vereinfachen. Eine vollständige Abschaffung der *extériorité* fand also nicht statt. Allerdings gewann die Bestimmung mit der Einschränkung auf den Kontrollbereich des Schuldners an Klarheit und Selbständigkeit.

3. Unvorhersehbarkeit

Gemäß Art. 1218 Abs. 1 Code civil muss das Ereignis weiterhin vernünftigerweise zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unvorhersehbar gewesen sein.

a) Unvorhersehbarkeit und Risikoverteilung

Der französische Gesetzgeber hat sich gegen die frühere Rechtsprechung der *première chambre civile* und der *chambre commerciale* entschieden und die Unvorhersehbarkeit zu einer selbstständigen und notwendigen Voraussetzung der *force majeure* gemacht. Entgegen dem Vorschlag des Reformprojekts *Catala* reicht die Unabwendbarkeit nicht alleine aus, um die *force majeure* zu begründen.[1850] War somit der Eintritt des Ereignisses im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhersehbar, hat aber der Schuldner den Vertrag trotzdem abgeschlossen und hat er nicht ausdrücklich die Risikoübernahme abgelehnt, wird unwiderleglich vermutet, dass er das Risiko für den Eintritt des Ereignisses zu tragen hat.[1851]

Das gilt auch, wenn das Ereignis vorhersehbar war, allerdings nicht sein Ausmaß.[1852] Wenn also eine Gegend für Erdbeben anfällig ist, bleibt ein Erdbeben dennoch unvorhersehbar, wenn das Ausmaß des Ereignisses außergewöhnlich ist.[1853] Vor der Reform des französischen Code civil war die Rechtsprechung zu einem ähnlichen Ergebnis gekommen.[1854] Zwar war in dem einschlägigen Fall der Arbeitskampf bei der Staatsbahn SNCF im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit den Kunden nicht unvorhersehbar, gleichwohl seine Dauer und sein Ausmaß, sodass die Richter die *force majeure*-Exkulpation zugunsten der SNCF anerkannten.[1855]

[1849] Siehe oben Kapitel 4 § 11 I A 2.
[1850] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 620. Zu dem Art. 1349 Abs. 3 Reformprojekt *Catala* siehe oben Kapitel 4 § 11 I C 1.
[1851] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 620; *Boucard,* Responsabilité contractuelle, Répertoire de droit civil, Rn. 360; *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 2022 – Moment d'appréciation de l'imprévisibilité.
[1852] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 158. Siehe dazu ICC Case No. 2763, 25.06.1983, Y.B. Com. Arbitration. 1985, 43.
[1853] Beispiel von *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 158.
[1854] Chambre Sociale, 11. Januar 2000, Nr. 97.18-215.
[1855] Chambre Sociale, 11. Januar 2000, Nr. 97.18-215: „[…] l'ampleur et la durée de [la grève] présentaient un caractère imprévisible." Übersetzung: das Ausmaß und die Dauer des [Streiks] wiesen einen unvorhersehbaren Charakter auf.

Ob diese Rechtsprechung nach der Reform weiterhin gelten wird, scheint aufgrund des strengen Wortlauts und der Erforderlichkeit der Unvorhersehbarkeit unwahrscheinlich.[1856]

Der Wortlaut des Art. 162 Abs. 1 S. 2 Gandolfi-Code geht in dieselbe Richtung. Es ist nämlich von einem „unvorhersehbare[n] *und* unabwendbare[n]" Ereignis die Rede, was dafür spricht, dass auch nach dem Gandolfi-Code die Voraussetzungen kumulativ zu erfüllen sind. Im Gegensatz hierzu legen UPICC, die PECL und der DCFR die Unvorhersehbarkeit im Lichte der Risikoübernahme aus.[1857] Erforderlich ist, dass nicht vom Schuldner erwartet werden konnte, dass er den Hinderungsgrund in Betracht zieht.[1858] Wenn ein Ereignis im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhersehbar war, wird vermutet, dass der Schuldner das Risiko seines Eintritts übernommen hat. Allerdings kann er diese Vermutung mit dem Nachweis widerlegen, dass er das Risiko nicht übernommen hat.[1859] Von den Bestimmungen der UPICC, der PECL und des DCFR sind somit sowohl Umstände erfasst, die unvorhersehbar waren, als auch solche, die vorhersehbar waren, deren Risiko allerdings nicht vom Schuldner übernommen wurde. Der Anwendungsbereich der Vorschriften der Regelwerke geht weiter als der nach der französischen Vorschrift.

Das deutsche Recht löst das Problem anders. Wie oben analysiert, hat gemäß § 276 Abs. 1 BGB der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.[1860] Hat er jedoch eine Garantie oder ein Beschaffungsrisiko übernommen, hat er unabhängig von seinem Verschulden die Pflichtverletzung, also die Unmöglichkeit der Hauptleistung zu vertreten, § 276 Abs. 1 Hs. 2 BGB. Der Grundsatz bleibt allerdings die verschuldensabhängige Haftung. Vorsatz bedeutet dabei das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung.[1861] Wie der Vorsatz besteht die Fahrlässigkeit aus einem intellektuellen und voluntativen Element: zum einen der Erkennbarkeit der Gefahr und zum anderen der Vermeidbarkeit der Tatbestandsverwirklichung.[1862] Wann erstere zu bejahen ist, ist einzelfallabhängig.[1863] Maßgeblich für die Bestimmung ist, ob der Schuldner nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses Vorsorge- und Prüfungspflichten zu erfüllen und inwiefern er die notwendigen Maßnahmen getroffen hat, um eventuelle Störungen zu vermeiden.[1864] Die Rechtsprechung konkretisiert die Voraussetzung dahingehend, dass der Teilnehmer im betroffenen Verkehrskreis bereits ohne nennenswerte gesonderte Suchanstrengungen die Möglichkeit der Gefahr erkennen konnte.[1865] Hätte also der Schuldner bei näherer Betrachtung die Gefahr erkennen können, trägt er für ihre Realisierung das Risiko.

[1856] *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 65.
[1857] Siehe ausführlich hierzu *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 119 ff., insb. S. 156 ff.
[1858] Art. 7.1.7 (1) UPICC, Art. 8:108 (1) PECL, Art. III.-3:104 (1) DCFR.
[1859] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 157; Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 35; Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 22.
[1860] Siehe oben Kapitel 4 § 11 II A 2.
[1861] Palandt/*Grüneberg* BGB § 276 Rn. 10; MüKoBGB/*Grundmann* BGB § 276 Rn. 154.
[1862] BeckOK BGB/*Lorenz* BGB § 276 Rn. 17. Zur Vermeidbarkeit siehe unten Kapitel 4 § 11 II B 4.
[1863] BeckOK BGB/*Lorenz* BGB § 276 Rn. 29; MüKoBGB/*Grundmann* BGB § 276 Rn. 68 ff.
[1864] BeckOK BGB/*Lorenz* BGB § 276 Rn. 29.
[1865] BGH, Urteil vom 29. Januar 1991 - VI ZR 206/90 = NJW 1991, 1535; MüKoBGB/*Grundmann* BGB § 276 Rn. 69.

b) Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Art. 1218 Abs. 1 Code civil gibt ausdrücklich vor, dass der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich ist. Der Schuldner darf also im Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Eintritt des Ereignisses nicht vorsehen können. Diese Bestimmung ist wörtlich in den UPICC und den PECL und in den offiziellen Kommentaren zum DCFR wiederzufinden.[1866] Der Gandolfi-Code legt hingegen keinen Zeitpunkt fest. Nach deutschem Recht ist für die Beurteilung der Erkennbarkeit der Gefahr im Rahmen der Fahrlässigkeitsprüfung nach § 276 Abs. 1, 2 BGB auf den letztmöglichen Handlungszeitpunkt abzustellen. Auch dürfen die Anforderungen an der Erkennbarkeit nicht rückwirkend überspannt werden.[1867]

c) Sorgfaltsmaßstäbe

Die Beurteilung der Vorhersehbarkeit erfolgt im französischen Recht nach einem objektiven Maßstab. Art. 1218 Abs. 1 Code civil spricht von „raisonnable". Erforderlich ist also, dass ein vernünftiger Dritte in derselben Situation das Ereignis nicht hätte vorhersehen können. Die Prüfung darf allerdings nicht zu sehr verallgemeinert werden. Sie muss sich auf den konkreten Fall beziehen.[1868] Somit müssen auch besondere Fachkenntnisse des Schuldners in Betracht gezogen werden, um die Prüfung zu präzisieren.[1869]

Das französische Recht steht hierzu in einer Linie mit den Bestimmungen der UPICC, PECL und des DCFR. Denn diese folgen einer zweistufigen Vorgehensweise:[1870] Zunächst wird die Unvorhersehbarkeit abstrakt beurteilt, d. h. sie hängt davon ab, ob eine vernünftige Person in derselben Situation den Eintritt des Ereignisses hätte antizipieren können. Dann wird in einem zweiten Schritt konkret auf den Fall eingegangen und eine *In-concreto*-Prüfung vorgenommen.

Auch das deutsche Recht wendet bei § 276 BGB einen objektiven Sorgfaltsmaßstab an. Für den objektiven Fahrlässigkeitsbegriff ist maßgebend, „was von einem durchschnittlichen Anforderungen entsprechenden Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises in der jeweiligen Situation erwartet werden kann".[1871] Die individuellen Fähigkeiten, Kräfte, Erfahrungen und Kenntnisse können den Schuldner zwar nicht entlasten.[1872] Allerdings können besondere Kenntnisse die Sorgfaltsanforderungen erhöhen.[1873]

[1866] Art. 7.1.7 (1) UPICC, Art. 8:108 (1) PECL; Comment C., Art. III.-3:104 DCFR.
[1867] BeckOK BGB/*Lorenz* BGB § 276 Rn. 28.
[1868] *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 2023 – Caractère raisonnable de l'imprévisibilité.
[1869] *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 58 f.
[1870] Zum Folgenden Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 35. Siehe auch dazu *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 160 ff.
[1871] BeckOK BGB/*Lorenz* BGB § 276 Rn. 21.
[1872] BeckOK BGB/*Lorenz* BGB § 276 Rn. 21; NK-BGB/*Dauner-Lieb* BGB § 276 Rn. 13; MüKoBGB/*Grundmann* BGB § 276 Rn. 55.
[1873] OLG Nürnberg, Urteil vom 28. April 2006 - 5 U 130/06 = NJW-RR 2006, 1170; NK-BGB/*Dauner-Lieb* BGB § 276 Rn. 13; MüKoBGB/*Grundmann* BGB § 276 Rn. 56.

4. Unabwendbarkeit

Bei der Voraussetzung der Unabwendbarkeit – *irrésistibilité* – handelt es sich um *das* traditionelle Kriterium der *force majeure.*[1874] Art. 1218 Abs. 1 Code civil verlangt, dass die Auswirkungen des Ereignisses durch angemessene Maßnahmen nicht hätten vermieden werden können. Ein Teil der Literatur kritisiert die Entscheidung des Gesetzgebers, den Vorschlag des Reformprojekts *Terré* nicht zu übernehmen.[1875] Insbesondere hätte die Übernahme des Vorschlags der Norm Klarheit und Bestimmtheit gegeben.[1876] Die Bearbeiter des Art. 100 des Reformprojekts *Terré* schlugen vor, die Unabwendbarkeit des Auftretens von der Unabwendbarkeit der Auswirkungen des Ereignisses zu trennen. Allerdings ist es nicht zwingend erforderlich, erstere in die Norm aufzunehmen. Die Entscheidung des Gesetzgebers ist durch eine Gesamtbetrachtung der Voraussetzungen gerechtfertigt:[1877] Die Unvorhersehbarkeit des Ereignisses ist stets erforderlich. Infolgedessen wäre es redundant – wenn nicht widersprüchlich – gewesen, die Unabwendbarkeit des Auftretens des Ereignisses zu verlangen. Entweder war das Ereignis von Beginn an unvorhersehbar und es kann, wenn seine Auswirkungen durch Gegenmaßnahmen nicht vermieden werden konnten, einen Fall der *force majeure* begründen. Oder das Ereignis war vorhersehbar. In diesem Fall kann die Prüfung beendet werden und der Schuldner kann sich nicht auf die *force majeure* berufen, ungeachtet dessen, ob die Auswirkungen des Ereignisses unabwendbar waren oder nicht.

Wie die Angemessenheit der Gegenmaßnahmen zu bestimmen ist, wird nicht näher konkretisiert. Es ist jedoch zu erwarten, dass die Angemessenheit ähnlich wie die Unvorhersehbarkeit objektiv zu prüfen sein wird. Denn vor der Reform war die Rechtsprechung der *Cour de cassation* in dieser Hinsicht konstant.[1878]

Auch nach den europäischen und internationalen Regelwerken muss das Ereignis unabwendbar sein. Allerdings verwenden sie einen anderen Anknüpfungspunkt als das französische Recht. Nach den Grundregeln ist der Schuldner exkulpiert, wenn ein Ereignis aufkommt, das er vernünftigerweise nicht hätte vermeiden können.[1879] Infolgedessen verknüpfen die Regelwerke die Unabwendbarkeit mit der fehlenden Kontrolle des Schuldners über das Ereignis. Erstere ist demnach ein besonderer Aspekt der letzteren.[1880] Die Pflicht, das Ereignis zu vermeiden, ist nämlich dann verletzt, wenn der Schuldner seine Geschäfte nicht vernünftigerweise derart organisiert

---

[1874] *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 2024- L'irrésistibilité de l'événement, condition traditionnelle de la force majeure. Vgl. *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 66: „L'irrésistibilité est le noyau dur de la force majeure […]."

[1875] *Boucard,* Responsabilité contractuelle, Répertoire de droit civil, Rn. 361; *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 67.

[1876] *Boucard,* Responsabilité contractuelle, Répertoire de droit civil, Rn. 361; *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 67.

[1877] Zum Folgenden *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 621.

[1878] Siehe m.w.N. *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 75.

[1879] Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 23; Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 25.

[1880] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 321; Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 23. Siehe auch Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 23 ff., der beide Voraussetzungen zusammen bespricht.

hat, dass ein unerwartetes Ereignis hätte überwunden oder vermieden werden können.[1881] Im Gegensatz hierzu kombiniert das französische Recht die Unabwendbarkeit mit der Unvorhersehbarkeit. Der Unterschied zur französischen Rechtslage ist darauf zurückzuführen, dass vor der Reform das Tatbestandsmerkmal der *extériorité* besonders umstritten war und nach der Rechtsprechung keinen eigenständigen Anwendungsbereich erhielt.[1882] Demzufolge orientierten sich die Richter an der Unvorhersehbarkeit.

Dieser Unterschied in der Herangehensweise hindert nicht die Erkenntnis, dass die Voraussetzungen dasselbe meinen. Erforderlich ist nämlich sowohl nach französischem Recht als auch nach den Regelwerken, dass der Schuldner alles in seiner Macht Stehende vorgenommen haben muss, um das Ereignis zu vermeiden bzw. im vorzusorgen.[1883] Zwar werden nicht jegliche unverhältnismäßigen oder sogar illegalen Vorsichtsmaßnahmen von ihm verlangt, um den Hinderungsgrund zu vermeiden.[1884] Allerdings wird erwartet, dass die Alternativmaßnahmen ausreichen, um den Gläubiger zu befriedigen.[1885] Um zu beurteilen, ob die Grenze des Erforderlichen erreicht ist, muss die Frage beantwortet werden, ob es wirtschaftlich angemessen gewesen wäre, die vorsorglichen Maßnahmen zu treffen.[1886]

> „If a diligent merchant is expected to take alternative measures in the obligor's place, these have to be taken; even a substantial loss due to additional costs should not be enough to justify the absence of alternative measures."[1887]

Nach deutschem Recht kann eine Fahrlässigkeitshaftung nur einschlägig sein, wenn der Eintritt des schädigenden Erfolges vermeidbar war.[1888] Das von dem Schuldner verlangte Verhalten ist ein sachgerechter Umgang mit der Gefahr.[1889] Es wird also wieder ein objektiver Maßstab angewendet.[1890] Ähnlich wie für die Regelwerke werden Vermeidungskosten nur dann verlangt, wenn sie unterhalb der zu erwartenden Opfergrenze liegen.[1891]

[1881] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 321.
[1882] Siehe oben Kapitel 4 § 11 I A 2.
[1883] Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 25; Comment C., Art. III.-3:104 DCFR; *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 321.
[1884] Comment C (iii), Art. 8:108 PECL; Comment C., Art. III.-3:104 DCFR.
[1885] Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 25.
[1886] Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 26; *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 323 ff.
[1887] Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 26. Vgl. *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 322.
[1888] NK-BGB/*Dauner-Lieb* BGB § 276 Rn. 15; MüKoBGB/*Grundmann* BGB § 276 Rn. 77.
[1889] NK-BGB/*Dauner-Lieb* BGB § 276 Rn. 15; Palandt/*Grüneberg* BGB § 276 Rn. 21.
[1890] MüKoBGB/*Grundmann* BGB § 276 Rn. 77.
[1891] MüKoBGB/*Grundmann* BGB § 276 Rn. 78; Palandt/*Grüneberg* BGB § 276 Rn. 21.

5. Unmöglichkeit…

Die Rechtsprechung verlangte schon früh die Unmöglichkeit als Tatbestandsmerkmal der *force majeure* und ging streng mit diesem Erfordernis um. Wenn die Leistungserbringung lediglich schwieriger oder teurer wurde, reichte dies nicht aus.[1892] Zwar steht dies nicht ausdrücklich in Art. 1218 Code civil geschrieben, der lediglich von einem Hindernis („empêchement") spricht. Allerdings ergibt sich aus dem Zusammenspiel mit Art. 1351 Code civil, dass die Vertragserfüllung unmöglich sein muss. Auch im deutschen Recht muss sich die Unmöglichkeit auf die geschuldete Leistung beziehen.[1893] Ein wesentlicher Unterschied zu den Regelwerken besteht insoweit, als die Regelwerke nicht die Unmöglichkeit wie in Frankreich und Deutschland voraussetzen (a)), sondern sie die Nichterfüllung für maßgeblich erachten (b)). Die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung ist die zwingende Wirkung der *force majeure*[1894] und dient für das französische Recht als Abgrenzungskriterium zur Störung des vertraglichen Gleichgewichts (c)).

a) Unmöglichkeit nach französischem und deutschem Recht

Gemäß Art. 1218 Abs. 1 Code civil muss das unvorhersehbare, unabwendbar und außerhalb des Verantwortungsbereichs des Schuldners stehende Ereignis die Vertragserfüllung verhindert haben. Art. 1218 Abs. 2 Code civil verweist sogleich auf Art. 1351 Code civil. Gemäß Art. 1351 Code civil befreit die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung den Schuldner, wenn sie auf einen Fall der *force majeure* zurückzuführen ist. Aus der Kombination beider Vorschriften ergibt sich also, dass die *force majeure* nur dann ihre befreiende Wirkung entfaltet, wenn die Leistungserbringung aufgrund des Hinderungsgrundes unmöglich geworden ist.[1895]

Die Unmöglichkeit in der *force majeure* muss objektiv sein, d. h., dass die Leistung für jedermann unmöglich sein muss.[1896] § 275 BGB umfasst jede Art von Unmöglichkeit und hat somit einen weiten Anwendungsbereich. Während § 275 BGB zum Ausschluss der Leistungspflicht führt, regeln die §§ 275 Abs. 4 iVm 280, 283 BGB maßgebend den Schadensersatzanspruch des Gläubigers gegen den Schuldner und die Befreiung des Schuldners von diesem bei fehlendem Vertretenmüssen.[1897] Infolgedessen ist die Unmöglichkeit auch nach deutschem Recht auf Tatbestandsebene maßgebend. Allerdings wird sie als einen möglichen Haftungsgrund angesehen, während der französische Gesetzgeber die Unmöglichkeit der *force majeure*

[1892] Civile, 4. August 1915, DP 1916.1.22: „Le cas de force majeure s'entend des événements qui rendent l'exécution de l'obligation impossible, mais non de ceux qui la rendent seulement plus onéreuse." Übersetzung: Die *force majeure* besteht aus Ereignisse, die die Leistungserbringung unmöglich machen, jedoch nicht aus solche, die sie lediglich teuerer machen.
[1893] MüKoBGB/*Ernst* BGB § 275 Rn. 34 f.
[1894] *Ancel,* Impossibilité et force majeure: un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations, in: Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz, S. 25, 30, Rn. 8.
[1895] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 622.
[1896] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 622.
[1897] Vgl. *Brieskorn,* Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, S. 174.

als Ausnahmetatbestand von der Haftung bei Nichterfüllung regeln wollte.[1898] Das Rechtsinstitut der Unmöglichkeit hat also in Frankreich und Deutschland unterschiedliche Funktionen,[1899] die die Unterschiede in der Herangehensweise erklären.

b) Unmöglichkeit und Nichterfüllung in den Regelwerken

Unter den untersuchten Rechtsquellen unterscheiden sich in dieser Hinsicht die Lösungen.

(1) In den UPICC, PECL und DCFR

Die europäischen und internationalen Regelwerke fordern nicht ausdrücklich, dass die Vertragserfüllung unmöglich geworden ist. Voraussetzung ist nur, dass das Ereignis kausal für die Nichterfüllung ist.[1900] Unklar bleibt, ob das Hindernis zur Unmöglichkeit der Leistungserfüllung geführt haben muss oder ob auch das Auftreten extremer Leistungserschwerungen ausreicht. Die Literatur ist sich darüber nicht einig.[1901] Für die PECL stimmen die originale und die übersetzte Fassung nicht ganz überein. Als Einführung in Art. 8:108 PECL beschreiben die Autoren der PECL die Vorschrift wie folgt:

> „Article 8:108 PECL governs the consequences when an event which is not the fault or responsibility of a party prevents it from performing.“[1902]

Die offizielle Übersetzung lautet aber:

> „Artikel 8:108 PECL betrifft den Fall, dass einer Partei ohne ihr Verschulden bzw. ohne ihr Vertretenmüssen die Leistungserbringung unmöglich geworden ist.“[1903]

Der Originalversion nach ist Unmöglichkeit nicht zwingend erforderlich. Die Lektüre der Übersetzung bringt allerdings eine andere Lösung zum Ausdruck. Die Kommentierung zu Art. 6:111 PECL spricht die Abgrenzung zwischen *hardship* und *force majeure* an. Hier wird sowohl in der Originalfassung als auch in der Übersetzung auf die Unmöglichkeit eingegangen. Laut den Kommentaren ist die Unmöglichkeit von Art. 8:108 PECL umfasst und setzt voraus, dass ein Ereignis ein unüberwindliches Erfüllungshindernis verursacht hat, während in den *hardship*-Fällen Erfüllung möglich bleibt, allerdings zur Insolvenz des Schuldners führen

---

[1898] *Ancel,* Impossibilité et force majeure: un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations, in: Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz, S. 25, 26, Rn. 2.; *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 622.
[1898] *Ancel,* Impossibilité et force majeure: un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations, in: Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz, S. 25, 26, Rn. 2.
[1899] *Ancel,* Impossibilité et force majeure: un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations, in: Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz, S. 25, 32 f., Rn. 11.
[1900] Dazu *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 340 ff.
[1901] Für die UPICC siehe zum Beispiel *Perillo*, der die absolute Unmöglichkeit verlangt: *Perillo,* (1997) 5 Tul J Int'l & Comp L 5, 15: „Nothing less than total impossibility will suffice as a predicate for an excuse.“ Hingegen *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 213 ff. lässt erhebliche Leistungserschwernisse ausreichen.
[1902] Comment A., Art. 8:108 PECL in: *Lando/Beale* (Hg.), The Principles of European Contract Law, Part I, Performance, Non Performance and Remedies, S. 379.
[1903] Comment A., Art. 8:108 PECL in: *von Bar/Zimmermann* (Hg.), Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. 459.

kann.[1904] Die Autoren stellen jedoch klar, dass die Abgrenzung zwischen „einer Erfüllung, die nur durch vollkommen unangemessene Anstrengungen möglich bleibt, und einer Erfüllung, die lediglich sehr schwierig ist“ und deshalb für den Schuldner ruinös sein mag, schwierig sein kann.[1905] Schließlich hilft die Entstehungsgeschichte der Vorschriften nicht weiter. Art. 7.1.7 UPICC und Art. 8:108 PECL beruhen auf Art. 79 CISG. Auch bezüglich Art. 79 CISG ist die Rechtslage umstritten, wobei die herrschende Meinung in der Literatur die Norm bei besonders schwerwiegenden wirtschaftlichen Leistungserschwerungen („letzte Opfergrenze“) für anwendbar hält.[1906]

Die Bearbeiter des DCFR haben in Art. III.-1:110, III.-3:104 DCFR die Kommentierung der PECL fast wortgleich übernommen. Infolgedessen gilt auch hier das oben Gesagte.[1907]

Eindeutig ist die Rechtslage in den Regelwerken somit nicht. Aus der Wortlautauslegung ergibt sich eine mögliche Antwort hierzu.[1908] Art. 7.1.7 (1) UPICC, Art. 8:108 (1) PECL und Art. III.-3:104 DCFR setzen voraus, dass vernünftigerweise vom Schuldner die Überwindung des Leistungshindernisses nicht erwartet werden kann. Das heißt also, dass auch Ereignisse umfasst sind, die überwunden werden könnten. Erst in einem zweiten Schritt wird geprüft, ob die Überwindung vernünftigerweise vom Schuldner erwartet werden könnte. Alleine die Möglichkeit der Überwindung führt dazu, dass nicht ausschließlich absolute Unmöglichkeitsfälle die *force majeure* begründen. Diese Auslegung beschränkt sich zudem nicht auf die Fälle der vorübergehenden Unmöglichkeit, da keine Eingrenzung in den Tatbestand der *force majeure* aufgenommen wurde. Weiterhin wird die vorübergehende Unmöglichkeit in Art. 7.1.7 (2) UPICC, Art. 8:108 (2) PECL und Art. III.-3:104 (3) DCFR ausdrücklich ohne jeglichen Hinweis auf die Voraussetzungen geregelt. Hätten die Autoren eine Einschränkung einführen wollen, dann hätten sie es spätestens dort getan.

[1904] Comment A., Art. 6:111 PECL in: *Lando/Beale* (Hg.)*,* The Principles of European Contract Law, Part I, Performance, Non Performance and Remedies, S. 325; Comment A., Art. 6:111 PECL in: *von Bar/Zimmermann* (Hg.)*,* Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. 389.

[1905] Comment A., Art. 6:111 PECL in: *von Bar/Zimmermann* (Hg.)*,* Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. 389.

[1906] CISG-AC Opinion No. 7 (2007), siehe Punkt 3.1, Rn. 26-39; *Herber/Czerwenka*, Art. 79 CISG Rn. 8; *Brunner,* Art. 79 CISG Rn. 23 f.; *Berger,* Private Dispute Resolution in International Business, Vol. II, Rn. 24-60 ff.; Schlechtriem/Schwenzer/*Schwenzer* CISG Art. 79 Rn. 31 f.; aA Bianca/Bonell/ *Tallon*, Art. 79 CISG Rn. 3.1.2; *Heuzé*, La vente internationale de marchandise, Rn. 471; Note Nr. 2; Art. 6:111 PECL („Artikel 79 CISG erscheint begrenzt auf Unmöglichkeitsfälle; seine Kommentatoren sind sich in diesem Punkt aber nicht einig“); Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Atamer,* CISG Art. 79 Rn. 35 ff.; unentschieden *Bonell,* An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts, S. 323 f. Siehe ausführlich dazu *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 213 ff.

[1907] Siehe Comment A., Art. III.-1:110 DCFR und Comment A., Art. III.-3:104 DCFR.

[1908] Zum Folgenden: *Plate,* Force Majeure und Hardship in grenzüberschreitenden Langzeitverträgen, S. 14 f.

Der Begriff der Unmöglichkeit wurde somit bewusst nicht übernommen, da sie „weder ein hinreichender noch ein notwendiger Entschuldigungsgrund ist“[1909]. Infolgedessen umfassen die Regelwerke auch Ereignisse, die die Leistungserfüllung nur – jedoch extrem – erschwert haben.[1910] Die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung ist somit „in den Grundregeln nur eine mögliche Ursache der Nichterfüllung, allerdings keine ‚Form' der Nichterfüllung“.[1911]

(2) Im Gandolfi-Code

Nach dem Wortlaut des Art. 162 Abs. 1 S. 2 Gandolfi-Code sollte die *force majeure* auf jede Nichterfüllung Anwendung finden. Allerdings ergibt sich aus der Zusammenschau mit Art. 90 ff. Gandolfi-Code etwas anderes. Die nachträgliche Unmöglichkeit ist nämlich von dem Anwendungsbereich des Art. 162 Abs. 1 S. 2 Gandolfi-Code nicht umfasst.[1912] Grund hierfür ist der Widerspruch zwischen Art. 97 und Art. 162 Abs. 1 Gandolfi-Code. Letzterer setzt die Nichterfüllung einer Erfolgspflicht aufgrund eines unvorhersehbaren und unabwendbaren äußeren Ereignisses voraus. Liegt ein solches Ereignis vor, so sind gleichzeitig die Voraussetzungen des Art. 97 Abs. 1 iVm Abs. 2 erfüllt. Dies hat zur Folge, dass bei objektiver Unmöglichkeit schon keine Nichterfüllung vorliegt und sich der Schuldner nicht gemäß Art. 162 Abs. 1 Gandolfi-Code exkulpieren kann. Infolgedessen greift Art. 162 Abs. 1 S. 2 Gandolfi-Code weder bei anfänglicher – weil der Vertrag schon *ex tunc* unwirksam ist[1913] – noch bei nachträglicher Unmöglichkeit ein. In dieser Hinsicht sind Code civil und Gandolfi-Code sehr unterschiedlich. Die französische Vorschrift ist nämlich bei nachträglicher Unmöglichkeit anwendbar, der Entwurf zum europäischen Zivilgesetzbuch allerdings nicht.

c) Abgrenzung zur Störung des vertraglichen Gleichgewichts

In diesem Zusammenhang liegt eine Abgrenzung zur *imprévision* nahe. Denn das französische Recht zieht die Unmöglichkeit als Abgrenzungskriterium zwischen Art. 1195 Code civil und Art. 1218 Code civil heran. Hat sich die Leistungserbrin-

[1909] *Storme,* Schuldnerpflichten, Vertragsstörung und Verantwortung (PECL, PICC, Wiener Kaufrecht, Gandolfi-Code, BGB-Entwurf), in: *Schlechtriem* (Hg.), Wandlungen des Schuldrechts, S. 11, 32.
[1910] Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 25; *Plate,* Force Majeure und Hardship in grenzüberschreitenden Langzeitverträgen, S. 12 ff.; *Storme,* Schuldnerpflichten, Vertragsstörung und Verantwortung (PECL, PICC, Wiener Kaufrecht, Gandolfi-Code, BGB-Entwurf), in: *Schlechtriem* (Hg.), Wandlungen des Schuldrechts, S. 11, 31 f. Zur Abgrenzung zum *hardship* siehe unten.
[1911] *Storme,* Schuldnerpflichten, Vertragsstörung und Verantwortung (PECL, PICC, Wiener Kaufrecht, Gandolfi-Code, BGB-Entwurf), in: *Schlechtriem* (Hg.), Wandlungen des Schuldrechts, S. 11, 31.
[1912] Zum Folgenden *Düchs,* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S. 255 ff.
[1913] Siehe unten Kapitel 4 § 11 II B 6 b).

gung „nur“ erschwert, ist Art. 1195 Code civil einschlägig. Ist die Leistung hingegen objektiv unmöglich geworden, greift Art. 1218 Code civil ein.[1914] Die Abgrenzung der jeweiligen Anwendungsbereiche ist in der Theorie klar, in der Praxis wird sie schwieriger sein.

Die europäischen und internationalen Regelwerke stoßen ebenfalls auf diese Schwierigkeit. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Grundregeln auch Leistungserschwerungen unter den Tatbestand der *force majeure* fassen, sodass es Fälle gibt, in denen beide Normen einschlägig sein können.[1915] Die Regelwerke sehen nämlich die *hardship* als einen besonderen Anwendungsfall der *force majeure* an: Beide Rechtsinstitute haben dieselben Voraussetzungen. Nur ist der Anwendungsbereich der *hardship*-Einrede enger, denn ausschließlich Ereignisse, die zu einem erheblichen vertraglichen Ungleichgewicht führen, werden umfasst.[1916]

Die UPICC geben der betroffenen Vertragspartei die Möglichkeit, sich zwischen *hardship* und *force majeure* frei zu entscheiden.[1917] Maßgeblich ist ihr angestrebtes Ziel: Entweder beruft sie sich auf *force majeure,* dann versucht sie die Nichterfüllung der Vertragspflicht zu entschuldigen. Oder sie entscheidet sich für die *hardship*-Einrede und verlangt neue Vertragsverhandlungen, um den Vertrag zu erhalten.[1918]

Die PECL versuchen hingegen, anhand einer Einschränkung des Anwendungsbereichs beide Rechtsinstitute voneinander zu trennen. Betrifft das schädigende Ereignis nicht den Schuldner in der Erfüllung seiner Leistung, sondern lediglich in Bezug auf den Wert der Gegenleistung, dann soll Art. 6:111 PECL Anwendung finden.[1919] Ist die Erfüllung der Vertragspflicht möglich, kann jedoch der Leistungszweck nicht mehr erreicht werden, ist Art. 8:108 PECL anzuwenden.[1920] Als Beispiel werden die aus dem englischen Recht bekannten *coronation cases* herangezogen. [1921] Mehrere Mietverträge wurden für die Krönung von König Edward VII. und Königin Alexandra geschlossen. Der Krönungszug hätte am 26. Juni 1902 stattfinden sollen. Allerdings wurde der König krank, sodass die Krönung auf den 9. August verschoben wurde. Infolgedessen verloren die Mietverträge ihren Zweck und die Verträge wurden auf Grundlage der *frustation of purpose* rückwirkend für nichtig erklärt. Ein solcher Fall würde nicht unter Art. 1218 Code civil

---

[1914] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 526; *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. 73.
[1915] Siehe oben Kapitel 4 § 11 B 5 b).
[1916] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 213 ff., 397 f.
[1917] Comment 6., Art. 6.2.2 UPICC; Commentary on PICC/*McKendrick,* Introduction to Section 6.2 of the PICC, Rn. 7; *Düchs,* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S. 211. Kritisch hierzu: *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 225 f.
[1918] Comment 6., Art. 6.2.2 UPICC; Commentary on PICC/*McKendrick,* Introduction to Section 6.2 of the PICC, Rn. 7.
[1919] Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 19, 25; Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 6:111 Rn. 23.
[1920] Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 19; Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 6:111 Rn. 21.
[1921] Siehe Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 19; Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 6:111 Rn. 21 mit Verweis auf *Krell v. Henry* [1903] 2 KB 740, einsehbar auf https://www.trans-lex.org/311100.

fallen. Denn die Hauptleistungspflicht liegt in der Zuverfügungstellung der Mietsache, was nicht unmöglich war. Ob der Leistungszweck erreicht werden konnte oder nicht, ist unerheblich. Ähnlich wird die Abgrenzung im DCFR durchgeführt.[1922] In Grenzfällen wird der Richter entscheiden, welche Norm in dem betroffenen Fall Anwendung finden soll.[1923]

Wie schon geklärt, liegt, wenn gemäß Art. 97 Abs. 1 Gandolfi-Code eine übermäßige Belastung des Schuldners aufgrund eines außergewöhnlichen und unvorhersehbaren Ereignisses eintritt, keine Nichterfüllung vor.[1924] Infolgedessen kommt Art. 162 Abs. 1 Gandolfi-Code nicht zur Anwendung. Denn gerade für die vertragliche Haftung wird eine Nichterfüllung verlangt. Dadurch sollen Überschneidungen vermieden werden.

Im deutschen Recht führt die Abgrenzung zwischen § 275 BGB und § 313 BGB zu Schwierigkeiten. Die Prüfung des § 275 BGB hat Vorrang vor der des § 313 BGB.[1925] Denn bei Ausschluss der Leistungspflicht gibt es nichts mehr, was noch angepasst werden könnte.[1926] Es gibt allerdings drei Fallgruppen, für die eine klare Grenzziehung besonders problematisch ist: die Zweckstörung, die persönlichen Leistungshindernisse und die wirtschaftliche Leistungserschwerung.

Die Zweckstörung wird im Gegensatz zur Zweckerreichung (der Leistungserfolg ist ohne Mitwirken des Schuldners schon eingetreten) und dem Zweckfortfall (die Leistung ist objektiv nicht mehr zu erbringen) nicht von § 275 Abs. 1 BGB umfasst, sondern fällt unter § 313 BGB.[1927] Eine Zweckstörung liegt vor, wenn die Leistung zwar noch möglich ist, allerdings der Gläubiger sein Interesse an ihr verloren hat, weil er den mit ihr verfolgten Zweck nicht mehr verwirklichen kann.[1928]

Die zweite problematische Fallgruppe ist die persönliche Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 3 BGB. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift umfasst ausschließlich personenbezogene Hindernisse bei höchstpersönlichen Pflichten.[1929] Infolgedessen fallen rein wirtschaftliche Leistungshindernisse oder persönliche Hindernisse im Falle nicht höchstpersönlicher Pflichten in den Anwendungsbereich des § 313 BGB.[1930]

Der Streit um die Abgrenzung der Anwendungsbereiche zwischen wirtschaftlicher und faktischer Unmöglichkeit findet sich auf Konkurrenzebene wieder.[1931] Drei

---

[1922] Vgl. Comment A., Art. III.-1:110 DCFR.
[1923] Comment A., Art. 6:111 PECL; Comment A., Art. III.-1:110 DCFR.
[1924] Dazu siehe oben Kapitel 4 § 10 II A 2.
[1925] BGH, Urteil vom 17. Februar 1995 - V ZR 267/93 = NJW-RR 1995, 853 ff.; NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 24; Begr. SchuldRModG, BT-Drucks. 14/6040, S. 176; Palandt/*Grüneberg* BGB § 313 Rn. 13.
[1926] NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 24.
[1927] NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 25; MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 157 ff.; Palandt/*Grüneberg* BGB § 313 Rn. 35; Staudinger/*Caspers* BGB § 275 Rn 36.
[1928] NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 25; MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 160; Palandt/*Grüneberg* BGB § 313 Rn. 35; Begr. SchuldRModG, BT-Drucks. 14/6040, S. 174.
[1929] NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 30; Begr. SchuldRModG BT-Drucks 14/6040, S. 130 spricht von „Leistung bezogene persönliche Umstände".
[1930] NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 30.
[1931] Zur Abgrenzung zwischen § 275 Abs. 2 und § 313 BGB siehe oben

Meinungen werden vertreten: ein Wahlrecht des Schuldners zwischen § 275 Abs. 2 BGB und § 313 BGB[1932] oder die Subsumtion aller Fälle der Leistungserschwerungen unter § 275 Abs. 2 BGB[1933] oder § 313 BGB[1934].

Gegen letztere Ansicht spricht, dass die Trennung zwischen faktischer und wirtschaftlicher Unmöglichkeit aufgrund der Anpassungsmöglichkeiten nach § 313 BGB eine interessengerechtere Lösung für die wirtschaftliche Unmöglichkeit bietet.[1935] In diesem Sinne ist eine Anpassung des Vertrags bei faktischer Unmöglichkeit nicht notwendig, weil die Leistung sinnlos ist.[1936] Sollte doch ein Fall vorliegen, in dem beide Tatbestände erfüllt sind, ist der betroffenen Partei ein Wahlrecht einzuräumen.[1937] Denn es ist nicht zu rechtfertigen, sie statt auf die Anpassung auf die Einrede und auf den damit einhergehenden Verlust der Gegenleistung nach § 326 BGB zu verweisen.[1938] Zudem steht diese Lösung in Einklang mit den UPICC.[1939]

6. … der Vertragserfüllung

Die *force majeure* muss zur Unmöglichkeit der Vertragserfüllung führen. Dabei stellt sich die Frage, ob alle vertragliche Leistungspflichten umfasst sein können (a)) und wann die Unmöglichkeit der Leistungserbringung vorliegen muss (b)).

a) Betroffene Leistungspflichten

Dass Erfolgspflichten und Stückschulden von der *force majeure* betroffen sein können, ist in den untersuchten Rechtsquellen relativ klar bestimmt. Nicht eindeutig ist ihre Wirkung bei der *obligation de moyens* (1) und den Gattungsschulden (2).

(1) *Obligation de résultat* und *obligation de moyens*

In den vorherigen Abschnitten wurde die Frage beantwortet, wie die Nichterfüllung im reformierten Code civil zu verstehen ist. Bei einer Erfolgspflicht reicht für eine Nichterfüllung das Nichteintreten des versprochenen Erfolgs aus. Bei einer *obligation de moyens* muss der Gläubiger nachweisen, dass der Schuldner nicht nach seinem bestmöglichen Bemühen gehandelt hat, um den Vertragszweck zu erfüllen. Es müssen somit zwei Situationen getrennt werden:[1940] Wenn der Schuldner alles getan hat, was in seiner Macht stand, aber dennoch das erhoffte Ergebnis ausgeblieben ist, gleichgültig, ob es auf einen Fall der *force majeure* zurückzuführen ist oder

---

[1932] Staudinger/*Caspers* BGB § 275 Rn. 120; MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 165; eingehend MüKoBGB/*Ernst* BGB § 275 Rn. 23.
[1933] *Lobinger,* Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, S. 73 ff., 265 ff.
[1934] BeckOK BGB/*Lorenz* BGB § 313 Rn. 20; S*chmidt-Recla,* FS Laufs, 2006, 641, 668. Vorrang des § 313 BGB bei Anpassungsmöglichkeit: *Schlüter,* ZGS 2003, 346, 349 ff.
[1935] NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 28; Vgl BGH Urteil vom 8. Februar 1978 – VIII ZR 221/76, BeckRS 1978, 31119358, wo bei Unzumutbarkeit Anpassung in Frage gekommen wäre; aA *Ernst*, JZ 1994, 801, 802; *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, S. 241 ff.
[1936] NK-BGB/*Krebs/Jung* BGB § 313 Rn. 28.
[1937] So auch MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 165.
[1938] *Faust,* in: *Huber/Faust,* Schuldrechtsmodernisierung, Kapitel 2, Rn. 79; MüKoBGB/*Finkenauer* BGB § 313 Rn. 165.
[1939] Vgl. Comment 6., Art. 6.2.2 UPICC; *Motsch*, JZ 2001, 428, 432, Fn. 12.
[1940] Zum Folgenden: Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 2.

nicht, liegt keine Nichterfüllung vor, da der Schuldner seiner Verhaltenspflicht nachgekommen ist. Hätte jedoch der Schuldner mehr tun können, um den Vertragszweck zu erreichen, so lag kein unabwendbares Ereignis vor und die Voraussetzungen der *force majeure* sind gar nicht erst erfüllt. In diesem Fall macht er sich Schadensersatzpflichtig. Infolgedessen kann die *force-majeure*-Exkulpation vom Konzept her nicht für die *obligation de moyens* eingreifen.[1941]

Die UPICC kennen die Unterscheidung zwischen Erfolgs- und Verhaltenspflichten ebenfalls.[1942] Diese wird in Art. 5.1.4 UPICC ausdrücklich geregelt. Die Aufteilung erfolgt gemäß Art. 5.1.5 UPICC nach den Umständen des Vertrags, der Risikoverteilung und der Einflussmöglichkeit des Gläubigers auf die Erfüllung. Bei der Beurteilung der Nichterfüllung einer Verhaltenspflicht fließt eine subjektive Wertung mit ein. Die Aufteilung dieser Unterscheidung und ihre Auswirkung auf die Bestimmung der Nichterfüllung wurde somit zum Teil als Widerspruch zu dem in den UPICC zugrunde gelegten Grundsatz der objektiven Haftung angesehen.[1943] Die damit eingeführte Regel zur Beweislast sei als eine Aussage über das Verschuldenserfordernis anzusehen.[1944] Diese Kritik beruht auf einem Missverständnis der materiellrechtlichen Bedeutung der Unterscheidung. Bei der Trennung geht es nämlich darum, ähnlich wie im deutschen Recht einen Maßstab für die Sorgfaltspflicht der Vertragspartei zu ermitteln und so die korrekte Vertragserfüllung bestimmen zu können.[1945] Die PECL verfügen hingegen nicht über eine ausdrückliche Regelung zu den beiden Pflichtenarten.

Die Frage der Anwendung der *force majeure* auf die Verhaltenspflicht wird in den offiziellen Kommentaren zu den UPICC oder PECL nicht beantwortet. Die Literatur ist sich allerdings darüber einig, dass ähnlich wie im französischen Recht die *force majeure* angesichts der Besonderheiten der Verhaltenspflicht nicht auf eine solche Pflicht Anwendung finden kann.[1946] Zudem liegt die Beweislast bei der Nichterfüllung einer Verhaltenspflicht beim Gläubiger, sodass der Schuldner nicht mit dem Nachweis der *force majeure* konfrontiert sein wird.[1947] Denn entweder hat sich der Schuldner sorgfaltsgemäß verhalten und es liegt keine Nichterfüllung vor oder er ist seiner Verhaltenspflicht nicht nachgekommen, sodass eine Nichterfüllung gegeben ist, aber mangels Unabwendbarkeit kein Fall der *force majeure*.

Die offiziellen Kommentare zum DCFR erkennen die Schwierigkeit der Anwendung der *force majeure* auf die Verhaltenspflicht an. Die *force majeure* sei weniger brauchbar bei Vorliegen einer *obligation de moyens*. Dennoch gebe es Situationen,

[1941] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 70 ff.
[1942] Zum Folgenden *Brieskorn,* Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, S. 143 f.
[1943] *Brieskorn,* Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, S. 144.
[1944] *Alessi,* ERPL 2005, 657, 691; *Perillo,* 63 Fordham L. Rev. (1994), 281, 296.
[1945] *Brieskorn,* Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, S. 144.
[1946] Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 24; Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 2; *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 70 ff.
[1947] Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 2.

in welchen ein Hinderungsgrund der Erfüllung der Verhaltenspflicht des Schuldners entgegensteht. In diesem Fall sei auch Art. III.-3:104 DCFR anwendbar.[1948] Beispiele, wann dies der Fall sein sollte, werden allerdings nicht genannt.

Der Gandolfi-Code sieht einen besonderen Entlastungstatbestand für Handlungsverpflichtungen beruflicher Art vor.[1949] Handlungsverpflichtungen beruflicher Art sind in Art. 75 Abs. 3 Gandolfi-Code geregelt. Gemäß Art. 162 Abs. 3 Gandolfi-Code reicht in diesem Fall zur Entlastung die Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt aus. Daraus ist zu entnehmen, dass von Art. 162 Abs. 1 Gandolfi-Code nur Erfolgspflichten umfasst sind.[1950]

Im deutschen Recht umfasst § 280 Abs. 1 S. 1 BGB jede Art von Pflichtverletzung.[1951] Sowohl Erfolgs- als auch Handlungspflichten sind somit umfasst. Die Frage, ob sich der Schuldner haftbar gemacht hat, hängt gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB davon ab, und zwar danach, ob der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat oder nicht. Infolgedessen kann, anders als im französischen Recht, die Verletzung einer Handlungspflicht vorliegen, die der Schuldner nicht zu vertreten hat. Er macht sich nicht Schadensersatzpflichtig. Im französischen Recht führt die Verletzung einer Handlungspflicht notwendigerweise zum Schadensersatz, es sei denn, die weiteren Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs sind nicht erfüllt.

(2) Stückschuld und Gattungsschuld

Bezüglich der Gattungsschulden folgt das französische Recht einer klaren Linie. Da *genera non pereunt,*[1952] kann sich der Schuldner einer Gattungsschuld aufgrund der Unmöglichkeit der Leistung grundsätzlich mit der *force majeure* nicht exkulpieren.[1953] Der Schuldner einer Geldschuld kann sich somit nicht auf die *force majeure* berufen.[1954] Ausnahmsweise greift der Entlastungstatbestand bei einer Geldschuld doch ein, allerdings nur, um die Verspätung der Erfüllung zu entschuldigen.[1955]

Ähnlich hierzu ist der Anwendungsbereich der *force majeure* bei Gattungsschulden nach Art. 7.1.7 UPICC zu würdigen.[1956] Bei Gattungsschulden trägt grundsätzlich der Schuldner das Risiko des Leistungsuntergangs, es sei denn, die ganze Gattung ist zerstört oder der Vertrag schränkt die geschuldete Gattung ein.[1957] Wie auch für Art. 1218 Abs. 1 Code civil schließt Art. 7.1.7 UPICC die Geldschulden aus dem Anwendungsbereich der *force majeure* aus, außer in dem Fall, dass die Bank, die

[1948] Comment B., Art. III.-3:104 DCFR.
[1949] Ausführlich zu Unterscheideung: *Brieskorn,* Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, S. 144 f.
[1950] *Düchs,* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S. 257, wobei er die Abgrenzung zwischen den Leistungspflichten kritisiert.
[1951] MüKoBGB/*Ernst* BGB § 280 Rn. 10.
[1952] Übersetzung: Gattungen gehen nicht unter.
[1953] *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 71; *Mazeaud/Brun/Pierre/Lacoste-Masson (Dir),* Lamy Droit de la responsabilité, Inapplicabilité aux choses de genre – 2026.
[1954] Zuletzt: Chambre commerciale, 16. September 2014, Nr. 13-20.306, Bull. civ. 2014 IV, Nr. 118.
[1955] 3ème Civile, 17. Februar 2010, Nr. 08-20.943, Bull. civ. 2010 III, Nr. 47.
[1956] Ausführlich dazu *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 171 ff.
[1957] Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 29.

die Überweisung hätte ausführen sollen, insolvent wird.[1958] Eine verspätete Zahlung kann nur dann entschuldigt werden, wenn die weiteren Voraussetzungen des Art. 7.1.7 UPICC erfüllt sind.[1959]

Im Gegensatz hierzu geht der sachliche Anwendungsbereich der *force majeure* nach den PECL und dem DCFR weiter. Sowohl Stück- als auch Gattungsschulden sind umfasst.[1960] Nach den offiziellen Kommentaren sind Geldschulden nicht zwangsläufig vom Anwendungsbereich der *force majeure* ausgeschlossen.[1961] Es kommt auf die Kontrolle des Schuldners über das Ereignis an: Liegt der Hinderungsgrund in seinem Machtbereich (zum Beispiel Insolvenz), so kann er sich nicht entschuldigen. Kommt das Ereignis hingegen von außen (zum Beispiel als Verbot der Regierung, Geld zu überweisen), kann sich der Schuldner auf die *force majeure* berufen.[1962]

Art. 92 f. Gandolfi-Code regeln die Stück- und Gattungsschulden.[1963] Gemäß Art. 92 (c), 93 (d) Gandolfi-Code liegt keine Nichterfüllung vor, wenn die geschuldete Sache ohne Verschulden des Schuldners verlorengeht. Unbeachtlich ist dabei, ob es sich um eine Stück- oder Gattungsschuld handelt, der Code macht hier im Ergebnis keinen Unterschied. Gemäß Art. 92 aE, 93 aE Gandolfi-Code bleiben die Schadensersatzansprüche erhalten, was jedoch sinnwidrig ist. Wenn der Schuldner kein Verschulden am Verlust der Sache trägt, sind die Voraussetzungen des Art. 162 Abs. 1 Gandolfi-Code nicht erfüllt.[1964]

Auch das deutsche Recht kennt die Abgrenzung zwischen Stück- und Gattungsschulden. Die Frage der Unmöglichkeit ist nur für letztere problematisch. Die Unmöglichkeit bei einer Gattungsschuld tritt nur dann ein, wenn die Schuld auf ein bestimmtes Stück konkretisiert wurde oder wenn die ganze Gattung nicht mehr besteht.[1965] Ob sich die Gattungsschuld zu einer Stückschuld konkretisiert hat, hängt in erster Linie von der Parteiabrede ab.[1966] Wenn nichts vereinbart wurde, greift die Regelung des § 243 Abs. 2 BGB ein. Maßgeblich ist, dass der Schuldner das seinerseits zur Leistung Erforderliche getan hat. Dies hängt wiederum davon ab, welche Handlung geschuldet war: Hol-, Schick- oder Bringschuld.[1967] Das deutsche und das französische Recht kommen also zu demselben Ergebnis: Stückschulden und konkretisierte Gattungschulden können unmöglich werden. Zudem stimmen sie bezüglich des Ausschlusses der Geldschulden aus dem Anwendungsbereich der

[1958] Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 30; *Perillo,* (1997) 5 Tul J Int'l & Comp L 5, 16.
[1959] Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 30.
[1960] Comment B., Art. 8:108 PECL; Comment B., Art. III.-3:104 DCFR.
[1961] Comment B., Art. 8:108 PECL; Comment B., Art. III.-3:104 DCFR.
[1962] Beispiele aus Comment B., Art. 8:108 PECL = Comment B., Art. III.-3:104 DCFR.
[1963] *Düchs,* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S. 234.
[1964] *Düchs,* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S. 234.
[1965] MüKoBGB/*Ernst* BGB § 275 Rn. 35.
[1966] MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 243 Rn. 24.
[1967] Ausführlich hierzu NK-BGB/*Tettinger* BGB § 243 Rn. 21 ff.; MüKoBGB/*Emmerich* BGB § 243 Rn. 25 ff.

force majeure überein: Auch im deutschen Recht findet § 275 BGB auf Geldschulden keine Anwendung, da der Schuldner nach dem Prinzip der unbeschränkten Vermögenshaftung für seine finanzielle Leistungsfähigkeit immer einzustehen hat.[1968]

b) Zeitpunkt der unmöglichen Vertragserfüllung

Die untersuchten Rechtsquellen stimmen im Hinblick auf den zeitlichen Anwendungsbereich nicht miteinander überein. Zwar formuliert Art. 1218 Code civil nicht ausdrücklich, wann das zur Unmöglichkeit der Leistungspflicht führende Ereignis eintreten soll. Dennoch ergibt sich aus den Bestimmungen zum Vertragsinhalt, dass es nach Vertragsschluss stattfinden muss. Denn die Leistungspflicht darf bei Vertragsschluss nicht unmöglich gewesen sein. Gemäß Art. 1163 Code civil[1969] ist nämlich für die Wirksamkeit des Vertrags erforderlich, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Erfüllung der Vertragspflicht möglich ist. Die anfängliche Unmöglichkeit ist also ein Nichtigkeitsgrund.[1970] Von der Kenntnis bzw. Unkenntnis des Schuldners hängt der Schadensersatzanspruch nach Art. 1178 Abs. 4 Code civil ab.[1971]

Auch nach dem Gandolfi-Code führt die anfängliche Unmöglichkeit zur Unwirksamkeit des Vertrags. Gemäß Art. 25, 27 Gandolfi-Code muss der Vertragsinhalt möglich sein. Dementsprechend besteht kein Vertrag, wenn der Gegenstand des Angebots nicht existiert (Art. 137 Abs. 2 b) Gandolfi-Code). Art. 140 Abs. 1 c) Gandolfi-Code bestimmt zudem, dass der Vertrag nichtig ist, wenn einer der wesentlichen Bestandteile fehlt. Darunter fällt der Vertragsinhalt (Art. 5 Abs. 3 iVm Art. 25, 27 Gandolfi-Code). Wie Art. 137 Abs. 2 b) Gandolfi-Code und Art. 140 Abs. 1 c) Gandolfi-Code zu kombinieren sind, ist unklar. Denn ein Vertrag, der nicht besteht, kann nicht nichtig sein. Es steht jedoch fest, dass der Gandolfi-Code und das französische Recht die anfängliche Unmöglichkeit als Hindernis einer Wirksamkeit des Vertrags behandeln und dass demzufolge ein vor Vertragsschluss eingetretenes Ereignis nicht die Voraussetzungen der *force majeure* erfüllen kann.

Im Gegensatz dazu führt die anfängliche Unmöglichkeit nach den anderen europäischen und internationalen Regelwerken nicht zur Nichtigkeit des Vertrags (Art. 3.1.3 UPICC, Art. 4:102 PECL, Art. II.-7:102 DCFR). Dennoch besteht keine

---

[1968] BGH, Urteil vom 25. März 1982 - VII ZR 60/81 = NJW 1982, 1585 ff.; BGH, Urteil vom 28. Februar 1989 - IX ZR 130/88 = NJW 1989, 1276, 1278; Palandt/*Grüneberg* BGB § 275 Rn. 3, § 276 Rn. 28; Jauernig/*Stadler* BGB § 275 Rn. 2.

[1969] Art. 1163 Code civil: L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 272: „Die Verpflichtung kann eine gegenwärtige oder zukünftige Leistung zum Gegenstand haben. Die Leistung muss möglich und bestimmt oder bestimmbar sein. Die Leistung ist bestimmbar, wenn sie aus dem Vertrag, durch Bezug zur Verkehrssitte oder aus früheren Beziehungen der Parteien hergeleitet werden kann, ohne dass ein erneuter Konsens der Parteien notwendig ist."

[1970] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 394.

[1971] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 394.

Einigkeit darüber, ob vorvertragliche Ereignisse vom zeitlichen Anwendungsbereich der *force majeure* umfasst sind.[1972] Die PECL und der DCFR verlangen, dass der Hinderungsgrund nach Vertragsschluss eingetreten ist.[1973] Sie unterscheiden sich von der französischen Rechtslage dadurch, dass sie die Situation über das Anfechtungsrecht lösen (Art. 4:103 PECL, Art. II.-7:201 DCFR).[1974] Wenn der Hinderungsgrund vor Vertragsschluss eingetreten ist und die Parteien keine Kenntnis davon hatten, leiden sie unter einem Rechts- bzw. Tatsachenirrtum und können den Vertrag anfechten. Hingegen umfasst Art. 7.1.7 UPICC Ereignisse, die sowohl vor als nach Vertragsschluss eintreten.[1975] Der Schuldner bleibt also zur Leistung verpflichtet, es sei denn, er weist einen Fall von *force majeure* nach.[1976]

Die anfängliche Unmöglichkeit ist im deutschen Recht in § 311a BGB geregelt. Vor der Schuldrechtsmodernisierung führte die anfängliche objektive Unmöglichkeit gemäß § 306 BGB aF zur Unwirksamkeit des Vertrags. Dies wurde mit § 311a Abs. 1 BGB aufgehoben.[1977] Wenn die Leistungspflicht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gemäß § 275 BGB ausgeschlossen ist, erhält der Gläubiger gemäß § 311a Abs. 2 S. 1 BGB einen Schadensersatzanspruch. Kannte der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht und hat er seine Unkenntnis nicht zu vertreten, ist der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen.[1978] Umstritten ist, ob in diesem Fall der Gläubiger auf Grundlage der Vertrauenshaftung analog zu § 122 BGB Schadensersatz auf das negative Interesse beanspruchen kann. Man könnte nämlich in dem Motivirrtum des Schuldners einen Eigenschaftsirrtum iSd § 119 Abs. 2 BGB sehen.[1979] Für eine Analogie fehlt es allerdings an einer planwidrige Regelungslücke, da § 311a BGB eine abschließende Regelung dahingehend enthält, dass eine Schadensersatzhaftung für anfängliche Unmöglichkeit ein Vertretenmüssen voraussetzt.[1980]

7. Ergebnis

Als Zwischenfazit ist erstens festzuhalten, dass die neue französische Bestimmung zur *force majeure* an Klarheit und Zugänglichkeit gewonnen hat. Der Rechtsvergleich mit den Tatbeständen der Regelwerke ergibt, dass sich das Verständnis der *force majeure* den Regelwerken angenähert hat, auch wenn einige Merkmale noch von der französischen Tradition geprägt sind. Die Unvorhersehbarkeit sowie die Unmöglichkeit der Leistungserbringung bleiben in diesem Sinne weiterhin zwingend erforderlich.

[1972] Ausführlich hierzu: *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 235 ff.
[1973] Comment B., Art. 8:108 PECL; Comment B., Art. III.-3:104 DCFR.
[1974] Comment B., Art. 8:108 PECL; Comment B., Art. III.-3:104 DCFR.
[1975] Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 8.
[1976] Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 8
[1977] Begr. SchuldRModG BT-Drucks. 14/6040, S. 164.
[1978] MüKoBGB/*Ernst* BGB § 311a Rn. 41.
[1979] *Canaris,* JZ 2001, 499, 507 f. Vgl. zudem mit Begr. SchuldRModG BT-Drucks. 14/6040, S. 165, 166.
[1980] Palandt/*Grüneberg* BGB § 311a Rn. 14; MüKoBGB/*Ernst* BGB § 311a Rn. 41; NK-BGB/*Dauner-Lieb* BGB § 311a Rn. 28 f.

Zwar weisen Art. 1218 Abs. 1 Code civil und Art. 162 Abs. 1 S. 2 Gandolfi-Code einige Gemeinsamkeiten auf. Allerdings liegt dies daran, dass der Gandolfi-Code auch von der romanischen (französischen und italienischen) Rechtstradition geprägt ist.[1981] Besonders deutlich wird dies bei der Voraussetzung der *extériorité.*

Da das deutsche Recht ein anderes System zugrunde legt, kann nicht gesagt werden, dass sich nach der Reform die deutsche und französische Rechtslage ähnlicher geworden sind. Allerdings haben sie sich in Bezug auf den Tatbestand der *force majeure* auch nicht weiter voneinander entfernt.

C. Rechtsfolgen bei Vorliegen der *force majeure*

Die Rechtsfolgen müssen nach Ausmaß und Dauer des störenden Ereignisses unterschieden werden.

1. Rechtsfolgen bei vorübergehendem Hinderungsgrund

Ein vorübergehender Hinderungsgrund führt zur entsprechend vorübergehenden Hemmung der Leistungspflicht (a)). Unter Umständen kann der Gläubiger allerdings auch die Auflösung des Vertrags verlangen (b)).

a) Hemmung der Leistungspflicht

Ist der Schuldner nur vorübergehend an der Leistung gehindert, ist seine Leistungspflicht für diese Zeit gemäß Art. 1218 Abs. 2 S. 1 Code civil gehemmt. Diese Lösung wurde schon im Jahr 1888 von der *Cour de cassation* anerkannt, sodass der Gesetzgeber in dieser Hinsicht nichts Neues geregelt hat.[1982] Es scheint erst einmal widersprüchlich, dass einerseits die Unmöglichkeit der Leistungspflicht gemäß Art. 1218, 1351 Code civil verlangt wird, andererseits aber die vorübergehende Hinderung in Betracht gezogen wird. Denn entweder macht ein Ereignis die Erfüllung des Vertrags endgültig unmöglich oder die Leistung ist nicht unmöglich und es liegt kein Fall der Unmöglichkeit vor. So soll die Regelung aber nicht verstanden werden. Unbeachtlich ist die Dauer der *force majeure*. Wichtig ist, wozu der Schuldner verpflichtet war.[1983] Zerstörte ein Sturm den Vertragsgegenstand und handelte es sich um eine Stückschuld, so liegt ein endgültiger Hinderungsgrund vor und der Schuldner ist für die Nichterfüllung seiner Leistungspflicht entschuldigt. Wurde hingegen der Vertragsgegenstand nicht vom Sturm berührt, ist aber der Transport des Gegenstands während des Sturms unmöglich, wird der Schuldner nur für diese Zeit entschuldigt und der Gläubiger kann für die verspätete Leistung keinen Schadensersatz gemäß Art. 1231-1 Code civil verlangen.

[1981] *Siehr* in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts, S. 260. Siehe dazu Kapitel 1 § 2 A 2.
[1982] 1ère Civile, 15. Februar 1888, DP 1888.1.203.
[1983] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 623.

Eine ähnliche Lösung hierzu ist in Art. 7.1.7 (2) UPICC, Art. 8:108 (2) PECL und Art. III.-3:104 (3) DCFR zu finden.[1984] Der Gandolfi-Code spricht hingegen die vorübergehende Leistungserschwerung nicht an. Art. 162 Abs. 1 Gandolfi-Code listet wieder die drei Formen der Leistungsstörung (Nichterfüllung, nicht ordnungsgemäße Leistung und Verzug) auf[1985] und normiert eine einheitliche Rechtsfolge dergestalt, dass der Schuldner bei Nachweis der *force majeure* von seiner Schadensersatzpflicht befreit ist.

Auch im deutschen Recht gibt es keine besondere Regelung zur vorübergehenden Leistungsunmöglichkeit. Grund hierfür ist die Kritik des Bundesrates[1986] an dem Regierungsentwurf zu diesem Thema.[1987] Auf Empfehlung des Bundestagsrechtsauschusses sollte diese Frage der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen werden.[1988] Es wurde somit der Rechtsprechung und der Literatur anheimgestellt, die Einzelheiten der vorübergehenden Unmöglichkeit zu bestimmen.[1989] Ein vorübergehendes Leistungshindernis führt entsprechend § 275 BGB für den Schuldner zur Befreiung seiner Leistungspflicht für die Dauer des Hindernisses sowie für den Gläubiger zur Suspendierung seiner Gegenleistungspflicht.[1990] Unbeachtlich ist dabei das Verschulden des Schuldners für die Unmöglichkeit. Dies ist nur für die Frage des Schadensersatzanspruches relevant.[1991]

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass alle untersuchten Rechtsquellen die Hemmung der Leistungspflicht als eine der Rechtsfolgen der vorübergehenden Unmöglichkeit regeln.

b) Aufhebung des Vertrags bei wesentlicher Nichterfüllung

Eine vorübergehende Hinderung kann allerdings zur Vertragsaufhebung führen, wenn die Einhaltung der Leistungszeit ein wesentlicher Bestandteil des Vertrags für Fixgeschäften den Gläubiger war (Art. 1218 Abs. 2 S. 1 aE Code civil). Infolgedessen kann bei solchen Geschäften der Gläubiger die Auflösung gemäß Art. 1224, 1226 Code civil erklären oder gemäß Art. 1224, 1227 f. Code civil beantragen.[1992]

Art. 7.1.7 (4) UPICC regelt einheitlich für das vorübergehende und das endgültige Leistungshindernis die Möglichkeit der Vertragsaufhebung. Der Gläubiger ist so-

[1984] Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 44; Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 26; Comment D., Art. III.-3:104 DCFR.
[1985] Dazu oben Kapitel 4 § 10 I A 2.
[1986] Stellungnahme BR, BT-Drucks. 14/6857, S. 11 f.
[1987] MüKoBGB/*Ernst* BGB § 275 Rn. 139. Siehe auch *Arnold,* JZ 2002, 866, 867 f.
[1988] Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks 14/7052, S. 183.
[1989] MüKoBGB/*Ernst* BGB § 275 Rn. 139; NK-BGB/*Dauner-Lieb* BGB § 275 Rn. 68.
[1990] MüKoBGB/*Ernst* BGB § 275 Rn. 141; NK-BGB/*Dauner-Lieb* BGB § 275 Rn. 68
[1991] *Arnold,* JZ 2002, 866, 868; *Faust,* in: *Huber/Faust,* Schuldrechtsmodernisierung, Kapitel 8, Rn. 11; MüKoBGB/*Ernst* BGB § 275 Rn. 141; Palandt/*Grüneberg* BGB § 275 Rn. 10.
[1992] Zur Vertragsauflösung siehe oben Kapitel 4 § 10 III E.

mit bei Vorliegen der *force majeure* grundsätzlich berechtigt, den Vertrag aufzuheben.[1993] Hierfür müssen zusätzlich die Voraussetzungen des Art. 7.3.1 UPICC erfüllt sein.[1994] Die PECL und der DCFR weisen nicht unmittelbar auf die Vertragsaufhebung bei vorübergehendem Hinderungsgrund hin. Art. 8:108 (2) PECL und Art. III.-3:104 (3) DCFR besagen, dass, wenn die Verspätung eine wesentliche Nichterfüllung darstellt, der Gläubiger berechtigt ist, sie so zu behandeln. Da für die Vertragsaufhebung gemäß Art. 9:301 ff. PECL und Art. III.-3:502 DCFR eine wesentliche Nichterfüllung vorausgesetzt wird,[1995] kann der Gläubiger bei vorübergehendem Hinderungsgrund auch die Vertragsaufhebung verlangen.

Während das Recht zur Vertragsaufhebung bei vorübergehender Unmöglichkeit nach dem Code civil und nach den Regelwerken unproblematisch ist, ist die Frage im deutschen Recht nicht geklärt. Wenn die vorübergehende Unmöglichkeit in eine endgültige übergeht, gelten ohnehin die §§ 275, 326 Abs. 5 BGB und der Gläubiger kann zurücktreten.[1996] Es stellt sich die Frage, ob der Gläubiger eine von der endgültigen Unmöglichkeit unabhängige frühzeitige Rücktrittsmöglichkeit erhält.[1997] Denn der Gläubiger kann gemäß § 323 Abs. 1 BGB bei jeder Verspätung unter Einhaltung einer angemessenen Frist zurücktreten. Warum sollte dies nicht möglich sein, wenn der Schuldner gemäß § 275 BGB an der Leistung vorübergehend gehindert ist? Hierzu gibt es mehrere Lösungsansätze: Erstens die analoge Anwendung des § 326 Abs. 5 BGB und die Zulassung des Rücktritts, wenn der Gläubiger das Interesse an der Leistung entsprechend §§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 5 S. 1 BGB verloren hat,[1998] zweitens die analoge Anwendung des § 323 BGB.[1999]

Da die erste Ansicht nicht den ursprünglichen Wertungswiderspruch zu beseitigen vermag, ist auf § 323 Abs. 1 BGB abzustellen.[2000] Demnach ist erforderlich, dass der Gläubiger dem Schuldner eine Frist setzt. Bei endgültiger Unmöglichkeit ist § 326 Abs. 5 BGB einschlägig.[2001] Diese Ansicht ermöglicht eine gerechte Abwägung zwischen den Interessen des Gläubigers und jenen des Schuldners, der noch eine Chance zur Leistung erhält.[2002]

2. Die Rechtsfolgen bei endgültigem Hinderungsgrund

Das Vorliegen eines endgültigen Hinderungsgrundes, der zum vollständigen Ausbleiben der Leistung führt, entfaltet sich in zwei Richtungen, *effet libératoire* (dazu

---

[1993] Commentary on PICC/*Pichonnaz*, Art. 7.1.7 Rn. 46.
[1994] Siehe oben Kapitel 4 § 10 III E.
[1995] Siehe oben Kapitel 4 § 10 III E.
[1996] Siehe unten Kapitel 4 § 11 II C 2 c).
[1997] Zum Folgenden: MüKoBGB/*Ernst* BGB § 275 Rn. 150 ff.
[1998] *Faust,* in: *Huber/Faust,* Schuldrechtsmodernisierung, Kapitel 8, Rn. 9
[1999] *Wieser,* MDR 2002, 858, 861 f.; *Canaris,* JZ 2001, 499, 510; ders. FS Huber, 2006, 143, 151 ff.; MüKoBGB/*Ernst* BGB § 275 Rn. 150 ff.; NK-BGB/*Dauner-Lieb* BGB § 275 Rn. 68; *Arnold*, JZ 2002, 866 ff.; *Maier-Reimer*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt* (Hg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, S. 291, 305 f.; *Wertenbruch*, ZGS 2003, 53, 59.
[2000] MüKoBGB/*Ernst* BGB § 275 Rn. 151. Auch so Palandt/*Grüneberg* BGB § 275 Rn. 11.
[2001] Palandt/*Grüneberg* BGB § 275 Rn. 11.
[2002] *Canaris* FS Huber, 2006, 143, 154 f.

a) und b)) und *effet résolutoire* (c)). Es stellt sich die Frage, ob der Fall eines endgültigen Hinderungsgrunds, der aber einen Teil der Leistung betrifft, dieselben Auswirkungen hat (d)).

a) Auswirkung auf die primären Leistungspflichten

Die durch einen endgültigen Hinderungsgrund begründete *force majeure* befreit grundsätzlich Schuldner (1) und Gläubiger (2) von ihren jeweiligen primären Leistungspflichten.

(1) Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht

i. Aus Art. 1351 Code civil?

Art. 1218 Abs. 2 Code civil verweist auf Art. 1351 f. Code civil. Art. 1351 Code civil regelt den Leistungsausschluss bei Unmöglichkeit. Der Schuldner ist nach dieser Vorschrift nur dann von seiner vermutlich primären Leistungspflicht befreit, wenn die Unmöglichkeit aufgrund der *force majeure* eintritt. Demzufolge ist die Leistungserbringung – trotz Unmöglichkeit – nicht ausgeschlossen, wenn der Schuldner für die Unmöglichkeit verantwortlich ist. Wie oben gesprochen ist nämlich für die *force majeure* erforderlich, dass der Hinderungsgrund außerhalb der Kontrolle des Schuldners entsteht. Er darf also den Eintritt des Ereignisses nicht zu vertreten haben.[2003] Wenn das Vertretenmüssen zu bejahen ist, dann liegt kein Fall der *force majeure* vor, allerdings bleibt die Unmöglichkeit dennoch bestehen.

Das deutsche Recht verfügte vor der Schuldrechtsmodernisierungsreform über eine ähnliche Regelung, § 275 Abs. 1 BGB aF, die auch in Art. 128 Abs. 3 g) Gandolfi-Code wiederzufinden ist.[2004] Sie lautete:

> „Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird."

Dem Wortlaut nach ließ also nachträgliche Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1 BGB aF die Leistungspflicht des Schuldners nur dann entfallen, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hatte. Die damalige herrschende Meinung in der Literatur wandte die Vorschrift über den Wortlaut hinaus auch bei zu vertretenden Leistungshindernisse an.[2005] Denn die Primärleistungspflicht sei auch dann erloschen, wenn der Schuldner den Eintritt der Unmöglichkeit zu vertreten habe. Entscheidend sei allerdings das Vertretenmüssen für die Haftung nach §§ 280, 286,

[2003] Siehe Kapitel 4 § 11 II A 2.
[2004] Art. 128 Abs. 3 g) Gandolfi-Code: 3. Die aus dem Vertrag entstandenen Verpflichtungen erlöschen: […]; g) wegen Verlusts oder erheblicher Verschlechterung der geschuldeten Sache oder wegen vom Schuldner nicht zu vertretender Unmöglichkeit der Leistung, soweit nicht Art. 162 etwas anderes bestimmt; […].
[2005] Palandt/*Heinrichs*, 61. Auflage, 2002, § 275 Rn. 24.

325, 326, 283 BGB aF.[2006] Im neuen Schuldrecht wurde auf die Verknüpfung zwischen Verschulden und Unmöglichkeit verzichtet:[2007] *impossibilium nulla est obligatio* und zwar ohne Rücksicht auf seiner Unfähigkeit.[2008]

Wie die Praxis mit der französischen Vorschrift nun umgehen wird, bleibt offen. Anknüpfend an die deutsche Erfahrung bieten sich zwei Lösungswege an. Eine erste Möglichkeit wäre, den Wortlaut des Art. 1351 Code civil weit auszulegen, sodass die zu vertretende Unmöglichkeit auch umfasst und der Schuldner in jedem Fall von seiner primären Leistungspflicht befreit wird. Allerdings passt der zweite Teil des Absatzes nicht mehr. Denn auch bei schuldhaft verursachter Unmöglichkeit kann der Schuldner trotz Mahnung oder vertraglich vereinbarter Garantieklausel nicht leisten. Eine andere Lösung wäre Art. 1351 Code civil nur auf Sekundärleistungspflichten anzuwenden. Demnach wäre der Schuldner von seiner *Haftung*spflicht befreit, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten, d. h. also, wenn ein Fall der *force majeure* vorliegt, es sei denn, er hat eine Garantie übernommen oder er wurde vom Gläubiger gemahnt, zu leisten. Demzufolge müsste Art. 1351 Code civil mit folgendem Zusatz verstanden werden:

> L'impossibilité d'exécuter la prestation *exonère* le débiteur *de sa responsabilité* à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure.

Die Vermischung zwischen Ausschluss der Primär- und Sekundärleistungspflichten in Art. 1351 Code civil schadet dem Verständnis der Vorschrift. Das Zusammenspiel von Art. 1218, 1231 ff., 1351 Code civil wird dadurch erschwert und der Überblick über die Rechtsfolgen der *force majeure* geht verloren. Der französische Gesetzgeber hätte die Erfahrung Deutschlands erneut abrufen sollen.[2009] Nach dem hier vertretenen Ansatz ist also Art. 1351 Code civil auf Sekundärebene zu prüfen und betrifft nicht den primären Leistungsausschluss.

Es bedürfte allerdings einer zusätzlichen Vorschrift, die festlegt, dass die Unmöglichkeit immer oder mindestens die *force majeure* zum Ausschluss der primären Leistungspflicht führt.

ii. Aus Art. 1221 Code civil?

Wie oben gesehen regelt Art. 1221 Code civil die zwangsweise Erfüllung in Natur.[2010] Die Norm bestimmt, dass der Anspruch auf Naturalerfüllung dann ausgeschlossen ist, wenn die Leistungserbringung unmöglich geworden ist. Darunter fällt notwendigerweise die *force majeure*. Infolgedessen scheidet ein Anspruch auf Naturalerfüllung bei Vorliegen der *force majeure* aus.

[2006] Vgl. Palandt/*Heinrichs*, 61. Auflage, 2002, § 275 Rn. 24.
[2007] NK-BGB/*Dauner-Lieb* BGB § 275 Rn. 13.
[2008] Begr. SchuldRModG BT-Drucks. 14/6040 S. 127.
[2009] Siehe oben Kapitel 4 § 10 III E.
[2010] Siehe oben Kapitel 4 § 10 III B.

Zu beachten ist jedoch, dass Art. 1221 Code civil im Abschnitt über die Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung geregelt ist. Somit ergibt sich hier eine ähnliche Problematik wie in Deutschland zu § 241 Abs. 1 BGB:[2011] Stellt Art. 1221 Code civil einen Rechtsbehelf als Sanktion für die Nichterfüllung dar? Oder handelt es sich um den klagbaren originären Erfüllungsanspruch? Art. 1341 Code civil[2012] regelt zwar den primären Erfüllungsanspruch, allerdings nicht dessen Ausschluss. Zudem wirft die Literatur dem Gesetzgeber vor, dass Art. 1221 und 1341 Code civil redundant seien.[2013] Art. 1341 Code civil habe nur eine symbolische Wirkung. All dies spricht dafür, dass Art. 1221 Code civil den Ausschluss des primären Leistungsanspruchs umfassen könnte.

Allerdings spricht dagegen schon die Systematik. Weiterhin wird eine Nichterfüllung vorausgesetzt, sodass der ursprüngliche Erfüllungsanspruch nicht erfüllt werden muss. Zudem deutet das Erfordernis einer Mahnung darauf hin, dass es sich eher um einen Sekundäranspruch handelt. Letztlich verweist Art. 1218 Code civil nicht auf Art. 1221 Code civil. Infolgedessen betrifft Art. 1221 Code civil nicht den primären Leistungsanspruch. Vielmehr handelt es sich um einen Rechtsbehelf bei Nichterfüllung.

iii. Aus Art. 1218 Abs. 2 S. 2 Code civil?

Art. 1218 Abs. 2 S. 2 Code civil sieht vor, dass der Vertrag automatisch aufgehoben wird, wenn der Hinderungsgrund endgültig ist. Da die vertragliche Beziehung aufgelöst ist, kann spätestens hieraus entnommen werden, dass der Schuldner von seiner primären Leistungspflicht befreit ist.

Der DCFR regelt ausdrücklich, dass die Leistungspflicht des Schuldners im Fall der *force majeure* erlischt, wenn das Ereignis endgültig und dauerhaft ist, Art. III.-3:104 (4) DCFR. Die Rechtsfolgen der *force majeure* nach den UPICC und den PECL betreffen nicht die primäre Leistungspflicht. Denn nach diesen Regelwerken bleibt der Vertrag auch im Fall der *force majeure* weiterhin bestehen. Die Exkulpierung der *force majeure* führt also nicht zum automatischen Erlöschen der primären Leistungspflichten.[2014] Dies ist jedoch eine logische Konsequenz, weil der Tatbestand der *force majeure* in den UPICC und PECL nicht nur Unmöglichkeitsfälle umfasst, sondern auch erhebliche Leistungserschwernisse.[2015] Die PECL sehen eine Regelung für den Fall vor, wenn das Ereignis ein endgültiges und dauerhaftes Hinderungsgrund ist. In diesem Fall ist der Vertrag gemäß Art. 9:304 (4) PECL automatisch aufgehoben und die Parteien sind von ihren primären Leistungspflichten befreit.[2016]

[2011] Siehe oben Kapitel 4 § 10 III B.
[2012] Art. 1341 Code civil: Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi. Übersetzung: Der Gläubiger hat Anspruch auf die Erfüllung der Verpflichtung; er kann den Schuldner unter den gesetzlich vorgesehenen Bedingungen dazu zwingen.
[2013] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 916.
[2014] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 345 f.
[2015] Siehe oben Kapitel 4 § 11 II A 5 b) (1).
[2016] *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 346.

iv. Ergebnis

Die Auswirkung der *force majeure* auf die primäre Leistungspflicht des Schuldners ist also im Code civil nicht ausdrücklich geregelt. Es steht nach französischem Recht außer Frage, dass der Schuldner bei *force majeure* von seiner primären Leistungspflicht befreit ist. Denn *impossibilium nulla est obligatio*.

Weil die französische Vorschrift für den Tatbestand der *force majeure* die Unmöglichkeit der Leistungserbringung verlangt, jedoch nicht die Auswirkung der Unmöglichkeit auf die primäre Leistungspflicht regelt, stellt sich die Frage nach der Rechtsgrundlage. Art. 1218 Code civil folgt dem Modell der Regelwerke, ohne es jedoch ganz zu übernehmen. Es kommt also zu Unstimmigkeiten, weil der Gesetzgeber der französischen Rechtstradition treu bleiben wollte. Eine Vorschrift über den primären Leistungsausschluss des Schuldners bei *force majeure* wäre wünschenswert gewesen, um dadurch die Rechtsklarheit zu verbessern.

(2) Befreiung des Gläubigers von seiner Gegenleistungspflicht

Vor der Reform galt die Paarformel *res perit debitori/res perit domino.*[2017] Erstere wurde zwar nicht in der *ordonnance* ausdrücklich übernommen. Jedoch gilt der Grundsatz weiterhin, dass grundsätzlich der Schuldner die Gefahr des Leistungsuntergangs trägt.[2018] Infolgedessen kann er nicht die Gegenleistung verlangen und der Gläubiger ist dementsprechend befreit. Dies kann aus der automatischen Vertragsauflösung gemäß Art. 1218 Abs. 2 S. 2 Code civil entnommen werden. Durch die automatische Vertragsauflösung verliert nämlich die Gegenleistungspflicht bei gegenseitig verpflichtenden Schuldverträgen gleichzeitig ihre Rechtsgrundlage.[2019]

Wie auch vor der Reform ändert sich die Rechtslage zulasten des Gläubigers, wenn er schon Eigentümer geworden ist, *res perit domino.* Art. 1196 Code civil[2020] ersetzt insoweit Art. 1138 Code civil aF.[2021] Wenn also der Gläubiger schon Eigentümer geworden ist, was nach französischem Recht bereits mit Abschluss des Kaufvertrages der Fall ist (Art. 1196 Abs. 1, 1583 Code civil), trägt er gemäß Art. 1196 Abs. 3 S. 1 Code civil die Gefahr des Leistungsuntergangs und er ist weiterhin verpflichtet,

---

[2017] Siehe Kapitel 4 § 11 I B 1.

[2018] *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 2037 – Principe et exception relatifs à la théorie des risques.

[2019] *Sonnenberger* ZEuP 2017, 6, 54; *Ancel,* Impossibilité et force majeure: un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations, in: Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz, S. 25, 38, Rn. 17.

[2020] Art. 1196 Code civil : Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat. Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi. Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 281: „Bei Verträgen, die die Übertragung von Eigentum oder eines anderen Rechts zum Gegenstand haben, erfolgt der Übergang zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Dieser Übergang kann durch den Willen der Parteien, aufgrund der Natur der Sache oder kraft Gesetzes hinausgeschoben werden. Der Eigentumsübergang bewirkt den Übergang der Sachgefahr. Der zur Lieferung der Sache verpflichtete Schuldner trägt aber ab dem Zeitpunkt seiner Mahnung gemäß Art. 1344-2 und vorbehaltlich der Regeln des Art. 1351-1 wieder die Sachgefahr."

[2021] *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 2037 – Principe et exception relatifs à la théorie des risques.

die Gegenleistung zu erbringen.[2022] Zwar ist der Gläubiger nicht unmittelbarer Besitzer geworden. Allerdings hat er Eigentum an der Sache erlangt, was ihm zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet.[2023]

Art. 1196 Abs. 3 S. 2 Code civil sieht eine Ausnahme vor: Wenn der Schuldner gemahnt wurde, geht die Gefahr wieder auf ihn über. Er kann sich allerdings bei Verlust der Sache gemäß Art. 1196 Abs. 3 S. 2, 1351-1 Abs. 1 Code civil erneut exkulpieren, wenn er den Beweis erbringen kann, dass auch bei rechtzeitiger Leistung die Sache verlorgen gegangen wäre. In diesem Fall kann der Sachleistungsgläubiger die Abtretung der Ersatzansprüche des Schuldners gegen den eventuellen Dritten verlangen. Dies ist wiederum merkwürdig, da der Vertrag automatisch aufgelöst sein soll. Es besteht also keine vertragliche Grundlage mehr. Dennoch ist der Gläubiger dazu verpflichtet, die Gegenleistung zu erbringen, und der Schuldner dazu, seine Ersatzansprüche abzutreten.

Der Gandolfi-Code stößt auf dasselbe Problem.[2024] Gemäß Art. 111 Abs. 1 Gandolfi-Code kann der Gläubiger die Erfüllung bei objektiver Unmöglichkeit nicht verlangen, sodass er grundsätzlich auch nicht die Gegenleistungspflicht erbringen muss. Jedoch gibt es ähnlich zum französischen Recht eine Gefahrtragungsregel, die dazu führt, dass der Gläubiger zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet bleibt. Art. 46 Abs. 4 iVm Abs. 1 Gandolfi-Code ordnet nämlich an, dass ab Eigentumsübergang der Erwerber des Gegenstands die Gefahr für diesen trägt. Wie auch im französischen Recht lässt sich im Gandolfi-Code keine vertretbare Lösung finden, worauf sich ein Ausschluss der Gegenleistungspflicht stützen lässt.

Nach deutschem Recht entfällt die Gegenleistungspflicht gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB iVm § 275 BGB, wenn der Schuldner nicht zu leisten braucht. Anders als im französischen Recht muss der Gläubiger nur dann die Gegenleistung erbringen, wenn die Voraussetzungen gemäß § 326 Abs. 2 S. 1 BGB erfüllt sind. Wenn also der Gläubiger für die Unmöglichkeit der Leistungspflicht alleine oder weit überwiegend verantwortlich ist, behält der Schuldner seinen Anspruch auf die Gegenleistung. Im Vorliegen eines Falles der *force majeure* trägt der Natur nach weder der Schuldner noch der Gläubiger das Verschulden, sodass sowohl Leistung als auch Gegenleistung ausgeschlossen sind. Zudem erhält der Gläubiger ein Wahlrecht. Er kann gemäß § 285 BGB die Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen. Allerdings bleibt er in diesem Fall gemäß § 326 Abs. 3 S. 1 BGB zur Gegenleistung verpflichtet. Nach französischem Recht erhält der Gläubiger kein Wahlrecht. Gemäß Art. 1351-1 Code civil muss der Schuldner ihm bei fehlendem Verschulden seinerseits seine Ansprüche gegen Dritte (zum Beispiel Versicherer) abtreten. Da der Gläubiger das Risiko des Leistungsuntergangs in diesem Fall trägt, bleibt er wie im deutschen Recht gemäß § 326 Abs. 3 S. 1 BGB zur Gegenleistung verpflichtet.

[2022] *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. 669.
[2023] *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 2037 – Principe et exception relatifs à la théorie des risques.
[2024] Zum Folgenden: *Düchs,* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S. 243 ff.

Die deutsche Lösung hat den Vorteil, dass sie sich an dem Verschulden der Parteien orientiert und nicht an dem zufälligen Zeitpunkt des Leistungsuntergangs. Im Gegensatz dazu kann es nach französischem Recht vorkommen, dass der Gläubiger auch ohne jegliches Verschulden trotz Unmöglichkeit weiterhin verpflichtet ist, die Gegenleistung zu erbringen. Demnach muss der Käufer eines Schiffes, das vor seiner Lieferung gestohlen worden ist, nach französischem Recht den Kaufpreis zahlen, nach deutschem Recht bei fehlendem Verschulden beider Parteien nicht.[2025]

Gemäß Art. III.-3:104 (4) DCFR erlischt auch die Gegenleistungspflicht des Gläubigers, wenn der Schuldner wegen höherer Gewalt verhindert ist und der Hinderungsgrund endgültig ist. Dieser Ausschluss hängt nicht vom Eigentumsübergang ab. Auch nach den PECL und UPICC erlischt die Gegenleistungspflicht, wobei dies erst stattfindet, wenn der Vertrag aufgehoben wird.[2026]

Es ist somit zu bedauern, dass das französische Recht keine klare Bestimmung zum Erlöschen der Gegenleistungspflicht des Gläubigers beinhaltet. Dass die frühere Regelung *res perit domino* im französischen Recht beibehalten worden ist, führt dazu, dass der Gläubiger bei Verträgen mit sofortiger Eigentumsübertragung verpflichtet bleibt, die Gegenleistung zu erbringen. Zwar werden ihm Ersatzansprüche abgetreten, wenn es solche geben sollte. Allerdings steht dies zum einen im Widerspruch zur automatischen Vertragsauflösung. Zum anderen sollte er ein Wahlrecht zwischen der Zahlung der Gegenleistung und der Abtretung der Ersatzansprüche einerseits oder der Nichterbringung der Gegenleistung andererseits, ähnlich zum deutschen Recht, erhalten. Dies würde dem Gläubiger ermöglichen, frei zu entscheiden, was für ihn am günstigen ist.

b) Auswirkung auf die sekundären Leistungspflichten

Nach der hier vertretenen Ansicht regeln Art. 1351 f. Code civil die Auswirkung der *force majeure* auf die sekundären Leistungspflichten. Grundsätzlich wird der Schuldner von seiner Haftungspflicht befreit (1). Allerdings sieht Art. 1351 f. Code civil Ausnahmen vor (2).

(1) Grundsatz: Haftungsausschluss

Hier sind die untersuchten Rechtsquellen einer Meinung: Die *force majeure* führt dazu, dass die Nichterfüllung des Schuldners entschuldigt ist. Im französischen Recht ist vom *effet exonératoire de responsabilité* die Rede. Zwei Rechtsbehelfe sind betroffen: die zwangsweise Naturalerfüllung und der Schadensersatz.

Art. 1218 Abs. 2 Code civil regelt diese Befreiungswirkung nicht unmittelbar. Vielmehr müssen die Vorschriften zu den betroffenen Rechtsbehelfen herangezogen werden. Wie oben erwähnt regelt Art. 1221 Code civil die zwangsweise Naturalerfüllung.[2027] Der Gläubiger kann sich allerdings nicht darauf berufen, wenn die Leis-

[2025] 1ère Civile, 10. Oktober 1995, Nr. 93-18.457, Bull. civ. I, Nr. 361, S. 252.
[2026] Dazu siehe unten Kapitel 4 § 11 II C 2 c).
[2027] Siehe oben Kapitel 4 § 10 III B.

tung unmöglich geworden ist. Darunter fallen sowohl die von dem Schuldner verschuldete als auch die aufgrund der *force majeure* eingetretene Unmöglichkeit.[2028] Art. 1231-1 Code civil bestimmt ausdrücklich, dass der Schadensersatzanspruch bei *force majeure* ausgeschlossen ist.[2029] Der Anspruch bleibt jedoch bei vom Schuldner verschuldeter Unmöglichkeit bestehen.

Art. 7.1.7 (4) UPCC, Art. 8:101 (2) PECL und Art. III.-3:101 (2) DCFR verfolgen eine ähnliche Lösung und setzen den Schwerpunkt auf die Entlastungswirkung der *force majeure*.[2030] Der Gandolfi-Code definiert und regelt die *force majeure* in der Vorschrift zur vertraglichen Haftung. Infolgedessen wirkt sich die *force majeure* primär auf den Schadensersatzanspruch aus, wobei Art. 97 Abs. 2 Gandolfi-Code die Bedeutung der Entlastung mindert.[2031] Ähnlich dem französischen Recht regelt Art. 111 Abs. 1 Gandolfi-Code, dass der Anspruch auf Erfüllung entfällt, wenn die Leistung unmöglich geworden ist. Damit sind auch Fälle der *force majeure* gemeint.

Nach dem deutschen Recht richtet sich der Schadensersatzanspruch nach dem Verschulden des Schuldners und des Gläubigers, § 275 Abs. 4 iVm §§ 280, 283, 311a BGB. Wenn aufgrund eines unabwendbaren, unvorhersehbaren Ereignisses die Leistung unmöglich geworden ist und den Schuldner dabei kein Verschulden trifft, kommen das deutsche und das französische Recht zum selben Ergebnis: Der Gläubiger hat weder einen Anspruch auf Erfüllung noch auf Schadensersatz.

(2) Ausnahme: Art. 1351 f. Code civil

Art. 1351 Code civil sieht zwei Ausnahmen vom Grundsatz der Haftungsbefreiung vor. Zum einen befreit die *force majeure* den Schuldner von seiner Haftungspflicht nicht, wenn er sich verpflichtet hat, für die *force majeure* einzustehen. Dies wird oft in Form einer Garantieklausel stattfinden.[2032] Ob der Schuldner für die *force majeure* einzustehen hat, hängt eng mit der Bestimmung seines Verantwortungsbereichs zusammen. Das französische Recht trennt also zwischen der Bestimmung des Verantwortungsbereichs des Schuldners auf Tatbestandsebene und der Garantiehaftung auf Rechtsfolgenebene. Bei ersterem geht es darum, die implizite vertragliche Risikoverteilung zu bestimmen. Wenn es sich um ein Ereignis handelt, das in den Verantwortungsbereich des Schuldners fällt, liegt keine *force majeure* vor. Die Vereinbarung einer Garantiehaftung ändert zwar nichts daran, dass das

[2028] *Ancel,* Impossibilité et force majeure: un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations, in: Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz, S. 25, 33, Rn. 12.
[2029] Dazu *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 677; *Ancel,* Impossibilité et force majeure: un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations, in: Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz, S. 25, 37 ff., Rn. 17 ff.; *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, 2034 – Libération par l'effet de la force majeure; *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 87 ff.
[2030] *Ancel,* Impossibilité et force majeure: un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations, in: Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz, S. 25, 38 f., Rn. 18.
[2031] Dazu siehe oben Kapitel 4 § 11 II A 1.
[2032] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 1050; *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 105.

Ereignis nicht zum Einflussbereich des Schuldners zählt, sodass die Voraussetzungen der *force majeure* zunächst gegeben sind. Allerdings stimmte er vertraglich zu, die Folgen der *force majeure* zu tragen.[2033] Infolgedessen greift die Befreiungswirkung nicht ein. Die UPICC, die PECL und der DCFR regeln diese Frage eher auf Tatbestandsebene und erachten die Risikoverteilung als eine selbständige Voraussetzung der *force majeure*.[2034] Der Gandolfi-Code regelt die Angelegenheit anders. Gemäß Art. 97 Abs. 2 S. 2 Gandolfi-Code muss der Schuldner, wenn der Vertrag ausdrücklich oder implizit ein Garantieversprechen bezüglich der Erfüllung der Leistung enthält, den Vertrauensschaden ersetzen. Die Folgen eines Garantieversprechens gehen also im französischen Recht weiter als nach dem Gandolfi-Code, da im französischen Recht die Exkulpation ausgeschlossen ist und der Schuldner gemäß Art. 1217 ff. Code civil haftbar bleibt.

Die zweite Ausnahme des Art. 1351 Code civil liegt vor, wenn der Schuldner gemahnt wurde.[2035] Mahnt der Gläubiger den Schuldner gemäß Art. 1344 Code civil, dass er leisten muss, kann er sich nicht mehr auf die *force majeure* für den Leistungsausschluss berufen. Denn hätte er sofort geleistet, wäre er nicht mit der *force majeure* konfrontiert gewesen. Die Mahnung ist vor allem bei Verträgen mit Eigentumsübertragung von Bedeutung. Anders als im deutschen erfolgt im französischen Recht die Eigentumsübertragung grundsätzlich bei Vertragsschluss, Art. 1196 Abs. 1 Code civil. Infolgedessen geht die Gefahr auf dem Gläubiger sofort über, sodass bei Untergang der Sache der Gläubiger nicht befreit ist. Allerdings macht Art. 1351 Code civil den Übergang wieder rückgängig. Nach Mahnung trägt der Schuldner gemäß Art. 1344-2 Code civil[2036] erneut die Gefahr des zufälligen Leistungsuntergangs, obwohl das Eigentum schon beim Gläubiger liegt, mit der Folge, dass die Befreiungswirkung nicht eintritt. Art. 1351-1 Code civil[2037] regelt jedoch die Ausnahme von der Ausnahme: Bei Verlust der Sache ist der Schuldner trotz Mahnung befreit, wenn er nachweisen kann, dass die Sache auch untergegangen wäre, wenn er seine Leistung erfüllt hätte. Wenn also die Sache wegen eines Brandes im Haus des Schuldners zerstört wurde, ist er nicht nach Art. 1351-1 Code civil befreit. Wenn aber Schuldner und Gläubiger im selben Viertel wohnen und ein Brand entsteht, der dazu führt, dass beide Häuser zerstört werden, wäre auch bei sofortiger Leistung des Schuldners die Sache untergegangen, sodass er gemäß

[2033] *Chantepie,* Contrat: effets, Répertoire de droit civil, Rn. 241.
[2034] Dazu *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 116 ff.
[2035] Zum Folgenden: *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 1050.
[2036] Art. 1344-2 Code civil: La mise en demeure de délivrer la chose met les risques à la charge du débiteur, s'ils n'y sont déjà. Übersetzung: Durch die Mahnung zur Lieferung der Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs auf den Schuldner über, wenn er sie nicht bereits trägt.
[2037] Art. 1351-1 Code civil: Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécuter. Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose. Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 311: „Wenn die Unmöglichkeit der Leistungserbringung aus dem Verlust der geschuldeten Sache resultiert, ist der in Verzug gesetzte Schuldner dennoch von der Leistungspflicht befreit, wenn er nachweisen kann, dass der Verlust gleichfalls eingetreten wäre, wenn die Verpflichtung erfüllt worden wäre. Er ist allerdings dazu verpflichtet, die Rechte und Ansprüche an der Sache an seinen Gläubiger abzutreten."

Art. 1351-1 Code civil dennoch befreit ist.[2038] Der Schuldner ist in diesen Fall verpflichtet, dem Gläubiger seine Ansprüche gegen Dritte abzutreten (Art. 1351-1 Abs. 2 Code civil).[2039]

Insgesamt ähneln Art. 1344-2, 1351 f. Code civil § 287 BGB und Art. 96 Abs. 2 S. 2 Gandolfi-Code. Demnach haftet der Schuldner während des Verzugs für jede Fahrlässigkeit und auch für Zufall, es sei denn, der Schaden wäre auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten.[2040] Eine vergleichbare Lösung hierzu ist in den weiteren Regelwerken nicht zu finden.[2041] Die UPICC, die PECL und der DCFR kennen nämlich keinen besonderen Verzugstatbestand, sondern behandeln die Verzögerung wie jede andere Leistungsstörung.[2042] Dies ist darauf zurückzuführen, dass diese drei Regelwerke ein einheitliches Nichterfüllungssystem zugrunde legen, der Gandolfi-Code hingegen eher den nationalen Rechten folgt.[2043]

c) Auflösung des Vertrags

Die untersuchten Rechtsquellen stimmen im Hinblick auf die Auflösung des Vertrags nicht überein: Erfolgt eine automatische Vertragsauflösung oder ist stets eine Auflösungserklärung erforderlich? Die unterschiedlichen Lösungen werden dargestellt (1) und dazu wird Stellung genommen (2).

(1) Rechtsvergleichende Darstellung der Lösungen

Art. 1218 Abs. 2 S. 2 Code civil zieht einen Schlussstrich unter den langjährigen Streit über die Rechtsfolgen der *force majeure*.[2044] Die dauerhafte Unmöglichkeit führt zur automatischen Auflösung des Vertrags, *résolution de plein droit*. Es bedarf also keines Richters mehr, um die Auflösung des Vertrags auszusprechen, wie es vor der Reform der Fall war. Zu beachten ist jedoch, dass weiterhin Art. 1224 ff. Code civil vom Gläubiger bei einer vom Schuldner zur vertretenden Unmöglichkeit eingehalten werden müssen.

Das deutsche Recht funktioniert in dieser Hinsicht anders.[2045] Gemäß § 326 Abs. 5 BGB kann der Gläubiger bei Ausschluss der Leistungspflicht des Schuldners zurücktreten, ohne die gemäß § 323 Abs. 1 BGB grundsätzlich erforderliche Frist setzen zu müssen. Diese Vorschriften sind sowohl bei Vorliegen der *force majeure* als auch bei einer vom Schuldner zur vertretenden Unmöglichkeit anwendbar. Das deutsche Recht behandelt also beide Fälle gleich. Zwingend erforderlich bleibt die

[2038] Beispiel aus *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 1051.
[2039] Insoweit ähnlich zu § 285 BGB siehe *Sonnenberger* ZEuP 2017, 6, 54.
[2040] *Brieskorn,* Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, S. 353 f.
[2041] Siehe dazu ausführlich *Lein,* Die Verzögerung der Leistung im europäischen Vertragsrecht, 2015.
[2042] *Lein,* Die Verzögerung der Leistung im europäischen Vertragsrecht, S. 40. Alle drei sehen allerdings die Möglichkeit der Nachfristsetzung vor (Art. 7.1.5 UPICC, Art. 8:106 PECL, Art. III.-3:103 DCFR), siehe dazu *Brieskorn,* Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, S. 360 f.
[2043] *Lein,* Die Verzögerung der Leistung im europäischen Vertragsrecht, S. 39.
[2044] Dazu siehe oben Kapitel 4 § 11 I B.
[2045] Zum Folgenden: *Ancel,* Impossibilité et force majeure: un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations, in: Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz, S. 25, 35, Rn. 14.

Rücktrittserklärung, § 349 BGB. Allerdings ist zu beachten, dass der Gläubiger nicht zurückzutreten *braucht*. Denn er zieht daraus regelmäßig keine großen Vorteile. Aufgrund der Unmöglichkeit erlöschen sowohl Leistung als auch Gegenleistung (§ 275, 326 Abs. 1 BGB). Der Vertrag ist zwar nicht aufgelöst, aber er beinhaltet keine Verpflichtungen mehr. Zudem kann der Gläubiger gemäß § 326 Abs. 4 BGB das Geleistete gemäß §§ 346-348 BGB zurückfordern. Infolgedessen besteht kein Bedarf, daneben noch den Rücktritt zu erklären. Die deutsche Lösung kommt also im Ergebnis sehr nah zu einer automatischen Vertragsauflösung.

In den UPICC führt die *force majeure* nicht zur automatischen Beendigung des Vertrags. Mit Art. 7.1.7 (4) UPICC wird betont, dass die Haftungsbefreiung keine Auswirkung auf das Recht der Vertragsbeendigung hat. Der Grund hierfür liegt im Willen der Autoren der UPICC, den Vertrag möglichst aufrechtzuerhalten.[2046] Infolgedessen erfolgt die Auflösung immer nach den Art. 7.3.1 ff. UPICC ungeachtet, ob einen Fall der *force majeure* vorliegt oder nicht.

Die PECL stellen dieselbe Regelung als Grundsatz auf:[2047] Gemäß Art. 8:101 (2) PECL bleibt der Vertrag zunächst bestehen und die benachteiligte Partei kann ihn bei wesentlicher Nichterfüllung durch einseitige Erklärung beenden.[2048] Allerdings ist die Auflösungserklärung entbehrlich, wenn der Vertrag „vollständig und dauerhaft unerfüllbar“[2049] geworden ist. In diesem Fall ist gemäß Art. 9:303 (4) PECL eine Erklärung nicht notwendig und es erfolgt im Ergebnis eine automatische Beendigung des Vertrags.[2050] Die PECL-Autoren begründen diesen Lösungsweg mit dem Argument, dass es sinnlos sei, der benachteiligten Partei das Recht zu geben, einen unmöglich zu erfüllenden Vertrag aufrechtzuerhalten.[2051]

Der DCFR ähnelt zu Beginn den PECL. Gemäß Art. III.-3:101 (2) DCFR führt die Haftungsbefreiung grundsätzlich nicht automatisch zur Vertragsauflösung. Allerdings regelt Art. III.-3:104 (4) DCFR eine Ausnahme hierzu: Ist das Leistungshindernis dauerhaft und endgültig, erlöschen sowohl die Leistungspflicht als auch die Gegenleistungspflicht. Zwar formuliert der Normtext nicht, dass der Vertrag aufgelöst wird. So erlischt auch im deutschen Recht die Gegenleistungspflicht gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB. Dies führt jedoch nicht dazu, dass der Vertrag automatisch beendet ist. Der Zwischenschritt ergibt sich aus der offiziellen Kommentierung.[2052] Es sei weder notwendig noch realistisch vom Gläubiger eine Aufhebungserklärung zu verlangen. Denn eine solche Erklärung müsse gemäß Art. III.-3:508 (1) DCFR innerhalb einer angemessenen Frist abgegeben werden. Finde dies nicht statt, so bleibe der Vertrag gleichsam geisterhaft bestehen, da die Leistungen nie erfüllt und

---

[2046] *Bonell,* An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts, S. 102 ff.
[2047] Siehe dazu noch *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 366 ff.; *Düchs,* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S. 210 ff.
[2048] Comment D., Art. 8:108 PECL.
[2049] Comment D., Art. 8:108 PECL.
[2050] *Ancel,* Impossibilité et force majeure: un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations, in: Mélanges en l’honneur du Professeur Claude Witz, S. 25, 38, Rn. 18.
[2051] Comment D., Art. 8:108 PECL.
[2052] Zum Folgenden: Comment D., Art. III.-3:104 DCFR.

der Vertrag nie beendet werden könne. Mithin ergebe sich die beste Lösung aus der automatischen Beendigung des Schuldverhältnisses. Jedoch könnten spezielle Gefahrtragungsregeln eingreifen (zum Beispiel Art. IV.A.-5:101 für den Kaufvertrag, Art. IV.C.-3:108 für den Bauvertrag, Art. IV.C.-5:108 für den Verwahrungsvertrag) und so den Gläubiger zur Leistung verpflichten, wenn er die Gefahr trage.[2053]

Die Rechtsfolgen der *force majeure* in Art. 162 Abs. 1 Gandolfi-Code beschränken sich auf den Schadensersatzanspruch. Das Recht zur Vertragsaufhebung wird außer Acht gelassen, sodass die Voraussetzungen des Art. 114 Gandolfi-Code vorliegen müssen, insbesondere ist eine angemessene Fristsetzung zur Leistung erforderlich. Bei einem endgültigen Leistungshindernis scheint dies wenig Sinn zu ergeben. Eine Ausnahme hiervon macht der Gandolfi-Code allerdings nicht.[2054]

(2) Stellungnahme

Hervorzuheben sind zwei Lösungswege: automatische Vertragsauflösung oder Verweis auf die Rücktrittsregelungen.

Zur zweiten gehören die UPICC, der Gandolfi-Code und im Grundsatz auch das deutsche Recht. Es steht also fest, dass der französische Gesetzgeber in dieser Frage nicht diesen Rechtsquellen gefolgt ist. Zur Lösung des früheren Streits hat er sich von den PECL und dem DCFR inspirieren lassen. Dass der Vertrag nach Art. 1218 Abs. 2 S. 2 Code civil automatisch beendet wird, ist für das französische Recht eine radikale und überraschende Lösung. Denn im Gegensatz zu Art. 1224 Code civil wird keine wesentliche Nichterfüllung verlangt. Das Vorliegen der *force majeure* reicht schon aus, um den Vertrag aufzulösen. Jedoch sind die Voraussetzungen bei der automatischen Vertragsbeendigung weniger hoch als bei der Vertragsaufhebung durch einseitige Erklärung. Die PECL und der DCFR setzen voraus, dass die leistungspflichtige Partei dem Gläubiger mitteilt, dass ein Hinderungsgrund vorliegt und dass sich dieser auf die Fähigkeit zur Leistung des Schuldners auswirkt (Art. 8:108 (3) PECL, Art. III.-3:104 (5) DCFR).[2055] Auch das Reformprojekt *Terré* hatte eine solche Regelung aufgenommen, Art. 100 Abs. 2 Reformprojekt *Terré.* Diese Notifizierungspflicht wurde nicht in das französische Recht übernommen. Sie hätte es allerdings ermöglicht, den Gläubiger über die mögliche Vertragsauflösung informieren zu können und die Radikalität der automatischen Vertragsbeendigung abzumildern.[2056]

Das französische Recht trennt die aufgrund der *force majeure* eingetretene Unmöglichkeit von den anderen Unmöglichkeitsfällen.[2057] Im Gegensatz hierzu setzt das deutsche Recht den Schwerpunkt auf die Unmöglichkeit und behandelt die Frage der Auswirkungen der *force majeure* erst auf Verschuldensebene. Es ist nicht zu

[2053] Comment D., Art. III.-3:104 DCFR.
[2054] Siehe dazu oben Kapitel 4 § 10 II B 2.
[2055] Zu der Notifizierungspflicht siehe *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. 342 ff.
[2056] *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 97.
[2057] Zum Folgenden: *Ancel,* Impossibilité et force majeure: un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations, in: Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz, S. 25, 35 f., Rn. 15.

verstehen, warum im französischen Recht die Vertragsauflösung bei Vorliegen der *force majeure* erleichtert wurde und warum nicht jeder Unmöglichkeitsfall gleichbehandelt wird. Warum sollte die Vertragsaufhebung zusätzliche Voraussetzungen haben, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat? Es ist gerechtfertigt, dass bei Unmöglichkeit besondere Regeln eingreifen sollen, weil es sinnlos ist, auf die Erfüllung einer unmöglichen Leistung zu warten. Der Schwerpunkt sollte wie im deutschen Recht allerdings auf die Unmöglichkeit gesetzt werden und nicht auf die Ursache der Unmöglichkeit.[2058]

d) Besonderheiten bei partiellem endgültigem Hinderungsgrund

Der Hinderungsgrund kann dazu führen, dass nicht die ganze Leistung, sondern nur ein Teil betroffen ist. Diese Situation ist in Art. 1218 Code civil nicht geregelt, jedoch in Art. 1351 Code civil. Denn der Schuldner ist gemäß Art. 1351 Code civil nur „à due concurrence" befreit, d. h. also entsprechend der Betroffenheit der Leistung von der *force majeure.* Erforderlich ist also eine teilbare Leistung.[2059] Die Rechtsfolge des Art. 1218 Abs. 2 S. 2 Code civil führt dazu, dass der betroffene Teil der Leistungspflicht automatisch erlischt. Infolgedessen mindert sich die Gegenleistungspflicht des Gläubigers entsprechend und Art. 1223 Code civil ist einschlägig, allerdings nur, wenn der Gläubiger noch Interesse an einer Teilleistung hat.[2060]

Weder in den UPICC noch im Gandolfi-Code ist eine Regelung oder Kommentierung hierzu zu finden. In den offiziellen Kommentaren der PECL und des DCFR zur Minderung wird dieser Fall angesprochen und ähnlich wie in Frankreich geregelt. Auch wenn die Nichterfüllung entschuldigt ist, kann der Gläubiger eine Preisminderung verlangen.[2061] Für den Gläubiger ist diese Lösung von Vorteil, denn er erhält zum einen eine Alternative zum Schadensersatz.[2062] Zum anderen kann die Minderung im Einzelfall den tatsächlich entstandenen Schaden übersteigen.[2063] Die Berechnungsmethode der Minderung folgt einer verhältnismäßigen Reduktion des Wertes der erbrachten Leistung, die zu anderen Ergebnissen als die abstrakte Schadensberechnung nach Art. 9:506 f. PECL, Art. III.-3:706 f. DCFR führen kann.[2064]

Auch im deutschen Recht ist diese Situation bekannt. Die teilweise Unmöglichkeit beschränkt sich auf einen Teil der Leistung. § 275 BGB ordnet insoweit den Ausschluss der Leistung (arg. „soweit" in Abs. 1) an.[2065] Wie in Frankreich ist Voraus-

---

[2058] So auch *Ancel,* Impossibilité et force majeure: un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations, in: Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz, S. 25, 36, Rn. 15.
[2059] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 1049; *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. 104.
[2060] *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. 1049.
[2061] Comment B., Art. 9:401 PECL; Comment B., Art. III.-3:601 DCFR.
[2062] *Lein,* Die Verzögerung der Leistung im europäischen Vertragsrecht, S. 130.
[2063] *Lein,* Die Verzögerung der Leistung im europäischen Vertragsrecht, S. 130.
[2064] *Lein,* Die Verzögerung der Leistung im europäischen Vertragsrecht, S. 119.
[2065] MüKoBGB/*Ernst* BGB § 275 Rn. 125

setzung, dass die Leistung teilbar ist. Sonst scheidet die Teilunmöglichkeit von Anfang an aus.[2066] Entsprechend entfällt auch die Gegenleistungspflicht des Gläubigers gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB teilweise. Ähnlich zum französischen Recht bedarf es auch im deutschen Recht eines Rückgriffs auf das Minderungsrecht. Gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB findet bei einer Teilleistung § 441 Abs. 3 BGB entsprechende Anwendung.

[2066] BGH, Urteil vom 7. März 1990 - VIII ZR 56/89 = NJW 1990, 3011, 3012; BGH, Urteil vom 27. Juni 1990 - VIII ZR 72/89 = NJW-RR 1990, 1462, 1464; Palandt/*Grüneberg* BGB § 275 Rn. 7.

§ 12 Ergebnis und Zusammenfassung

Die formellen Schwächen des früheren französischen Leistungsstörungsrechts wurden mit der Reform behoben: Die klare Struktur und der neue Aufbau der Art. 1217 ff. Code civil ermöglichen für den Rechtssuchenden einen leichten Zugang. Diese Verbesserung ist auf den Einfluss der untersuchten Rechtsquellen zurückzuführen: Eingeführt wurde ein getrennter Abschnitt wie in den Regelwerken, es findet sich eine verständliche und übersichtliche Auflistung der Rechtsbehelfe wie im deutschen Recht. Formell betrachtet ist also eine Einwirkung der zum Rechtsvergleich herangezogenen Rechtsquellen zu bemerken.

Schwieriger zu bestimmen ist der Einfluss auf das materielle französische Leistungsstörungsrecht. Das französische Recht gewinnt an Modernität dadurch, dass einige der in der früheren Rechtslage fehlenden Rechtsbehelfe kodifiziert worden sind. Die Einrede des nichterfüllten Vertrags, die Minderung sowie die einseitige Vertragsaufhebung sind dabei besonders hervorzuheben. Wenn auch viele Übereinstimmungen mit den Regelwerken festzustellen sind, bleibt das französische Recht in einiger Hinsicht sehr traditionell. Dies wird vor allem bei der einseitigen Vertragsaufhebung deutlich.

Dasselbe gilt für die *force majeure*. Im Vergleich zur alten Rechtslage ist die neue französische Vorschrift leichter zu verstehen. Zu begrüßen ist zudem, dass der Gesetzgeber die jahrelange Rechtsunsicherheit in Bezug auf ihre Voraussetzungen und ihre Rechtsfolgen beendet hat. Darüber, ob sich der Gesetzgeber für die Reform auf die Regelwerke oder auf das deutsche Recht gestützt hat, kann nur schwerlich eine Aussage getroffen werden. Zwar stimmen die untersuchten Rechtsquellen in mehr als eine Hinsicht überein, wobei der Umgang mit dem Gandolfi-Code aufgrund der zahlreichen Widersprüche und der fehlenden Kommentierungen seitens seiner Autoren schwierig ist. Allerdings bleibt die *force majeure* näher an den früheren geltenden Art. 1147, 1148 Code civil aF als an den Regelwerken oder an der deutschen Unmöglichkeit.

Zu beachten ist jedoch, dass die Autoren der Regelwerke gerade bezüglich der *force majeure* auf größere Schwierigkeiten als in anderen Rechtsmaterien gestoßen sind, um einen Kompromiss zwischen den Rechtsordnungen des Common Law und jenen des Civil Law zu erreichen.[2067] Während ersteres von einer verschuldensunabhängigen Haftung ausgeht, legt letzteres das Verschulden als zwingende Voraussetzung fest. Zudem unterscheiden sich die nationalen Rechtsordnungen innerhalb einer Rechtsfamilie voneinander sehr deutlich, wie bereits der Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Frankreich zeigte. Infolgedessen bieten die Regelwerke zwar ein Grundmodell an. Jedoch bleiben weiterhin nationale Besonderheiten bestehen, die der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung beachten muss. Hierin

[2067] Commentaries on European Contract Laws/*Rüfner*, Art. 8:108 Rn. 1.

kann eine Erklärung dafür liegen, dass sich der französische Gesetzgeber nicht ausschließlich an den Regelwerken orientiert und hauptsächlich die frühere Rechtslage als Maßstab herangezogen hat.

Gesamtergebnis

200 Jahre nach Inkraftreten konnte das Vertragsrecht des Code civil im Jahre 2016 reformiert werden. Der Code civil stellt ein Symbol für die französische Gesellschaft dar, das mit der Bedeutung der *Constitution française* gleichzusetzen ist. Der Widerstand gegen eine umfassende Reform war ensprechend groß. Eine Furcht vor einer Verzerrung des Code civil und somit vor einem Verlust der normativen und kulturellen Kontinuität der französischen Nation machte sich bemerkbar. Die Aufgabe des Gesetzgebers war somit mit mehr als rein pragmatischen anzugehenden Hürden verbunden.

Der Gesetzgeber machte es sich zum Ziel, die Verständlichkeit, die Attraktivität und den Schutz des Schwächeren zu verbessern. Dies hat er erreicht. Der Rechtsvergleich zwischen der früheren und der heutigen Rechtslagen zeigt, wie sowohl inhaltlich als auch förmlich der Gesetzestext verbessert und an den Bedürfnissen der Gesellschaft angepasst wurde. Das Vertrags- und Schuldrecht ist zugänglicher geworden, der Gesetzestext ist modern und ermöglicht eine einfachere Handhabung. Die neue Systematik bringt weiterhin eine Kohärenz im Code civil, deren Fehlen lange bemängelt worden war.

Die vorliegende Untersuchung zeigt, dass sich der französische Gesetzgeber für den Aufbau und die Systematik an den Regelwerken orientiert hat. Die allgemein geltenden Grundsätze der *bonne foi,* der Vertragsfreiheit und der Vertragsbindung sind in einem einleitenden Kapitel geregelt, wie auch in den UPICC, den PECL und dem DCFR der Fall ist. Besonders für die Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung stimmt der jeweilige Aufbau mit den untersuchten Grundregeln überein. Inhaltlich betrachtet gibt es bei der Kodifizierung der Grundsätze keine Neuerungen. Vielmehr wurde in dieser Hinsicht das alte geltende französische Recht übernommen.

Der Rechtsvergleich zeigt, dass der französische Gesetzgeber bei der Kodifizierung von neuen Rechtsmitteln, wie der Vertragsanpassung bei Störung des vertraglichen Gleichgewichts, der Einrede des nichterfüllten Vertrags oder der Minderung, sich von den Regelwerken hat inspirieren lassen. Für die *théorie de l'imprévision* gilt dies besonders, da das Rechtsinstitut für das Zivilrecht nicht anerkannt war. Die Lücke im alten französischen Recht wurde durch Heranziehung der Grundregeln zu schließen gesucht.

Soweit die Rechtsinstitute schon in der französischen Rechtslage Fuß gefasst hatten, hat sich der französische Gesetzgeber weniger von der früheren geltenden Rechtslage entfernt. Wenn auch Ähnlichkeiten mit den Regelwerken vorhanden sind und die Ergebnisse bei der Anwendung oft gleich sind, bleiben einige Eigenarten der französischen Rechtstradition bestehen. Deutlich wird dies im vorvertraglichen Leistungsstörungsrecht und der *force majeure*: Bestehen bleiben die deliktische Natur der Haftung bei Fehlverhalten in den Vertragsverhandlungen, die umfassende vorvertragliche Informationspflicht oder die Unmöglichkeit als Voraussetzung der *force majeure*.

Zwischen den untersuchten Regelwerken ist eine besondere Nähe zu den UPICC und zu den PECL festzustellen. Im Gegensatz hierzu konnten sich der DCFR und der Gandolfi-Code nicht als Inspirationsquelle durchsetzen. Der DCFR verbleibt im Schatten der PECL. Die fehlende Kommentierung und seine zahlreichen Widersprüche erschweren den Umgang mit dem Gandolfi-Code. Die Untersuchung zeigt zudem, dass die vorhandenen Übereinstimmungen zwischen französischem Recht und diesem Regelwerk allein darauf zurückzuführen sind, dass zur Erarbeitung des Regelwerks das frühere französische Recht in Betracht gezogen wurde und der französische Gesetzgeber seinerseits die früheren Grundsätze beibehalten hat.

Der Rechtsvergleich mit dem deutschen Recht zeigt, wie unterschiedlich die Gesetzgebungstechniken sind. Die Unterschiede in der Gesetzgebung führen auch zu unterschiedlichen Lösungswegen, jedoch nicht notwendigerweise zu anderen Ergebnissen. Wenn sich beide Rechtslagen voneinander formell entfernt haben, haben sie sich inhaltlich angenähert. Dies ist für das vorvertragliche Leistungsstörungsrecht besonders zu unterstreichen. In dieser Hinsicht ist die Ähnlichkeit zwischen dem neuen französischen Recht und dem alten deutschen Schuldrecht hervorzuheben. Die Anforderungen an die Mahnung bei der einseitigen Vertragsaufhebung sowie die Unmöglichkeitsregelungen weisen viele Gemeinsamkeiten auf. Die deutsche Praxis stieß bei der Anwendung dieser Vorschriften auf Schwierigkeiten, die den Gesetzgeber dazu geführt haben, die Rechtslage zu ändern. Es ist zu bedauern, dass der französische Gesetzgeber Regelungen eingeführt hat, die sich schon in der Vergangenheit als nicht erfolgreich erwiesen haben. Insoweit hätte sich der französische Gesetzgeber von der Erfahrung Deutschlands inspirieren lassen sollen.

Insgesamt stellt die französische Reform des Code civil einen vorsichtigen Schritt in Richtung Europa dar. Der französische Gesetzgeber hat einen Kompromiss zwischen Tradition und Modernität gefunden. Dabei hat er den europäischen und internationalen Diskurs zur Vertragsrechtsmodernisierung bereichert. Der Code civil hat an Bedeutung dadurch gewonnen, dass gezeigt wurde, dass auch der *Code Napoléon* den Bedürfnissen der Gesellschaft angepasst werden kann. Der Code civil gilt ungeachtet aller Änderungen weiterhin als Institution Frankreichs. Denn *ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est [le] Code Civil.*

Literaturverzeichnis

Accaoui Lorfing, Pascale, La renégociation des contrats internationaux, Bruylant, Bruxelles, 2011 (Zit.: *Accaoui Lorfing,* La renégociation des contrats internationaux, Rn. […])

Alberts, Arne, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Nachträgliche Äquivalenzstörungen im deutschen und französischen Vertragsrecht, Dissertation, Nomos, 2015 (Zit.: *Alberts,* Wegfall der Geschäftsgrundlage, S. […])

Alessi, Dario, The Distinction between Obligations de Résultat and Obligations de Moyens and the Enforceability of Promises, ERPL 2005, 657-692

Ancel, Pascal, Force obligatoire et contenu obligationnel, RTD civ. 1999, 771-810

Ancel, Pascal, Imprévision, Répertoire de droit civil, Dalloz, Mai 2017 (Actualisation Mai 2018) (Zit.: *Ancel,* Imprévision, Répertoire de droit civil, Rn. […])

Andrieu, Thomas/Mekki, Mustapha/Vogel, Joseph, Dossier: Vers une « réforme de la réforme » du droit des contrats ?, AJ Contrat 2017, 459-474

Ann, Christoph, EU-Richtlinie zum Schutz vertraulichen Know-hows-Wann kommt das neue deutsche Recht, wie sieht es aus, was ist noch offen?, GRUR-Prax 2016, 465-467

Antonmattei, Paul-Henri, Contribution à l'étude de la force majeure, LGDJ, 1992 (Zit.: *Antonmattei,* Contribution à l'étude de la force majeure, Rn. […])

Arnold, Arnd, Die vorübergehende Unmöglichkeit, JZ 18/2002, 866-871

Artz, Markus/Gsell, Beate/Lorenz, Stephan (Hg.), Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, Mohr Siebeck, 2014 (Zit.: *Artz/Gsell/Lorenz* (Hg.), Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, 2014)

Aynès, Laurent, La cause, inutile et dangereuse, Droit et Patrimoine, Nr. 240, 1. Oktober, 2014, 40-41

Aynès, Laurent, Le contrat devant l'arbitre à l'épreuve de la réforme française du droit des contrats, Contributions au colloque du Comité français de l'arbitrage, Paris, 4 novembre 2016, Revue de l'arbitrage, 2017 N°1 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in : Le contrat devant l'arbitre, Revue de l'arbitrage, 2017, N°1, S. […], Rn. […])

Aynès, Laurent/Stoffel-Munck, Philippe, Juin-Novembre 2005 : vers une consolidation de tendances antérieures, Droit et Patrimoine, Nr. 144, 1. Januar 2006, 86-90

Aynès, Laurent/Stoffel-Munck, Philippe, Mai-novembre 2010 : Des revirements qui se précisent, par réalisme et logique, Droit et patrimoine, Nr. 200, 1er février 2011

Babusiaux, Ulrike/Witz, Claude, Das neue französische Vertragsrecht-Zur Reform des Code civil, JZ 10/2017, 496-507

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hg.), BeckOK BGB, Verlag C.H.BECK München, 50. Edition, 2019 (Zit.: BeckOK BGB/*Bearbeiter* BGB § […] Rn. […])

Basedow, Jürgen, Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, Mohr Siebeck, 2000

Basedow, Jürgen, Freedom of Contract in the European Union, ERPL 6, 2008, 901-923

Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band I und II, 2009 (Zit.: *Bearbeiter* in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Vertragsrechts, S. […])

Baudouin, *Manuel-Anchille,* Le centenaire du Code civil et le comité du centenaire, Vve C. Saillard, 1904 (Zit.: *Baudouin,* Le centenaire du Code civil civil et le comité du centenaire, S. […]

Baumann, Antje, Regeln der Auslegung internationaler Handelsgeschäfte, Eine vergleichende Untersuchung der UNIDROIT Principles, der Principles of European Contract Law, des Uniform Commercial Code und des deutschen Rechts, Schriften zum Internationalen Privatrecht und zur Rechtsvergleichung, Band 19, V&R unipress, 2004 (Zit.: *Baumann,* Regeln der Auslegung internationaler Handelsgeschäfte, S. […])

Baums, Theodor/Lutter, Marcus/Schmidt, Karsten/Wertenbruch, Johannes, Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Mohr Siebeck, 2006 (Zit.: *Bearbeiter,* FS Huber, 2006, S. […])

Beauchard, Jean (Hg.), Droit civil, procédure, linguistique juridique, Écrits en hommage à Gérard Cornu, Presses Universitaires de France, 1. Auflage, 1994 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in: Mélanges Cornu, 1994, S. […])

Beck-online.GROSSKOMMENTAR, herausgeben von Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz, Christoph Reymann, C.H.BECK München, Stand 1. Juni 2019 (Zit.: BeckOGK/*Bearbeiter* BGB § […] Rn. […])

Behmer, Caspar/ Fervers, Matthias / Hofmann, Franz / Maute, Lena / Röder, Erik / Sattler, Andreas / Schmidt, Patrick / Seibl, Maximilian, Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft: 27. Jahrestagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler vom 14. Bis 17. September 2016 in München, 2017, Nomos (Zit.: *Bearbeiter*, Titel, in: *Behmer* (Hg.), Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft, S. […])

Bénabent, Alain, Droit civil, Les obligations, Montchrestien, 12. Auflage, 2010 (Zit.: *Bénabent*, Les obligations, Rn. […])

Berger, Klaus Peter, Einheitliche Rechtsstrukture durch außergesetzliche Rechtsvereinheitlichung, JZ 8/1999, 369-420

Berger, Klaus Peter, Formalisierte oder „schleichende" Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, Zu den methodischen und praktischen Grundlagen der lex mercatoria, Walter de Gruyter, 1996 (Zit.: *Berger,* Formalisierte oder „schleichende" Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, S. […])

Berger, Klaus Peter, Power of Arbitrators to Fill Gaps and Revise contracts to Make Sense, Arbitration International, Vol. 17, Nr. 1, 2001, 1-18 (Zit.: *Berger*, Arb. Int. 17 (2001), 1, […])

Berger, Klaus Peter, Private Dispute Resolution in International Business, Negotiation, Mediation, Arbitration, Volume II, 3. Auflage, 2015 (Zit.: *Berger,* Private Dispute Resolution in International Business, Vol. II, Rn. […])

Berger, Klaus Peter, Renegotiation and Adaption of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 36, 2003, 1347-1380 (Zit.: *Berger,* 36 Vand. J. Transnat'l L. 2003, [Seite])

Berger, Klaus Peter, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, Second Edition, Weiters Kluwer Law International, 2010 (Zit.: *Berger*, The Creeping Codification, S. […])

Berger, Klaus Peter/Ebke, Werner F./Elsing, Siegfried/Großfeld, Bernhard/Kühne, Gunther (Hg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH Heidelberg, 2000 (Zit.: *Bearbeiter,* FS Sandrock, 2000, S. […])

Bianca, Cesare Massimo/Bonell, Michael Joachim (Hg.), Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention, Giuffré, Milan, 1987 (Zit.: Bianca/Bonell/*Bearbeiter,* CISG Art. […] Rn. […])

Bien, Florian/Borghetti, Jean-Sébastien, Die Reform des französischen Vertragsrechts, Ein Schritt zu mehr europäischer Konvergenz, Mohr Siebeck, 2018 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in: *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. […])

Bitter, Georg/Lutter, Marcus/Priester, Hans-Joachim/Schön, Wolfgang/Ulmer, Peter (Hg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 2009 (Zit.: *Bearbeiter,* FS Schmidt, 2009, S. […])

Blackaby, Nigel/Partsasides, Constantine/Redfern, Alan/Hunter, J. Martin, Redfern and Hunter on International Arbitration, Oxford University Press, 6. Auflage, 2015 (Zit.: *Blackaby/Partasides,* Redfern and Hunter on International Arbitration, S. […])

Blanc, Nathalie, Le juge et les standards juridiques, RDC 2016, 394-397

Blaurock, Uwe/Hager, Günter/Heinsius, Theodor/Kreuzer, Karl/Leser, Hans G./Marschall von Bieberstein, Wolfgang Frhr./Schlechtriem, Peter/Taschner, Hans Claudius (Hg.), Wandlungen des Schuldrechts, Schriften der Ernst von Caemmerer-Gedächtnisstiftung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in: *Schlechtriem* (Hg.), Wandlungen des Schuldrechts, S. […])

Boccara, Valérie/Marraud des Grottes, Gaelle, Les notaires face aux défits du siècle, Petites affiches 2004, Heft 119, 3-9

Böckstiegel, Karl-Heinz/Schlosser, Peter/Sandrock, Otto/Glossner, Ottoarndt/ Wühler, Norbert, Rechtsfortbildung durch Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen, German Institut of Arbitration, Band 8, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berling, Bonn, München, 1989, (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in: *Böckstiegel* (Hg.), Rechtsfortbildung durch Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, DIS, S. […])

Boele-Woelki, Katharina/Grosheide (Hg.)*, Willem,* The Future of European Contract Law, Essays in honour of Ewoud Hondius to commemorate his retirement as Professor of Civil Law at the University of Utrecht, Wolters Kluwer, Law & Business, 2007 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in: *Boele-Woelki/Grosheide*, The future of European contract laws, Essays in honour of E. Hondius (2007), S. […])

Bonell, Michael Joachim, An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts, Transnational Publishers, 3. Auflage, 2005 (Zit.: *Bonell,* An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts, S. […])

Bonell, Michael Joachim, The Unidroit Initiative for the Progressive Codification of International Trade Law, International and Comparative Law Quaterly, Volume 27, Issue 2, 1978, 413-441 (Zit.: *Bonell*, ICLQ 27 (1978), S. […])

Bonell, Michael Joachim, The UNIDROIT Principles in Practice, Caselaw and Bibliography on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Second Edition, International Law E-Books Online, 2006 (Zit.: *Bonell,* The UNIDROIT Principles in Practice, Art. […], S. […])

Bonell, Michael Joachim, The UNIDROIT Principles of International Commercial contracts and the Principles of European Contract Law : Similar Rules for the Same Purposes ?, Uniform Law Review 1996, 229-246

Borghetti, Jean-Sébastian, La force obligatoire des contrats, Droit & Patrimoine 2016, Mai 2016, Nr. 258, 67-69.

Borghetti, Jean-Sébastien, La perte de chance de ne pas contracter, RDC 2010, Nr. 2, 610

Boucard, Hélène, Responsabilité contractuelle, Répertoire de droit civil, Dalloz, Juillet 2017 (Actualisation Janvier 2019) (Zit.: *Boucard,* Responsabilité contractuelle, Répertoire de droit civil, Rn. […])

Bourgoin, Édouard, Essai sur la distinction du cas fortuit et de la force majeure, Imprimerie Mougin-Rusand, Waltener & C^{ie} successeurs, 1902 (Zit.: *Bourgoin*, Essai sur la distinction du cas fortuit et de la force majeure, S. […])

Boutonnet, Mathilde, L'obligation de renégocier le contrat au nom de la lutte contre les gaz à effet de serres, D. 2008, 1120-1124

Boyer-Morentier, Catherine, Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958, Presse universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1996 (Zit.: *Boyer-Morentier,* Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958, S. […])

Bredin, Jean-Denis, L'Affaire, Julliard, 1983 (Zit.: *Bredin,* L'Affaire, Julliard, 1983)

Bretzner, Jean-Daniel/Barral, Gwennhaelle, Les clauses relatives aux litiges dans la réforme du droit des contrats, AJ Contrat 2016, 415-417

Brieskorn, Konstanze, Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, Mohn Siebeck, 2010 (Zit.: *Brieskorn,* Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, S. […])

Bros, Sandrine/Mallet-Bricout, Blandine (Hg.), Liber amoricum Christian Larroumet, Economica, 2009 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in: *Bros/Mallet-Bricout* (Hg.), Liber amoricum Christian Larroumet, S. […])

Brunner, Christoph, Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Nonperformance in International Arbitration, International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, Volume 18, 2008 (Zit.: *Brunner,* Force Majeure and Hardship, S. […])

Brunner, Christoph, UN-Kaufrecht-CISG, Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Stämpfli Verlag AG Bern, 2004 (Zit.: *Brunner*, Art. […] CISG Rn. […])

Bundesminister der Justiz (Hg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bundesanzeiger Verlages.mbH., Köln, 1992 (*Bundesminister der Justiz* (Hg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. […])

Bundesminister der Justiz (Hg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Bundesanzeiger Verlages.mbH., Köln, 1981 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in: BMJ, Bd. I, 1981, [Seite])

Busch, Christoph, Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht: Parallelen in UWG und BGB, Bielefeld, Dissertation, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008 (Zit.: *Busch,* Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht, S. […])

Cabrillac, Remi, Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions, La Semaine Juridique Edition Générale n° 40, 1. Oktober 2008, doctrine 190 (Zit.: *Cabrillac,* JCP 2008, Nr. 40, doctr. 190, Rn. […])

Calais-Auloy, Jean/Temple, Henri, Droit de la consommation, Précis Dalloz, 9. Auflage, 2015 (Zit.: *Calais-Auloy/Temple,* Droit de la consommation, Rn. […])

Calmes, Sylvia, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et francais, Dalloz, 2001 (Zit.: *Calmes*, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et francais, Dalloz, 2001).

Canaris, Claus-Wilhelm, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 10/2001, 499-524

Canaris, Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, Band 16, 1971 (Zit.: *Canaris,* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. […])

Capitant, Henri/Terré, François/Lequette, Yves/Chénedé, François, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2, Obligations, contrats spéciaux, sûretés, Dalloz, 13. Auflage, 2015 (Zit.: *Capitant/Terré/Lequette/Chénedé* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, S. […], Rn. […])

Carbonnier, Jean, Droit civil Tome 1 Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, Puf Quadrige manuel, 2. Auflage, 2017 (Zit.: *Carbonnier,* Droit civil Introduction, Rn. […])

Carbonnier, Jean, Droit civil, Tome 2, Les biens, Les obligations, Puf Quadrige manuel, 2. Auflage 2017 (Zit.: *Carbonnier,* Droit civil, Tome 2, Les biens, Les obligations, Rn. […])

Carbonnier, Jean, Droit civil, Tome 2, Les biens, Les obligations, Puf Quadrige manuel, 1. Auflage 2004 (Zit.: *Carbonnier,* Droit civil, Tome 2, Les biens, Les obligations, 1. Auflage, Rn. […])

Cartier-Marraud, Marie-Laure/Akyurek, Ozan, Crise économique et révision du contrat, Gazette du Palais, 2009, Nr. 167, 2-7

Cartwright, John/Hesselink, Martin Willem, Precontractual liability in European private law, Cambridge University Press, 2008 (Zit.: *Cartwright/Hesselink*, Case Nr. […], S. […])

Casas, *Manuel Gonzalo,* Die causa-Lehre in der französischen und argentinischen Privatrechtsreform, ZeuP 2017, 68-101

Cashin-Ritaine, Eleanor/Lein, Eva/Swiss Institute for the Unification of Private Law, The UNIDROIT Principles 2004, Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification, Reports of the ISDC Colloquim (8/9 June 2006), Schulthless, 2007 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in: *Cashin-Ritaine/Lein* (Hg.), The UNIDROIT Principles 2004, S. […])

Catala, Pierre, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La Documentation française, 2005 (Zit.: *Bearbeiter*, Titel in *Catala* (Hg.), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, S. […])

Chantepie, Gaël, Contrat : Effets, Répertoire de droit civil, Janvier 2018 (actualisation novembre 2018), Dalloz (Zit.: *Chantepie,* Contrat : effets, Répertoire de droit civil, Rn. […])

Chantepie, Gaël, Contrat : Effets – Devoir d'exécuter le contrat, Répertoire de droit civil, Janvier 2018 (actualisation novembre 2018), Dalloz (Zit.: *Chantepie,* Contrat : effets – Devoir d'exécuter le contrat, Répertoire de droit civil, Rn. […])

Chantepie, Gaël/Latina, Mathias, La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016 (Zit.: *Chantepie/Latina* (Hg.), Commentaire théorique et pratique, Rn. […])

Chénédé, François, Le réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres, AJ Contrat 2018, 25-30

Contantinesco, Vlad/Pierré-Caps, Stéphane, Droit constitutionnel, Puf Thémis droit, 5. Auflage, 2011 (Zit.: *Contantinesco/Pierré-Caps,* Droit constitutionnel, S. […], Rn. […])

Cornils, Matthias, Die Ausgestaltung der Grundrechte, Mohr Siebeck, Jus Publicum 126, 2005 (Zit.: *Cornils,* Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. […])

Dajczak, Wojciech, „Treu und Glauben" im System des Gemeinsamen Referenzrahmens und die Idee einer „organisch vollzogenen" Privatrechtsangleichung in Europa, GPR 2/09, 63-68

Dauner-Lieb, Barbara, Vers un droit européen des obligations ? Enseignements tirés de la réforme allemande du droit des obligations, RIDC 2004, 559-569

Dauner-Lieb, Barbara, Die Schuldrechtsreform – Das große juristische Abenteuer, DStR 2001, 1572-1576

Dauner-Lieb, Barbara/Dötsch, Wolfgang, Prozessuale Fragen rund um § 313 BGB, NJW 2003, 921-927

Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard, Anwaltkommentar, Schuldrecht, Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mietrecht, Deutscher Anwalt Verlag, 2002 (Zit.: AnwKom-BGB/*Bearbeiter* § […] Rn. […])

Dauner-Lieb, Barbara/Hommelhoff, Peter/Jacobs, Matthias/Kaiser, Dagmar/Weber, Christoph, Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, Mohr Siebeck, 2006 (Zit.: *Bearbeiter,* FS Konzen, 2006, S. […])

Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten (Hg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, Akzente-Brennpunkte-Ausdblick, Carl Heymanns Verlag KG, 2003 (Zit.: *Bearbeiter*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt* (Hg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, S. […])

David, René, Léon Julliot de la Morandière (1885-1968), RIDC 1969, 403-407

De Aguilqr, Vieira, Iacyr/Ancel, Pascal/Babusiaux, Ulrike et al., Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz, LexisNexis, 2018 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in : Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz, S. […], Rn. […])

Deffains, Bruno/Ferey, Samuel, Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats, RTD civ. 2010, 719-732

Delebecque, Philippe/Collart Dutilleul, Francois, Contrats civils et commerciaux, Précis Dalloz, 11. Auflage, 2019 (Zit.: *Delebecque/Collart Dutilleul,* Contrats civils et commerciaux, Rn. […])

Delpech, Xavier, « Réforme de la réforme » du droit des contrats : le Sénat persiste dans son opposition à l'imprévision, AJ Contrat 2018, 52

Delvové, Pierre/Long, Marceau/Weil, Prosper/Braibant, Guy/Genevois, Bruno, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, Aout 2017 (Zit.: *Delvové/Long/Weil/Braibant/Genevois* (Hg.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Nr. […], S. […], Rn. […])

Demogue, René, Traité des obligations en général, Sources des obligations (suite et fin), Tome V, Librairie Arthur Rousseau, 1925 (Zit.: *Demogue,* Traité des obligations, t. V, Rn. […])

Demolombe, Charles, Cours de Code civil, Tome premier, De la publication, des effets et de l'application des lois en général, De la jouissance et de la privation des droits civils des actes de l'état civil du domicile, Bruxelles Becq, Libraire, Gand Hoste, Libraire, 1847 (Zit.: *Demolombe,* Cours de Code civil, Tome premier, S. […])

Deshayes, Olivier, Le dommage précontractuel, RTD com. 2004, 187-204

Dissaux, *Nicolas,* Des chose minimes, le législateur doit aussi avoir cure… D. 2015, 1215-1217

Dissaux, Nicolas/Jamin, Christophe, Commentaire du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Projet d'ordonnance rendu public le 25 février 2015, Dalloz, 2015 (Zit.: *Dissaux/Jamin,* Commentaire du projet d'ordonnance, Art. […])

Dissaux, Nicolas/Jamin, Christophe, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016), Commentaire des articles 1100 à 1386-1, Supplément au code civil 2017, Dalloz (Zit.: *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, Supplément au code civil, Art. […])

Doralt, *Walter,* Der Wegfall der Geschäftsgrundlage, Altes und Neues zur *théorie de l'imprévision* in Frankreich, RabelsZ, Bd. 76, 2012, 761-784

Doudko, *Alexei,* Hardship in contract: The Approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia, Uniform Law Review, 2000, 483-509

Dreyfus, Alfred, Cinq années de ma vie, Fasquelle, 1962 (Zit.: *Dreyfus,* Cinq années de ma vie, Fasquelle, 1962)

Drobnig, Ulrich/ Zimmermann, Reinhard, Die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil I, der Kommission für Europäisches Vertragsrecht, ZeuP 1995, 864-875

Düchs, Constantin, Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 2006 (Zit.: *Düchs,* Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, S. […])

Dupré-Dallemagne, Anne-Sophie, Nouvelles précisions sur le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers, D. 2004, 869- 874

Ebert, Kurt Hanns, Rechtsvergleichung, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1978 (Zit.: *Ebert,* Rechtsvergleichung, S. […])

Eidenmüller, Horst/Faust, Florian/Grigoleit, Hans Christoph/Jansen, Nils/Wagner, Gerhard/Zimmermann, Reinhard, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht-Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, JZ 11/2008, 529-584

Ernst, Wolfgang, Kernfragen der Schuldrechtsreform, JZ 17/1994, 801-864

Esser, Josef/Schmidt, Eike, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis, C.F. Müller Verlag Heidelberg (Zit.: *Esser/Schmidt,* Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, § […], S. […])

Fabre-Magnan, Muriel, De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie, L.G.D.J, 1992 (Zit.: *Fabre-Magnan,* De l'obligation d'information dans les contrats, Rn. […])

Fabre-Magnan, Muriel, Droit des Obligations, T.1 Contrat et engagement unilatéral, Thèmis Droit Puf, 4. Auflage, 2016 (Zit.: *Fabre-Magnan,* Droit des obligations, T.1, Rn. […])

Fabre-Magnan, Muriel, Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme, La Semaine Juridique Edition Générale Nr. 25, 20. Juni 2016, 706 (Zit.: *Fabre-Magnan,* JCP 2016, Nr. 25, 706)

Fabre-Magnan, Muriel, Réforme du droit des contrats : « un très bon projet », La Semaine Juridique Edition Générale n° 43, 22. Oktober 2008, doctrine 199 (Zit.: *Fabre-Magnan,* JCP 2008, Nr. 43, doctr. 199)

Fages, Bertrand (Dir.)/Heinich, Julia/Buy, Frédéric/Le Gallou, Cécile/Pancrazi, Marie-Ève/Garaud, Éric/Lee, Kyum/Grossi, Isabelle/Juhan, Jean-Luc/Ancel, Marie-Élodie, Le Lamy Droit du contrat, Wolters Kluwer, Neuauflage 2018 (Zit.: *Fages* (Dir.), Lamy Droit du contrat, [Nummer]-[Title])

Fages, Bertrand, De bonnes raisons économiques de rompre des pourparlers avancés, RTD civ. 2008, 101

Fages, Bertrand, Le déséquilibre résultant d'une évolution des circonstances économiques peut-il rendre sérieusement contestable, au sens de l'article 873, alinéa 2, du code de procédure civile, l'obligation dont une partie sollicite l'exécution devant le juge des référés…, RTD civ. 2010, 782-783

Fages, Bertrand, Quels dommages-intérêts le contractant peut-il obtenir sur le fondement du dol quand il fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat ?, RTD civ. 2012, 725-726

Faure Abbad, Marianne, Le fait générateur de la responsabilité contractuelle, LGDJ, 2003 (Zit.: *Faure Abbad,* Le fait générateur de la responsabilité contractuelle, Rn. […])

Fauvarque-Cosson, Benedicte/Racine, Baptiste/Mazeaud, Denis/Association Henri Capitant des amis de la culture juridique francaise/Société de législation comparée, European Contract Law : Materials for a Common Frame of Reference : Terminology, Guiding Principles, Model Rules, Sellier, European Law Publishers, 2008 (Zit.: *Fauvarque-Cosson/Racine/Mazeaud, et al.,* European Contract Law, S. […])

Ferid, Murad/Sonnenberger, Hans Jürgen, Das französische Zivilrecht, Band 1/1 Erster Teil: Allgemeine Lehren des Französischen Zivilrechts: Einführung und Allgemeiner Teil des Zivilrechts, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 2. Auflage, 1994 (Zit.: *Ferid/Sonnenberger*, Das Französische Zivilrecht, Band 1/1, Rn. […])

Ferid, Murad/Sonnenberger, Hans Jürgen, Das französische Zivilrecht, Band 2: Schuldrecht: Die einzelnen Schuldverhältnisse, Sachenrecht, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, Heidelberg, 2. Auflage 1986 (Zit.: *Ferid/Sonnenberger*, Das Französische Zivilrecht, Band 2, Rn. […])

Ficker, Hans Claudius/König, Detlef/Kreuzer, Farl F./Leser, Hans G./Von Bieberstein, Wolfgang Frhr. Marschall/Schlechtriem, Peter, Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1978 (Zit.: *Bearbeiter,* FS Caemmerer, 1978, S. […])

Finn, Markus, Erfüllungspflicht und Leistungshindernis, Die Bestimmung der Grenzen vertraglicher Primärpflichten nach §§ 275 Abs. 1 und 2, 313 BGB, Duncker & Humblot, Berlin, 2007 (Zit.: *Finn,* Erfüllungspflicht und Leistungshindernis, S. […])

Fleischer, Holger, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht: eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten, C.H. Beck München, 2001 (Zit.: *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. […])

Flour, Jacques/Aubert, Jean-Luc/Savaux, Éric, Les obligations, 1. L'acte juridique, Sirey, 16. Auflage, 2014 (Zit.: *Flour/Aubert/Savaux,* Les obligations, Vol. 1, Rn. […])

Flour, Jacques/Aubert, Jean-Luc/Savaux, Éric, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation, Sirey, 9. Auflage, 2015 (Zit.: *Flour/Aubert/Savaux,* Les obligations, Vol. 3, Rn. […])

Fogt, Morten M., Unification and Harmonization of International Commercial Law, Interaction or Deharmonization, Kluwer Law International BV, 2012 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in: *Fogt* (Hg.), Unification and Harmonization of International Commercial Law, S. […])

Frick, Joachim, Sichere Fahrt für die *Methania* – Das Bundesgericht bekräftigt die Kompetenz von Schiedsgerichten zur Vertragsergänzung, ASA Bulletin Band 20, 2002, Heft 3, 516-523

Frison-Roche, Marie-Anne/Lequette, Yves/Robert, Jacques-Henri et al., L'avenir du droit-Mélanges en hommage à François Terré, Presses universitaires de France, 1999 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in : L'avenir du droit-Mélanges en hommage à François Terré, S. […])

Gahdoun, Pierre-Yves, Le Conseil constitutionnel et le contrat, Cahiers du Conseil constitutionnel Nr. 31, März 2011, 51-65

Gandolfi, Guiseppe, Pour un code européen, RTD civ. 1992, 707-736

Garcia-Cantero, Gabriel, L'Avant Projet de Pavie du Code Européen des Contrats *Studii,* Studia Universitatis Babeş-Bolyai Jurisprudentia, Issue 2, 2005, 55-64

Gaudemet, Eugène, Théorie générale des obligations, Sirey, Neuauflage 1965 (Zit.: *Gaudemet,* Théorie générale des obligations, S. […])

Gavoty, Charles/Edwards, Olivier, Vers une extension de l'obligation de renégociation en matière contractuelle ?, Petites affiches, 2004, Heft 128, 18-21

Génicon, *Thomas*, Défense et illustration de la cause, D. 2015, 1551-1557

Ghestin, Jacques, La formation du contrat, Tome 1 : Le contrat-Le consentement, L.G.D.J, 4. Auflage, 2013 (Zit.: *Ghestin*, La formation du contrat, Rn. […])

Ghestin, Jacques, La rétention dolosive d'informations privilégiées par un dirigeant lors d'une acquisition par lui d'actions non cotées, La Semaine Juridique Edition Générale Nr. 26, 26. Juni 1996, II, 22665 (Zit.: *Ghestin*, JCP 1996, II, 22665, Rn. […])

Ghestin, Jacques, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, JGDJ, 1980 (Zit.: *Ghestin,* Les obligations, Rn. […])

Ghestin, Jacques/Barthez, Anne-Sophie/Grosser, Paul/Mekki, Mustapha/Serinet, Yes-Marie, Chronique, Droit des contrats, Semaine Juridique Edition générale, Nr. 3, 17 janvier 2011, doctr. 63 (Zit.: *Bearbeiter*, in : *Ghestin,* Droit des contrats, 2011, Rn. […])

Ghestin, Jacques/Jamin, Christophe/Billiau, Marc, Traité de droit civil, Les effets du contrat, Interprétation-Qualification-Durée-Inexécution-Effet relatif-Opposabilité, L.G.D.J, 3. Auflage, 2001 (Zit.: *Ghestin* (Hg.), Les effets du contrat, Rn. […])

Ghozi, Alain/ Lequette, Yves, La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie, D. 2008, 2609-2614

Gounot, Emmanuel, L'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Paris, Arthur Rousseau Editeur, 1912 (Zit.: *Gounot,* L'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Paris, S. […])

Grapentin, Justin, Die Erosion der Vertragsgestaltungsmacht durch das Internet und den Einsatz Künstlicher Intelligenz, NJW 2019, 181-185

Gratton, *Laurène*, Les clauses abusives en droit commun des contrats, D. 2016, 22-28

Gréau, Fabrice, Force majeure, Répertoire de droit civil, Juin 2017 (Actualisation : Avril 2018), Dalloz (Zit.: *Gréau,* Force majeure, Répertoire de droit civil, Rn. […])

Gridel Jean-Pierre, Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens, Gazette du Palais 2003, Nr. 53, 3-24

Grundmann, Stefan, Grundsatz- und Praxisprobleme des neuen deutschen Überweisungsrechts, WM 2000, 2269-2284

Grundmann, Stefan, Information, party autonomy and economic agents in 314uropean contract law, CMLR 2002 (39), 269-293

Grynbaum, Luc/Nicod, Marc (Hg.)*,* Le solidarisme contractuel, Economica, 2004 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in : *Grynbaum/Nicod,* Le solidarisme contractuel, S. […])

Guerlin, Gaëtan, L'attente légitime du contractant, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Microfiches, Amiens, 2008 (Zit.: *Guerlin,* L'attente légitime du contractant, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, S. […])

Guillaume, Marc, Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ?, Le Seuil, Pouvoirs 2005/3, 117-129

Haensch, Günther, Frankreich: Politik, Gesellschaft, Wirtschaft, C.H. Beck, 3. Auflage, 1998 (Zit.: *Haensch,* Frankreich: Politik, Gesellschaft, Wirtschaft, S. […])

Halpérin, Jean-Louis, Histoire du droit privé français depuis 1804, Puf Quadrige manuel, 2. Auflage, 2012 (Zit.: *Halpérin,* Histoire du droit privé français depuis 1804, Rn. […])

Hamon, Francis/Troper, Michel, Droit constitutionnel, LGDJ, 39. Auflage, 2018 (Zit.: *Hamon/Troper,* Droit constitutionnel, Rn. […])

Harke, Jan Dirk, Allgemeines Schuldrecht, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010 (Zit.: *Harke,* Allgemeines Schuldrecht, Rn. […])

Hassler, Théo, Obligation de réserve et de discrétion de la chaîne de télévision qui se voit remettre le scénario d'un projet de feuilleton et preuve de la divulgation dommageable, D. 1990, 292

Häuser, Franz/Steinbeck, Anja/Hammen, Horst/Siebel, Ulf R./Hennrichs, Joachim/Welter, Reinhard, Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, De Guryter Recht, Berlin, 2004 (Zit.: *Bearbeiter* in FS Hadding, 2004, S. […])

Heiderhoff, Bettina, Europäisches Privatrecht, C.F. Müller, 4. Auflage, 2016 (Zit.: *Heiderhoff,* Europäisches Privatrecht, Rn. […])

Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo/Langenbucher, Katja/Grigoleit, Hans-Christoph/Hager, Johannes/Hey, Felix Christopher/Neuner, Jörg/Petersen, Jens/Singer, Reinhard, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, Verlag C.H. Beck München, 2007 (Zit.: *Bearbeiter,* FS Canaris, 2007, S. […])

Herber, Rolf/Czerwenka, Beate, Internationales Kaufrecht, Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 1991 (Zit.: *Herber/Czerwenka,* Art. […] CISG Rn. […])

Heuzé, Vincent, La vente internationale de marchandises, Droit uniforme, L.G.D.J, 2000 (Zit.: *Heuzé,* La vente internationale de marchandises, Rn. […])

Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, herausgegeben von Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert und Reinhard Zimmermann, Mohr Siebeck (Zit.: HKK/*Bearbeiter* § […] Rn. […])

- Band I, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 2003
- Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 2. Teilband: §§ 305-432, 2007

Hoepffner, Hélène, Fasc. 777 : Exécution du contrat administratif, Droits et obligations du cocontractant, LexisNexis, 1. September 2016 (Zit.: *Hoepffner,* Fasc. 777: Exécution du contrat administrative, Rn. […])

Höfling, Wolfram, Vertragsfreiheit: eine grundrechtsdogmatische Studie, Schriften zum Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, C.F. Müller Juristischer Verlag Heidelberg, 1991 (Zit.: *Höfling,* Vertragsfreiheit, S. […])

Houin, La technique de la réforme des codes français de droit privé, RIDC 1956, 9-27

Houtcieff, Dimitri, La perte d'une chance de ne pas cautionner ou l'indemnisation du hasard et des coïncidences, D. 2009, 2971-2972

Huber, Peter/Faust, Florian, Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, Verlag C.H. Beck München, 2002 (Zit.: *Bearbeiter*, in: *Huber/Faust,* Schuldrechtsmodernisierung, Kapitel […], Rn. […])

Hübner, Heinz/Klingmüller, Ernst/Wacke, Andreas (Hrgs), Festschrift für Erwin Seidl zum 70. Geburtstag, Peter Hanstein Verlag GmbH, Köln, 1975 (Zit.: *Bearbeiter,* FS Seidl, 1975, S. […])

International Chamber of Commerce, Formation of contracts and precontractual liability, 1990 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in Formation of contracts and precontractual liability, ICC, S. […])

Jacques, Philippe, Regards sur l'article 1135 du Code civil, Nouvelle bibliothèques de Thèses, Dalloz, 2005 (Zit.: *Jacques,* Regards sur l'article 1135 du Code civil, Rn. […])

Jakobs, Günther, Rechtsgeltung und Konsens, Schriften zur Rechtstheorie, Haft 49, Duncker & Humblot/Berlin, 1976 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in: *Jakos* (Hg.), Rechtsgeltung und Konsens, S. […])

Jamin, Christophe, Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, Droit et Patrimoine, Nr. 58, 46-57

Jansen, Nils/Zimmermann, Reinhard, Was ist und wozu der DCFR ?, NJW 2009, 3401-3406

Jansen, Nils/Zimmermann, Reinhard, Commentaries on European Contract Laws, Oxford University Press 2017 (Zit.: Commentaries on European Contract Laws/*Bearbeiter*, Art. […] Rn. […])

Jaouen, Magali, Négociations et obligation de confidentialité, AJCA 2016, 275-279

Jarvin, Sigvard/Derains, Yves, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, ICC Publishing S.A., Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990 (Zit.: *Jarvin/Derains,* Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, S. […])

Jauernig, Othmar (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-, Rom-II-Verordnung, EuUnthVO/HuntProt und EuErbVO, Kommentar, C.H.BECK, 17. Auflage, 2018 (Zit.: Jauernig/*Bearbeiter* BGB § […] Rn. […])

Josserand, Louis, Le contrat dirigé, DH 1933, 89-92

Josserand, Louis, Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal, DH 1940, Chronique, 5-8

Jourdain, Patrice, Dol dans la formation du contrat : quel préjudice réparable ?, RTD civ. 2012, 732-733

Jourdain, Patrick, Force majeure : l'Assemblée plénière manque l'occasion d'une définition claire, D. 2006, 1577-1581

Jourdain, Patrick, L'extériorité de la force majeure, RTD civ. 1994, 873-875

Juen, Emmanuelle, La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, JGDJ, 2016 (Zit.: *Juen,* La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, 2016)

Juillet, Christophe, La reconnaissance maladroite de la responsabilité contractuelle par la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, D. 2011, 259-264

Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 2. Auflage 1960, Mohr Siebeck Verlag Österreich, 2017 (Zit.: *Kelsen,* Reine Rechtslehre, S. […])

Kern, Bernd-Rüdinger/Wadle, Elmar/Schroeder, Klaus-Peter/Katzenmeier, Christian (Hg.), Humaniora Medizin-Recht-Geschichte, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, Springer, 2006 (Zit.: *Bearbeiter,* FS Laufs, 2006, S. […])

Kischel, Uwe, Rechtsvergleichung, C.H. Beck, 2015 (Zit.: *Kischel,* Rechtsvergleichung, S. [..], Rn. […])

Kröll, Stefan/Mistelis, Loukas/Perales Viscasillas, Pilar, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), A Commentary, C.H. Beck Hart Nomos, 2. Auflage, 2018 (Zit.: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Bearbeiter,* CISG Art. […] Rn. […])

Kronke, Herbert, Ziele-Methode, Kosten-Nutzen: Perspektiven der Privatrechtsharmonisierung nach 75 Jahren UNIDROIT, JZ 23/2001, 1149-1200

Laithier, Yves-Marie, Les sanctions de l'inexécution du contrat, RDC 2016, 39-44

Lando, Ole/Beale, Hugh, Principles of European Contract Law, Parts I and II, Kluwer Law international, 1999 (Zit.: *Lando/Beale* (Hg.), Principles of European Contract Law, S. […])

Lando, Ole/Beale, Hugh, The Principles of European Contract Law, Part I, Performance, Non Performance and Remedies, Prepared by the Commission on European Contract law, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995 (Zit.: *Lando/Beale* (Hg.)*,* The Principles of European Contract Law, Part I, Performance, Non Performance and Remedies, 1995)

Lando, Ole/Clive, Eric/Prüm, André/Zimmermann, Reinhard, Principles of European Contract Law, Part III, Kluwer Law International, 2003 (Zit.: *Lando/Clive/Prüm/Zimmermann* (Hg.), Principles of European Contract Law, Part III, 2003)

Lardeux, Gwendoline, Droits civils français et allemand : entre convergence matérielle et opposition intellectuelle, ZeuP 2007, 448-483

Larroumet, Christian, Droit Civil, Tome III, Les Obligations, Le Contrat, 2e partie, Effets, Economica, 2007 (Zit.: *Larroumet*, Droit civil, T. III, Les Obligations, Rn. […])

Latina, Mathias, Contrat : généralités, Répertoire de droit civil, Mai 2017, Dalloz (Zit.: *Latina,* Contrat : généralités, Répertoire de droit civil, Rn. […])

Le Code civil, 1804-2004 Livre du bicentenaire, Dalloz, LexisNexis, Litec, 2004 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in : Le Code civil, 1804-2004 Livre du bicentenaire, S. […])

Le Nabasque, Hervé, L'imprévision et les cessions de droits sociaux, Bulletin Joly Société, 2016, Nr. 9, 538-543

Le Tourneau, Philippe, Chapitre 3112-Contrat et période précontractuelle, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2018-2019 (Zit.: *Le Tourneau,* Chapitre 3112-Contrat et période précontractuelle, in : Droit de la responsabilité et des contrats, Section […])

Le Tourneau, Philippe/Poumarède, Matthieu, Bonne foi, Répertoire de droit civil, Janvier 2017 (actualisation mai 2018), Dalloz (Zit.: *Le Tourneau/Poumarède,* Bonne foi, Répertoire de droit civil, Rn. […])

Lein, Eva, Die Verzögerung der Leistung im europäischen Vertragsrecht, Mohr Siebeck, 2015 (Zit.: *Lein,* Die Verzögerung der Leistung im europäischen Vertragsrecht, S. […])

Lequette, Yves, 1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in : *Lequette* (Hg.), Le Code civil : un passé, un présent, un avenir, S. […])

Lobinger, Thomas, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, Zugleich ein Beitrag zur Korrekturbedürftigkeit der §§ 275, 311a, 313 BGB n.F., Mohr Siebeck, 2004 (Zit.: *Lobinger,* Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, S. […])

Loiseau, Grégoire¸ Contrats et obligations – L'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels-Commentaire par Grégoire Loiseau, La Semaine Juridique Edition Générale n° 50, 14 Décembre 2005, II 10173 (Zit.: *Loiseau,* JCP 2005, II, 10173)

Lorenz, Stephan, Die culpa in contrahendo im französischen Recht, ZeuP 1994, 218-243

Lorenz, Stephan, Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW 2005, 1889-1896

Lorenz, Stephan/Trunk, Alexander/Eidenmüller, Horst/Wendehost, Christiane/Adolf, Johannes (Hg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, Verlag C.H. Beck München, 2005 (Zit.: *Bearbeiter,* FS Heldrich, 2005, S. […])

Lüttringhaus, Jan Dirk, Verhandlungspflicht bei Störung der Geschäftsgrundlage, AcP 213 (2013), 267-298

Magnan de Bornier, Jean, Essai sur la théorie de l'imprévision, Jouve & Cie, Éditeurs, Paris, 1924 (Zit.: *Magnan de Bornier,* Essai sur la théorie de l'imprévision, S. […])

Mainguy, Daniel, Contrats spéciaux, 11. Auflage, Dalloz, 2018 (Zit.: *Mainguy,* Contrats spéciaux, Rn. […])

Malaurie, Philippe, Cessions d'actions : la réticence dolosive en raison des circonstances. L'affaire Bouygues des Grands moulins de Paris, D. 1996, 518-520

Malaurie, Philippe, Contrats et obligations-Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats, La Semaine Juridique Edition Générale, Nr. 44, 29. Oktober 2008, doctrine 204 (Zit.: *Malaurie,* JCP 2008, Nr. 44, doc. 204, Rn. [...])

Malaurie, Philippe/Aynès, Laurent, Droit des obligations, L.G.D.J, 8. Auflage, 2016 (Zit.: *Malaurie/Aynès,* Droit des obligations, Rn. […])

Martin, Xavier, Fondements politiques du Code Napoléon, RTD civ. 2003, 247-265

Marty, Gabriel/Raynaud, Pierre, Droit civil, Les obligations, Tome I, Les sources, Sirey, 2. Auflage, 1988 (Zit.: *Marty/Raynaud,* Les obligations, Tome I, Rn. […])

Marty, Gabriel/Raynaud, Pierre, Droit civil, Les obligations, Tome II, 1er Volume, Sirey, 1962 (Zit.: *Marty/Raynaud,* Les obligations, Tome II, Rn. […])

Mathieu, Bertrand/Verpeaux, Michel, Chronique de jurisprudence constitutionnelle No 17, Petites Affiches, Oktober 1997, Nr. 125, 10-21

Maultzsch, Felix, Die Vorschriften zur Vertragsinterpretation im Common Frame of Reference aus rechtsvergleichender Sicht, GPR 3/11, 114-121

Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Mathias/Klein, Hans H., Grundgesetz Kommentar Band 1, Art. 1-5, Beck, 82. Lieferung, Januar 2018 (Zit.: *Bearbeiter* in *Maunz/Dürig*, GG Art. […] Rn. […])

Max Planck Institut, Policy Options for Progress Towards a European Contract Las, RabelsZ, Vol. 75, Number 2, April 2011, 371-438

Mazeaud, Denis, L'arrêt Canal « moins » ?, D. 2010, 2481-2184

Mazeaud, Denis, La bonne foi : en arrière toute ?, D. 2006, 761-763

Mazeaud, Denis, La cause pour que survive la cause, en dépit de la réforme !, Droit et Patrimoine, Nr. 240, 1. Oktober 2014, 38-39

Mazeaud, Denis, La confiance légitime et l'estoppel, RIDC, Vol. 58 N°2, 2006, 363-392

Mazeaud, Denis, La place du juge en droit des contrats, RDC 2016, 353-357

Mazeaud, Denis, La révision du contrat, Petites affiches, 2005, Nr. 129, 4-23

Mazeaud, Denis, Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats, D. 2018, 912-918

Mazeaud, Denis, Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet !, D. 2008, 2675-2680

Mazeaud, Denis, Rupture fautive des pourparlers, RDC 2004, 257-259

Mazeaud, Denis/Brun, Philippe/Pierre, Philippe/Lacoste-Masson, Nathalie (Dir.), Le Lamy Droit de la responsabilité, Wolters Kluwer, 2017 (Zit.: *Mazeaud/Brun/Pierre/Lacoste-Masson (Dir),* Lamy Droit de la responsabilité, [Nummer]-[Title])

Mazeaud, Denis/Latina, Mathias, Lésion, Répertoire de droit civil, Dalloz, Avril 2018 (Zit.: *Mazeaud/Latina,* Lésion, Répertoire de droit civil, Rn. […])

Mazeaud, Henri/Mazeaud, Léon/Mazeaud, Jean/Chabas, François, Leçons de droit civil, Tome II, Premier Volume, Obligations, théorie générale, Montchrestien, 9. Auflage, 1998 (Zit.: *Mazeaud/Chabas,* Leçons de droit civil, T. II, Obligations, Rn. […])

Mazeaud, Henri/Mazeaud, Léon/Tunc, André, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Editions Montchrestiens, 6. Auflage, 1965 (Zit.: *Mazeaud/Mazeaud/Tunc*, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Rn. […])

Medicus, Dieter/Petersen, Jens, Allgemeiner Teil des BGB, C.F. Müller, 11. Auflage, 2016 (Zit.: *Medicus/Petersen,* Allgemeiner Teil des BGB, Rn. […])

Meier, Sonja, Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge: Neue europäische Entwicklungen, RabelsZ, Vol. 80, 2016, 851-887

Mekki, Mustapha, Droit des contrats, D. 2017, 375-388

Mekki, Mustapha, Droit des contrats, Janvier 2016-Janvier 2017, D. 2017, 375-388

Mekki, Mustapha, La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016-Une réforme de la réforme ?, D. 2018, 900-911

Mekki, Mustapha, Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat, RDC 2016, 400-407

Mekki, Mustapha, Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ?, Revue des sociétés, 2016, 483-499

Mekki, Mustapha/Kloepfer-Pelèse, Martine, Good faith and fair dealing in the DCFR, ERCL Band 4, 3/2008, 338-374

Mestre, Jacque/Laude, Anne/Mazeaud, Denis/Picod, Yves/Buy, Michel/Mestre, Jacque, Le juge et l'exécution du contrat, Colloque I.D.A., Aix-en-Provence, 28 mai 1993, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in : Le juge et l'exécution du contrat, S. […])

Mestre, Jacques, D'une interruption fautive de la période précontractuelle, RTD civ. 1994, 849

Mestre, Jacques, Une bonne foi franchement conquérante …d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat !, RTD civ. 1993, 124-126

Mestre, Jacques/Fages, Bertrand, Défaillance de condition suspensive et bonne ou mauvaise foi, RTD civ. 2005, 776-778

Meyer, Olaf, Principles of Contract Law und nationales Vertragsrecht, Chancen und Wege für eine Internationalisierung der Rechtsanwendung, Dissertation, Nomos, 2007 (Zit.: *Meyer,* Principles of Contract Law und nationales Vertragsrecht, S. […])

Mollin, Jules Henri, La Vérité sur l'Affaire des Fiches, Librairie universelle, 1905 (Zit.: *Mollin,* La Vérité sur l'Affaire des Fiches, S. […])

Momberg Uribe, Rodrigo, Change of Circumstances in International Instruments of Contract Law: The Approach of the CISG, the PICC, the PECL and the DCFR, Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, 2011, 233-266 (Zit.: Vindobona J Int'l Comm L & Arb, 2011, 233, [Seite])

Motsch, Richard, Risikoverteilung im allgemeinen Leistungsstörungsrecht, JZ 9/2001, 428-433

Münchener Kommentar zum BGB, herausgeben von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Oetker Harmut, Bettina Limperg, C.H. BECK München, (Zit.: MüKoBGB/*Bearbeiter* BGB § […] Rn. […])

- Band 1, §§ 1-240 BGB, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Auflage, 2018
- Band 2, §§ 241-310 BGB, 8. Auflage, 2019
- Band 3, §§ 311-434 BGB, 8. Auflage, 2019
- Band 4, §§ 433-534 BGB, Finanzierungsleasing, CISG, 8. Auflage, 2019
- Band 4, §§ 535-630 BGB, HeizkostenV, BetriebskostenV, EFZG, TzBfG, KSchG, 7. Auflage, 2016

Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassung, Kommentar, 16. Auflage, Verlag Franz Vahlen München, 2019 (Zit.: Musielak/Voit/*Bearbeiter* ZPO § […] Rn. […])

Nelle, Andreas, Neuverhandlungspflichten-Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Band 98, 1994 (Zit.: *Nelle,* Neuverhandlungspflichten, S. […])

Niggemann, Friedrich, AGB-Kontrolle im kaufmännischen Geschäftsverkehr nach der Reform des französischen Code Civil?, RIW 10/2018, 658-664

Niort, Jean-François, Homo civilis, Contributions à l'histoire du Code civil français (1804-1965), Tome I et II, Presses universitaire d'Aix-en-Provence, 2004 (Zit.: *Niort*, Homo civilis, S. […], Rn. […])

Niort, Jean-François, Le Code civil dans la mêlée politique et sociale, RTD civ. 2005, 257-293

NomosKommentar BGB, Nomos (Zit.: NK-BGB/*Bearbeiter* § […] Rn. […])

- Band 1 BGB Allgemeiner Teil-EGBGB, herausgegeben von Thomas Heidel, Rainer Hüßtege, Hans-Peter Mansel, Ulrich Noack, Ulrich, 3. Auflage, 2016
- Band 2/1 BGB Schuldrecht §§ 241-610, herausgegeben von Barbara Dauner-Lieb, Werne Langen, 3. Auflage, 2016

Nora, Pierre/ Bercé, Francoise/Carbonnier, Jean/Chastel, André/Fermigier, André/Foucart, Bruno/Guenée, Bernard/Himelfab, Hélène/Le Bras, Hervé/Lecoq, Anne-Marie/Le Roy Ladurie, Emmanuel/Mayeur, Jean-Marie/Nordmann, Daniel/Pommier, Édouard/Poulot, Dominique/Theis, Laurent/Weber, Eugen, Les lieux de mémoire, T. II, La nation, Gallimard, 1986 (Zit.: *Bearbeiter*, Titel, in : Les lieux de mémoire, T. II, La nation, S. […])

Oertmann, Paul, Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff, A. Deichert'lche Verlagsbuchhandlung, Leipzig, 1921 (Zit.: *Oertmann,* Die Geschäftsgrundlage, S. […])

Oeschler, Jürgen, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Internet (3. Teil), JURA, Heft 8/2012, 581-585

Palandt, Otto (Begr.), Brügerliches Gesetzbuch, C.H. München, 61. Auflage, 2002 (Zit.: Palandt/*Bearbeiter*, 61. Auflage, 2002, § […] Rn. […])

Palandt, Otto (Begr.)*,* Bürgerliches Gesetzbuch, C.H. BECK München, 78. Auflage, 2019 (Zit.: Palandt/*Bearbeiter* BGB § […] Rn. […])

Penneau, Michel, Le défaut d'information en médecine, D. 1999, 46-48

Pérès, Cécile, Contrats et obligations-Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats-Libres propos par Cécile Pérès, La Semaine Juridique Edition Générale, Nr. 16, 18. April 2016, 454 (Zit.: *Pérès,* JCP 2016, Nr. 16, 454)

Perillo, Joseph M., "Force majeure and hardship under UNIDROIT", Tulane Journal of International and Comparative Law, 1997, Volume 5, 5-28 (Zit.: *Perillo,* (1997) 5 Tul J Int'l & Comp L 5, […]).

Perillo, Joseph M., Unidroit principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review, Fordham Law Review, Vol. 63, 1993, 281-344

Pfeiffer, Thomas, Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference, ZeuP 2008, 679-707

Picod, Yves, Fascicule unique : Contrat.- Effets du contrat.-Imprévision, JurisClasseur (Mise à jour : 27 novembe 2018) (Zit.: *Picod,* Art. 1195 -Fasc. Unique, JCl., 2018 Rn. […])

Planiol, Marcel, 1re Etude, Du fondement de la responsabilité civile, Préliminaires, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1905, 277-292

Plantamp, Didier, Le particularisme due remplacement dans la vente commerciale, D. 2000, 263-326

Plate, Tobias, Force Majeure und Hardship in grenzüberschreitenden Langzeitverträgen, Dissertation, Verlag Recht und Wirtschaft, 2005 (Zit.: *Plate,* Force Majeure und Hardship in grenzüberschreitenden Langzeitverträgen, S. […])

Pollaud-Dulian, Frédéric, Originalité. France d'architecture. Plans et croquis. Concurrence déloyale, RTD com. 2007, 79-80

Portalis, Frédéric, Discourds, rapports et travaux inédits sur le Code civil par Jean-Étienne-Marie Portalis*,* Paris : Joubert, 1844 (Zit.: *Portalis,* Discours préliminaire du premier projet de Code civil, S. […])

Prujiner, Alain, L'adaptation forcée du contrat par arbitrage, Revue de droit de McGill, Vol. 37, 1992, 428-447 (Zit.: *Prujiner* (1992) 37 McGill LJ. 428 (Seite))

Prütting, Hans/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrgs)*,* Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Luchterhand Verlag, 13. Auflage, 2018 (Zit.: PWW/*Bearbeiter* § […] Rn. […])

Puig, Pascal, Contrats spéciaux, HyperCours, 7. Auflage, Dalloz, 2017 (Zit.: *Puig,* Contrats spéciaux, Rn. […])

Rabel, Ernst, Das Recht des Warenkaufs, Eine rechtsvergleichende Darstellung, 1. Band, Wlater der Gruyter & Co., 1957 (Zit.: *Rabel,* Recht des Warenkaufs, I, § […], [Gliederungsnummer], S. […])

Raben, Philipp, Das Modellgesetz als geeignetes Instrument europäischer Vertragsrechtsharmonisierung, Dissertation, Academic Research, 2014 (Zit.: *Raben*, Das Modellgesetz als geeignetes Instrument europäischer Vertragsrechtsharmonisierung, S. […])

Radé, Christophe, L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile, D. 1998, 301-304

Radé, Christophe, Pour une approche renouvelée de la théorie des risques, Petites affiches 7. Juli 1995, Heft 81, 26-35

Rakotoarison, Tahina Fabrice/Garinot, Jean-Marie/Pihéry, Régis, Dossier : Secret des affaires et contrat, AJ Contrat 2018, 407-418

Ranouil, Véronique, L'autonomie de la volonté : Naissance et évolution d'un concept, Presses universitaires de France, 1980 (Zit.: *Ranouil,* L'autonomie de la volonté : Naissance et évolution d'un concept, S. […])

Rémy, Philippe, La « responsabilité civile » : histoire d'un faux concept, RTD civ. 1997, 323-356

Rémy, Philippe, Réviser le titre III du livre troisième du Code civil ?, RDC 2004, Nr. 4, 1169-1186

Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusions of Contract, Unfair Terms, Sellier European Law Publishers, 2007 (Zit.: *Acquis Group,* Principles of the Existing EC Contract Law, S. […])

Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract II, General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services, Sellier European Law Publishers, 2009 (Zit.: Principles of the Existing EC Contract Law, Contract II, General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services in 2009)

Reul, Adolf, Grundrecht und Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht, DnotZ 2007, 184 -210

Revet, *Thierry*, Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés (1), D. 2015, 1217-1225

Rieg, Alfred, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962 (Zit.: *Rieg,* Le rôle de la volonté dans l'acte juridique, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962)

Riehm, Thomas, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, Mohr Siebeck, Habilitationsschrift, 2015 (Zit.: *Riehm,* Der Grundsatz der Naturalerfüllung, S. […])

Ripert, Georges, La règle morale dans les obligations civiles, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 4. Auflage, 1949 (Zit.: *Ripert,* La règle morale dans les obligations civiles, S. […])

Ripert, Georges/Boulanger, Jean, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, Tome Premier, Introduction Générale, Les personnes, Librairie générale du droit et de jurisprudence, 1956 (Zit.: *Ripert/Boulanger/Planiol,* Traité de droit civil, Tome premier, S. […], Rn. […])

Riske, Olivier, La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen, Perspectives pour l'ordre juridique suisse, Analyse historique, comparative et prospective, Collection Neuchâteloise, Helbing, Lichtenhaln, 2016 (Zit.: *Riske,* La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen, Rn. […])

Roda, Jean-Christophe, Secret des affaires : et si l'on avait manqué l'essentiel ?, D. 2018, 1318-1320

Rousseau, Dominique, La V^e^ République se meurt, vive la démocratie, Odile Jacob, 2007 (Zit.: *Rousseau,* La V^e^ République de meurt, vive la démocratie, S. […])

Rouvillois, Frédéric, Les origines de la V^e^ République, Que sais-je ?, 1998 (Zit.: *Rouvillois,* Les origines de la V^e^ République, S. […])

Ruffini Gandolfi Maria Letizia. Le Code européen des contrats-Livre I, à l'Institut de France (et les travaux préparatoires du Livre II, à l'Université de Pavie), RIDC, Vol. 58 N°3, 2006, 953-963

Saleilles, Raymond, De la responsabilité précontractuelle, à propos d'une étude nouvelle sur la matière, Revue trimestrielle de droit civil, 1907, 697-751

Savatier, René, Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural, Tome I Les sources de la responsabilité civile, Librairie Générale du droit et de la jurisprudence, 2. Auflage, 1951 (Zit.: *Savatier*, Traité de la responsabilité civile, Tome I Les sources de la responsabilité civile, Rn. […])

Savaux, Eric, L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision-Rapport français, RDC 2010, Nr. 3, 1057-1066

Schiller, Sophie, Secret des affaires : la directive est publiée, La Semaine Juridique Edition Générale, Nr. 26, 27 juin 2016, 746 (Zit.: *Schiller,* JCP 2016, Nr. 26, 746)

Schlechtriem, Peter, The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe, Oxford University Comparative Law Forum, 2002 (Zit.: *Schlechtriem* (2002) Oxford U Comparative L Forum 2 (text nach Fußnote […])

Schlechtriem, Peter/ Schwenzer, Ingeborg (Hg.), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), C.H. Beck, Oxford University Press, 4. Auflage, 2016 (Zit.: Schlechtriem/Schwenzer/*Bearbeiter,* CISG Art. […] Rn. […])

Schlüter, Andreas, Leistungsbefreiung bei Leistungserschwerungen-Zur Konkurrenz der Befreiungstatbestände im neuen Schuldrecht (§§ 275, 313, 314 BGB), ZGS 9/2003, 346-354

Schmidt, Joanna, La période précontractuelle en droit français, RIDC, Vol. 42 N°2, 1990, 545-566

Schmidt-Kessel, Martin/Baldus, Christian, Prozessuale Behandlung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach neuem Recht, NJW 2002, 2076-2078

Schmidt-Kessel, Martin/Dierks, Thomas/Kopp, Christina/Schudmehl, Silvan/Ulrich, Pia, Der gemeinsame Referenzrahmen, Entstehung, Inhalte, Anwendung, Sellier. European Law Publishers, 2009 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in: *Schmidt-Kessel* (Hg.), Der gemeinsame Referenzrahmen, Entstehung, Inhalte, Anwendung, S. […])

Schulte-Nölke, Hans, Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht-Fakten und populäre Irrtümer, NJW 2009, 2161-2167

Schulze, Reine/Wicker, Guillaume/Mäsch, Gerald/Mazeaud, Denis, La réforme du droit des obligations en France, 5^ème^ journées franco-allemandes, Société de législation comparée, 2015 (Zit.: *Bearbeiter*, Titel, in : *Schulze/Wicker/Mazeaud* (Hg.), La réforme du droit des obligations en France, 5^ème^ journées franco-allemandes, S. […])

Schulze, Reiner/Ebers, Martin/Grigoleit, Hans Christoph (Hg.), Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, Mohr Siebeck, 2003 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in: *Schulze/Ebers/Grigoleit* (Hg.), Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, S. […])

Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans (Hg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Mohr Siebeck, 2001 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in: *Schulze/Schulte-Nölke* (Hg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. […])

Schulze, Reiner/Zoll, Fryderyk (Hg.) The Law of Obligations in Europe, A New Wave of Codifications, Sellier, 2013 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in: *Schulze/Zoll* (Hg.), The Law of Obligations in Europe, S. […])

Schwab, Martin, Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens bei mehreren hypothetischen Entscheidungsmöglichkeiten, NJW 2012, 3274-3277

Smeureanu, Ileana M./Lew, Julian D.M., Comfidentiality in International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2011 (Zit.: *Smeurean/Lew,* Confidentiality in International Commercial Arbitration, 2011)

Société d'études législatives, Bulletin de la Société d'études législatives : rapports et comptes-rendus des séances, travaux relatifs aux questions étudiées par la Société*,* A. Rousseau, Paris, 1901-1907 *(*Zit.: *Bearbeiter,* Bulletin de la Société d'études législatives, [Jahr], S. […] oder Bulletin de la Société d'études législatives, [Jahr], S. […])

Société d'études législatives, Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire, Dalloz, Neuauflage 2004 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in : *Société d'études législatives,* Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire, S. […])

Soergel, Theodort (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 5/1a, Schuldrecht, §§ 311, 311a-c, 313, 314, neu herausgegeben von Beate Gsell, Peter Gröschler, Jan Dirk Harke, Jörg Mayer, Arndt Teichmann, Verlag W. Kohlhammer, 13. Auflage, 2014 (Zit.: Soergel/*Bearbeiter* § […] Rn. […])

Sonnenberger, Hans Jürgen, Der Vorentwurf der Reform des Schuldrechts und des Verjährungsrechts des Code civil, ZeuP 2007, 6-67

Sonnenberger, Hans-Jürgen, Der Entwurf eines europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler-ein Meilenstein, RIW 2001, 409-416

Staudinger, Julius v. (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Sellier – de Gruyter, Berlin (Zit.: Staudinger/*Bearbeiter* BGB § […] Rn. […])

- Buch 1 Allgemeiner Teil, §§ 139-163 (Allgemeiner Teil 4b), Neubearbeitung 2015
- Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, §§ 311, 311 a-c (Vertragsschluss), Neubearbeitung 2018
- Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315-326 (Leistungsstörungsrecht 2), Neubearbeitung 2015
- Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zum Schuldrecht, §§ 241-243 (Treu und Glauben), Neubearbeitung 2015

Stern, Klaus/Sachs, Michael, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, Allgemeine Lehren der Grundrechte, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988 (Zit.: *Bearbeiter* in: Stern, Staatsrecht, Band III/1, S. […])

Stoffel-Munck, Philippe, L'imprévision et la réforme des effets du contrat, RDC Hors-série, 1. April 2016, 30-39 (Zit.: *Stoffel-Munck,* RDC 2016, Nr. 112z5, S. […])

Stoffel-Munck, Philippe, La réforme en pratique, AJCA 2015, 262-264

Stoffel-Munck, Philippe, Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle, RDC 2003, Nr. 1, 59-64

Stöhr, Alexander, Die Vertragsbindung, AcP 214 (2014) 425-458

Struck, Gerhard, Vertragsfreiheit-Ein Grundrecht?, DuR 1988, 39-49

Stürner, Michael, « Faktische Unmöglichkeit" (§275 BGB) und Störung der Geschäftsgrundlage-unmöglich abzugrenzen?, JURA, Heft 10/2010, 721-726

Tallon, Denis, L'inexécution du contrat : pour une autre présentation, RTD civ. 1994, 223-238

Terré, François, Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2009 (Zit.: *Bearbeiter*, Titel, in : *Terré* (Hg.), Pour une réforme du droit des contrats, S. […])

Terré, François/Simler, Philippe/Lequette, Yves, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 11. Auflage, 2013 (Zit.: *Terré/Simler/Lequette* (Hg.), Droit civil, Les obligations, Rn. […])

Thaller, Edmond-Eugène, Traité élémentaire de droit commercial, Arthur Rousseau, Éditeur, 1898 (Zit.: *Thaller,* Traité élémentaire de droit commercial, Rn. […])

Thibierge, Louis, Le contrat face à l'imprévu, Economica, 2011 (Zit.: *Thibierge,* Le contrat face à l'imprévu, Rn. […])

Thibierge-Guelfucci, Catherine, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997, 357-386

Thole, Christoph, Renaissance der Lehre von der Neuverhandlungspflicht bei § 313 BGB?, JZ 9/2014, 443-450

Troper, Michel/Chagnollaud, Dominique (Hg.), Traité international de droit constitutionnel, Tome 2 Distribution des pouvoirs, Dalloz, 2012 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in : *Troper/Chagnollaud* (Hg.), Traité international de droit constitutionnel, Tome 2, S. […])

Turpin, Dominique, Droit constitutionnel, Puf Quadrige Manuel, 2007 (Zit.: *Turpin,* Droit constitutionnel, S. […])

Ullman, Harold, Enforcement of Hardship Clauses in the French and American Legal Systems, California Western International Law Journal, Volume 19, No. 1, Art. 6, 1988, 81-26 (Zit.: *Ullmann,* CWILJ, Vol. 19, Issue 1, 1988, 81ff.)

UNIDROIT (Hg.), L'unification du droit, Annuaire 1967-1968, Tome II, IV^{ème} Rencontre des Organisations s'occupant de l'Unification du Droit, Edition « Unidroit », Rome, 1969 (Zit.: Comptes-rendus, in : *Unidroit* (Hg.), L'unification du droit, Annuaire 1967-1968, II, S. […])

UNIDROIT Working Group for the Preparation of Principles of International Commercial Contracts, Consolidated Edition of Part I and Part II of the Principles of International Commercial Contract: Decided Amendments & Open Questions, Memorandum prepared by the Secretariat, Document 85, 2003 (Zit.: Study L, Unidroit 2003, Doc. 85, S. […])

UNIDROIT Working Group for the Preparation of Principles of International Commercial Contracts, Summary records of the meeting held in Rome from 30 April to 4 May 1990, prepared by the Secretariat of Unidroit, Rome, April 1991 (Zit.: (1991) PC-Misc 15, S. […])

UNIDROIT Working Group for the Preparation of Principles of International Commercial Contracts, Summary records of the meeting held in Rome from 27 to 31 May 1991, prepared by the Secretariat of Unidroit, Rome, February 1993 (Zit.: (1993) PC-Misc 17, S. […])

UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts, Unidroit, Rom, 2016 (Zit.: *UNIDROIT* (Hg.), Principles of International Commercial Contracts, 2016, S. […])

Van der Berg, Albert Jan (Hg.), Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA Congress Series, Vol. 18, Kluwer Law International, 2015 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in: *van der Berg* (Hg.), Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA Congress Series, Vol. 18, 2015, S. […])

Vatinet, *Raymonde,* Les droits de traditions civilistes en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale, RTD civ. 2006, 845-847

Verpeaux, Michel, Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations controlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement, Cahiers du Conseil constitutionnel, Nr. 19, Janvier 2006, 96-100

Viney, Geneviève, Responsabilité civile, La Semaine Juridique Edition Générale, Nr. 39, 22. September 2004, Doctr. 163 (Zit.: *Viney,* JCP 2004, Nr. 39, Doctr. 163, Rn. […])

Viney, Geneviève, Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, L.G.D.J, 3. Auflage, 2008 (Zit.: *Viney*, Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, Rn. […])

Vogenauer, Stephan, Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contrats (PICC), Oxford University Press, Second Edition, 2015 (Zit.: Commentary on PICC/*Bearbeiter,* Art. […] Rn. […]*)*

Vogenauer, Stephan, Die UNIDROIT Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2010, ZeuP 2013, 7-42

Vogenauer, Stephan/Kleinheisterkamp, Jan, Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contrats (PICC), Oxford University Press, 2009 (Zit.: Commentary on PICC/*Bearbeiter,* 1. Ed., Art. […] Rn. […])

Voirin, Pierre, De l'imprévision dans les rapports de droit privé, Thèse, Nancy, Ancienne Imprimerie Vagner, 1922 (Zit.: *Voirin,* De l'imprévision dans les rapports de droit privé, Rn. […])

Von Bar, Christian, Die Mitteilung der Europäischen Kommission zum Europäischen Vertragsrecht, ZeuP 2001, 799-804

Von Bar, Christian, Die Resolution des Europäischen Parlaments vom 15. November 2001 zur Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten, ZeuP 2002, 629-633

Von Bar, Christian/Clive, Eric/ Schulte-Nölke/Beale, Hugh/Herre, Johnny/Huet, Jérôme,/Storme, Matthias/Swann, Stephens/Varul, Paul/Veneziano, Anna/Zoll, Fryderyk, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, Sellier European Law Publishers, 2008 (Zit.: *Von Bar/Clive* (Hg.), DCFR, Outline Edition, Sellier European Law Publishers, 2008)

Von Bar, Christian/Clive, Eric/ Schulte-Nölke/Beale, Hugh/Herre, Johnny/Huet, Jérôme,/Storme, Matthias/Swann, Stephens/Varul, Paul/Veneziano, Anna/Zoll, Fryderyk, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Sellier European Law Publishers, 2009 (Zit.: *Von Bar/Clive* (Hg.), DCFR, Full Edition, 2009, Rn. […])

Von Bar, Christian/Reinhard, Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil III, European Law Publisher, 2005 (Zit.: *von Bar/Zimmermann* (Hg.), Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil III, 2005)

Von Bar, Christian/Zimmermann, Reinhard, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, Deutsche Ausgabe der Principles of European Contract Law, Sellier European Law Publishers, 2002 (Zit.: *von Bar/Zimmermann* (Hg.)*,* Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. […])

Von Gerber, Carl Friedrich/von Jhering, Rudolf (Hg.)*,* Jahrbücher für die Dogmatik des römischen und heutigen Privatrechts, Band 4, Jena, Druck und Verlag von Friedrich Raule, 1861 (Zit.: *Bearbeiter,* Titel, in: *von Gerber/Jhering* (Hg.), Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 4, S. […])

Von Jhering, Rudolf, Œuvres choisies traduites avec l'autorisation de l'auteur par O. D. Meulenaere, Tome II, Librairie A. Maresq, Ainé, Chevalier-Maresq et C^{ie}, Éditeur, 1893 (Zit.: *Von Jhering, Rudolf,* Titel, Œuvres choisies traduction par D. Meulenaere, Tome II, S. […])

Weick, Günter, Force Majeure, Rechtvergleichende Untersuchung und Vorschlag für eine einheitliche europäische Lösung, ZeuP 2014, 281-312

Weill, Alex/Terré, François, Droit civil : Les obligations, Dalloz, 4. Auflage, 1986 (Zit.: *Weill/Terré,* Droit civil : Les obligations, Rn. […])

Weller, Marc-Philippe, Die Vertragstreue, Habilitationsschrift, Mohr Siebeck, 2009 (Zit.: *Weller,* Die Vertragstreue, S. […])

Wertenbruch, Johannes, Die Anwendung des § 275 BGB auf Betriebsstörungen beim Werkvertrag, ZGS 2/2003, 53-59

Wieser, Eberhard, Der Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage, JZ 13/2004, 654-656

Wieser, Eberhard, Schuldrechtsreform- Die Unmöglichkeit der Leistung nach neuem Recht, MDR 10/2002, 858-862

Wilhelmsson, Thomas/Twigg-Flesner, Christian, Pre-contractual information duties in the acquis communautaire, ERCL 4/2008, 441-470

Zimmermann, Reinhard, Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand Europäischer Rechtswissenschaft, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, 2003

Zimmermann, Reinhard, Konturen eines Europäischen Vertragsrechts, JZ 10/1995, 477-528

Zukas, Tadas, Einfluss der "Unidroit Principles of International Commercial Contracts" und der "Principles of European Contract Law" auf die Transformation des Vertragsrechts in Lituaen, Stämpfli Verlag AG Bern, Dissertation, 2010 (Zit.: *Zukas,* Einfluss der "Unidroit Principles of International Commercial Contracts" und der "Principles of European Contract Law" auf die Transformation des Vertragsrechts in Lituaen, Stämpfli Verlag AG Bern, 2010)

Zweigert, Konrad/Kötz, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 3. Auflage, 1996 (Zit.: *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, S. […])

Zwickel, Martin, Der Vorentwurf für eine Reform des französischen Haftungsrechts (responsabilité civile), RIW 2017, 104-111

Anhang

Analysierte Vorschriften des alten Code civil

Art. 1108 Code civil aF

Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :
Le consentement de la partie qui s'oblige ;

Sa capacité de contracter ;
Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;
Une cause licite dans l'obligation.

Vier Voraussetzungen sind notwendig für die Wirksamkeit eines Vertrages:
Der Konsens der Partei, die sich dazu verpflichtet;

Ihre Geschäftsfähigkeit;
Ein bestimmter Inhalt, das den Gegenstand der Vereinbarung bildet;
Ein rechtmäßiger Zweck für die Verpflichtung

Art. 1131 Code civil aF

L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

Eine Verpflichtung ohne Grund, aus einem falschen Grund oder aus einem rechtswidrigen Grund kann keine Wirkung haben.

Art. 1134 Code civil aF.

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.
Elles doivent être exécutées de bonne foi.

Rechtmäßig eingegangene vertragliche Vereinbarungen sind für die Vertragsparteien wie Gesetze bindend.
Sie können nur in gegenseitigem Einvernehmen oder aufgrund gesetzlich vorgesehener Gründe aufgehoben werden.
Vereinbarungen müssen nach Treu und Glauben ausgeführt werden.

Art. 1135 Code civil aF

Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

Vereinbarungen verpflichten nicht nur zu dem, was in ihnen zum Ausdruck gebracht ist, sondern auch zu allem, was die Billigkeit, die Verkehrssitte oder das Gesetz der Verpflichtung ihrer Natur nach gibt.

Art. 1137 Code civil aF

L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille [*ab 2014 : tous les soins raisonnables*].
Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent.

Die Verpflichtung zur Erhaltung der Sache, ob der Vertragsgegenstand nur der Nutzen einer der Parteien ist oder ob es sich um ihren gemeinsamen Nutzen handelt, verpflichtet den Verantwortlichen, die gesamte Pflege eines guten Familienvaters [*ab 2014: alle angemessene Pflege*] zu übernehmen.
Diese Verpflichtung ist bei bestimmten Verträgen mehr oder weniger umfangreich, deren Auswirkungen in diesem Zusammenhang unter den sie betreffenden Abschnitten erläutert werden.

Art. 1138 Code civil aF

L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

Die Verpflichtung zur Lieferung der Sache ist durch die alleinige Zustimmung der Vertragsparteien einwandfrei.
Sie macht den Gläubiger Eigentümer und überträgt ihm das Risiko ab dem Zeitpunkt, zu dem sie geliefert werden musste, auch wenn die Tradition nicht eingehalten wurde, es sei denn, der Schuldner ist mit der Lieferung in Verzug; in diesem Fall bleibt die Sache auf Risiko des letzteren.

Art. 1139 Code civil aF

Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, [*ab 1992 : telle une lettre missive lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante*] soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.

Der Schuldner wird in Verzug gesetzt, sowohl durch eine [beurkundete] Aufforderung oder durch eine andere gleichgeltende Handlung, [*ab: 1992: wie einen Brief, wenn aus seinem Inhalt eine ausreichende Interpellation hervorgeht*], als durch die Wirkung des Vertrages, wenndarin bestimmt ist, dass durch den bloßen Ablauf der bestimmenten Zeit und ohne dass es einer weiteren Handlung bedürfe, der Schuldner im Verzug sein solle.

Art. 1142 Code civil aF
Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.

Jede Verpflichtung, dies zu tun oder nicht zu tun, wird im Falle der Nichterfüllung durch den Schuldner auf Schadensersatz gelöst.

Art. 1146 Code civil aF
Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. [*Ab 1992 :* La mise en demeure peut résulter d'une lettre missive, s'il en ressort une interpellation suffisante.]

Der Schadensersatz ist nur dann geschuldet, wenn der Schuldner im Verzug ist, seine Verbindlichkeit zu erfüllen; ausgenommen jedoch in dem Fall, wo das, was der Schuldner zu geben oder zu tun sich verpflichtet hatte, nur in einer gewissen Zeit gegeben oder getan werden konnte, und er diese hat verstreichen lassen. [*Ab 1992: Die Mahnung kann sich aus einem Schreiben ergeben, wenn aus dem Inhalt eine ausreichende Interpellation hervorgeht.*]

Art. 1147 Code civil aF
Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

Dem Schuldner ist gegebenenfalls Schadensersatz zu leisten, sei es wegen Nichterfüllung der Verpflichtung oder wegen Leistungsverzögerung, wenn er nicht darlegt, dass die Nichterfüllung auf eine fremde Ursache zurückzuführen ist, die ihm nicht zuzurechnen ist, ohne dass ihm Bösgläubigkeit vorzuwerfen ist.

Art. 1148 Code civil aF
Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.

Schadensersatz ist nicht zu zahlen, wenn der Schuldner aufgrund höherer Gewalt oder eines zufälligen Ereignisses daran gehindert wurde, das zu geben oder zu tun, wozu er verpflichtet war, oder das getan hat, was ihm verboten war.

Art. 1149 Code civil aF
Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.

Der Schadensersatz, welcher dem Gläubiger gebührt, besteht im Allgemeinen in dem Verlust, der er erlitten hat, und in dem Gewinn, der ihm entzogen ist, vorbehaltlich der hier folgenden Ausnahmen und Einschränkungen.

Art. 1156 Code civil aF
On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

In den Vereinbarungen muss man nach der gemeinsamen Absicht der Vertragsparteien suchen, anstatt sich auf die wörtliche Bedeutung der Begriffe zu beschränken.

Art. 1184 Code civil aF
La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Die auflösende Bedingung ist immer in synallagmatischen Verträgen enthalten, für den Fall, dass eine der beiden Parteien ihrer Verpflichtung nicht nachkommt.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.
La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.

In diesem Fall wird der Vertrag nicht automatisch gekündigt. Die Partei, der die Verpflichtung nicht erbracht wurde, hat die Möglichkeit, entweder die andere Partei zu zwingen, die Vereinbarung nach Möglichkeit zu erfüllen, oder ihre Beendigung mit Schadensersatz zu beantragen.
Die Aufhebung muss vor Gericht beantragt werden und dem Beklagten kann je nach den Umständen eine Frist eingeräumt werden.

Art. 1382 Code civil aF
Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

Jede Handlung eines Menschen, von welcher Art sie auch sei, die einem anderen Schaden verursacht, verpflichtet denjenigen, durch dessen *faute* der Schaden entstanden ist, denselben zu ersetzen.

Art. 1383 Code civil aF
Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Jeder haftet für den Schaden, den er nicht nur durch sein eigenes Verschulden, sondern auch durch seine Fahrlässigkeit oder Leichtsinnigkeit verursacht hat.

Analysierte Vorschriften des neuen Code civil (Übersetzung aus *Bien/Borghetti* (Hg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, S. 252 ff., außer die Vorschriften mit *)

*Art. 900-4 Code civil
Le juge saisi de la demande en révision peut, selon les cas et même d'office, soit réduire en quantité ou périodicité les prestations grevant la libéralité, soit en modifier l'objet en s'inspirant de l'intention du disposant, soit même les regrouper, avec des prestations analogues résultant d'autres libéralités.

Der mit dem Anpassungsantrag angerufene Richter kann je nach Fall und sogar von Amts wegen entweder die Menge oder Häufigkeit der mit der unentgeltlichen Zuwendung belasteten Dienstleistungen verringern oder ihren Zweck in Übereinstimmung mit der Absicht des Verfügenden ändern oder sie sogar mit ähnlichen Dienstleistungen, die sich aus anderen Zuwendungen ergeben, zusammenfassen.

Il peut autoriser l'aliénation de tout ou partie des biens faisant l'objet de la libéralité en ordonnant que le prix en sera employé à des fins en rapport avec la volonté du disposant.

Er kann die Veräußerung des geschenkten Vermögens ganz oder teilweise genehmigen, indem er anordnet, dass der Preis für Zwecke des Willen des Verfügenden entsprechend verwendet wird.

Il prescrit les mesures propres à maintenir, autant qu'il est possible, l'appellation que le disposant avait entendu donner à sa libéralité.

Er sieht Maßnahmen vor, um den Namen, den der Verfügender seiner Zuwendung geben wollte, so weit wie möglich zu erhalten.

Art. 1101 Code civil
Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

Der Vertrag ist eine Willensübereinstimmung zwischen zwei oder mehreren Personen, die dazu bestimmt ist, schuldrechtliche Verpflichtungen zu begründen, zu ändern, zu übertragen oder zum Erlöschen zu bringen.

Art. 1102 Code civil
Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

Innerhalb der gesetzlichen Schranken ist jedermann frei, einen Vertrag zu schließen oder nicht zu schließen, seinen Vertragspartner zu wählen sowie den Inhalt und die Form des Vertrags zu bestimmen.

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.

Die Vertragsfreiheit gestattet es nicht, von den Vorschriften abzuweichen, die den ordre public betreffen.

Art. 1103 Code civil
Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.

Gesetzmäßig zustande gekommene Verträge haben für diejenigen, die sie geschlossen haben, die Wirkung von Gesetzen.

Art. 1104 Code civil
Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public.

Verträge müssen unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben verhandelt, abgeschlossen und erfüllt werden.
Diese Vorschrift ist unabdingbar

Art. 1105 Code civil
Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.

Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.
Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières.

Verträge, gleichgültig ob es sich um spezifische Vertragstypen handelt oder nicht, unterliegen den in diesem Untertitel aufgeführten allgemeinen Vorschriften.
Besondere Regelungen betreffend einzelne Vertragstypen finden sich in den Vorschriften über die jeweiligen Vertragstypen.
Die allgemeinen Vorschriften gelten vorbehaltlich der genannten besonderen Regelungen.

Art. 1112 Code civil
L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.
En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu.

Die Aufnahme, der Ablauf und der Abbruch vorvertraglicher Verhandlungen sind frei. Sie müssen zwingend den Erfordernissen von Treu und Glauben genügen.
Im Falle einer Pflichtverletzung während der Verhandlungen kann der Ersatz des daraus resultierenden Schadens nicht den Ausgleich des Verlusts der von dem nicht abgeschlossenen Vertrag erwarteten Vorteile zum Gegenstand haben.

Art. 1112-1 Code civil
Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.
Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Diejenige Partei, die über eine Information verfügt, deren Bedeutung für den Konsens der anderen entscheidend ist, muss sie darüber informieren, sofern letztere legitimerweise diese Information nicht kennt oder ihrem Vertragspartner vertraut.
Diese Informationspflicht erstreckt sich gleichwohl nicht auf die Einschätzung des Wertes der Leistung.
Entscheidende Bedeutung haben diejenigen Informationen, die in direktem und notwendigem Zusammenhang mit dem Inhalt des Vertrages oder den Eigenschaften der Parteien stehen.
Es obliegt demjenigen, der behauptet, dass ihm eine Information geschuldet war, zu beweisen, dass die andere Partei sie ihm schuldete; der anderen Partei obliegt der Beweis, dass sie die Information gegeben hat.
Die Parteien können diese Pflicht weder beschränken noch ausschließen.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants.

Neben der Haftung der zur Information Verpflichteten, kann die Verletzung diese Informationspflicht unter den Voraussetzungen der Artikel 1130 ff. die Annullierung des Vertrages nach sich ziehen.

Art. 1112-2 Code civil
Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun.

Derjenige, der ohne Erlaubnis eine vertrauliche Information, die er anlässlich der Verhandlungen erhalten hat, nutzt oder preisgibt, haftet nach den allgemeinen Vorschriften.

Art. 1113 Code civil
Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager.

Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur.

Der Vertrag wird durch das Zusammentreffen eines Angebots und einer Annahme geschlossen, mit denen die Parteien ihren Willen zum Vertragsschluss äußern.
Dieser Wille kann sich aus einer Erklärung oder aus einem unzweideutigen Verhalten des Handelnden ergeben.

Art. 1114 Code civil
L'offre faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.

A défaut, il y a seulement une invitation à entrer en négociation.

Das an eine bestimmte oder unbestimmte Person gerichtete Angebot enthält die wesentlichen Bestandteile des beabsichtigen Vertrags und bringt den Willen des Offerenten zum Ausdruck, im Falle der Annahme daran gebunden zu sein.
In Ermangelung dessen handelt es sich lediglich um eine Einladung, in Verhandlungen zu treten.

Art. 1128 Code civil
Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

1°Le consentement des parties ;
2° Leur capacité à contracter ;
3° Un contenu licite et certain.

Notwendig für die Wirksamkeit eines Vertrages sind:
1. Der Konsens der Parteien;
2. Ihre Geschäftsfähigkeit;
3. Ein rechtmäßiger und bestimmter Inhalt.

Art. 1130 Code civil
L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.
Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné.

Irrtum, arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung machen den Konsens mangelhaft, wenn eine der Parteien den Vertrag ohne diese nicht oder zu wesentlich anderen Bedingungen abgeschlossen hätte.
Ob sie einen bestimmenden Einfluss hatten, beurteilt sich unter Berücksichtigung der Personen und der Umstände, unter denen die Zustimmung gegeben wurde.

Art. 1131 Code civil
Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat.

Willensmängel sind ein Grund für die relative Nichtigkeit des Vertrages.

Art. 1132 Code civil
L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant.

Ein Rechts- oder Tatsachenirrtum ist, sofern er nicht unentschuldbar ist, ein Grund für die Nichtigkeit des Vertrages, wenn er wesentliche Eigenschaften der geschuldeten Leistung oder des Vertragspartners betrifft.

Art. 1136 Code civil

L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité.

Der Irrtum über den Wert einer Leistung bei dem der Vertragspartner lediglich eine unzutreffende wirtschaftliche Bewertung vornimmt und keinen Irrtum über die wesentlichen Eigenschaften der Leistung unterliegt, ist kein Nichtigkeitsgrund

Art. 1137 Code civil

Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.

Eine arglistige Täuschung liegt vor, wenn ein Vertragspartner den anderen durch betrügerische Machenschaften oder Lügen zum Abschluss eines Vertrages veranlasst.

Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.

Eine arglistige Täuschung liegt auch dann vor, wenn einer der Vertragspartner vorsätzlich eine Information verschweigt, von der er weiß, dass sie für die andere Partei von entscheidender Bedeutung ist.

* Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation

* Dennoch liegt keine arglistige Täuschung vor, wenn eine Partei dem Vertragspartner ihre Einschätzung des Wertes der Leistung nicht mitteilt.

Art. 1163 Code civil

L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.

Die Verpflichtung kann eine gegenwärtige oder zukünftige Leistung zum Gegenstand haben.

Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.

Die Leistung muss möglich und bestimmt oder bestimmbar sein.

La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.

Die Leistung ist bestimmbar, wenn sie aus dem Vertrag, durch Bezug zur Verkehrssitte oder aus früheren Beziehungen der Parteien hergeleitet werden kann, ohne dass ein erneuter Konsens der Parteien notwendig ist.

Art. 1164 Code civil

Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.

In Rahmenverträgen kann vereinbart werden, dass der Preis einseitig von einer Partei festgelegt wird. Im Streitfall muss diese Partei die Höhe begründen.

En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat.

Im Fall einer missbräuchlichen Preisbestimmung kann vor Gericht Schadensersatz sowie gegebenfalls die Auflösung des Vertrages verlangt werden.

Art. 1165 Code civil

Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation.

In Dienst- und Werkverträgen kann in dem Fall, dass die Parteien sich vor der Vertragserfüllung insoweit nicht geeinigt werden, den Preis vom Gläubiger festgesetzt werden. Im Streitfall muss er den Betrag begründen.

En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat.

Im Fall missbräuchlicher Bestimmung der Gegenleistung kann gerichtlich Schadensersatz und gegebenenfalls die Auflösung des Vertrags verlangt werden.

Art. 1171 Code civil

Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

In einem Adhäsionsvertrag gilt jede nicht verhandelbare, im Voraus von einer Partei festgelegte Klausel, die ein erhebliches Ungleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der Vertragsparteien hervorruft, als nicht verein-

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.

bart. Die Beurteilung des erheblichen Ungleichgewichts hat weder die vertragliche Hauptleistung noch die Angemessenheit des Entgelts zum Gegenstand.

Art. 1178 Code civil

Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord.

Ein Vertrag, der die Voraussetzungen seiner Gültigkeit nicht erfüllt, ist nichtig. Sofern die Parteien die Nichtigkeit nicht gemeinsam durch Vereinbarung feststellen, muss sie vom Gericht ausgesprochen werden.

Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé.

Ein für nichtig erklärter Vertrag gilt als nie zustande gekommen.

Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9.

Bereits erfolgte Leistungen unterliegen der Rückerstattung nach den Voraussetzungen der Art. 1352-1253-9 Code civil.

Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle.

Unabhängig von der Nichtigerklärung des Vertrages kann die geschädigte Partei Ersatz des daraus resultierenden Schadens nach den allgemeinen Vorschriften der außervertraglichen Haftung verlangen.

Art. 1193 Code civil

Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.

Verträge können nur in gegenseitigem Einvernehmen der Parteien oder aufgrund gesetzlich vorgesehener Gründe geändert oder aufgehoben werden

Art. 1194 Code civil

Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi

Verträge verpflichten nicht nur zu dem, was in ihnen zum Ausdruck gebracht ist, sondern auch zu allem, was aus der Billigkeit, der Verkehrssitte oder dem Gesetz folgt.

Art. 1195 Code civil

Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

Wird die Durchführung des Vertrags durch eine bei Vertragsschluss unvorhersehbare Veränderung der Umstände übermäßig kostspielig für eine Partei, die dieses Risiko nicht auf sich genommen hat, kann diese Partei die Neuverhandlung des Vertrags von ihrem Vertragspartner verlangen. Sie kommt ihren Verpflichtungen während der Neuverhandlung weiter nach.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

Im Fall der Verweigerung oder des Scheiterns der Neuverhandlung können die Parteien die Auflösung des Vertrages zu einem Zeitpunkt und zu Bedingungen, die sie festlegen, vereinbaren oder in gegenseitigem Einvernehmen vom Gericht verlangen, eine Anpassung vorzunehmen. Wird binnen einer angemessenen Frist keine Einigung erzielt, kann das Gericht auf Ersuchen einer Partei den Vertrag ändern oder ihn auflösen mit Wirkung zu einem Zeitpunkt und zu Bedingungen, die es festlegt

Art. 1196 Code civil

Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat.

Bei Verträgen, die die Übertragung von Eigentum oder eines anderen Rechts zum Gegenstand haben, erfolgt der Übergang zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi.
Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1.

Dieser Übergang kann durch den Willen der Parteien, aufgrund der Natur der Sache oder kraft Gesetzes hinausgeschoben werden.
Der Eigentumsübergang bewirkt den Übergang der Sachgefahr. Der zur Lieferung der Sache verpflichtete Schuldner trägt aber ab dem Zeitpunkt seiner Mahnung gemäß Art. 1344-2 und vorbehaltlich der Regeln des Art. 1351-1 wieder die Sachgefahr.

Art. 1217 Code civil
La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;
- obtenir une réduction du prix ;
- provoquer la résolution du contrat ;
- demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.

Die Partei, gegenüber der die Verpflichtung nicht oder nicht vertragsgemäß erfüllt wurde, kann:
- die Erfüllung verweigern oder die Erfüllung ihrer eigenen Verpflichtung aussetzen;
- die Zwangsvollstreckung mit dem Ziel der Erfüllung in Natur betreiben;
- eine Minderung des Entgelts erwirken;
- die Vertragsauflösung herbeiführen;
- Ersatz des aus der Pflichtverletzung resultierenden Schadens verlangen.

Rechtsbehelfe, die nicht unvereinbar miteinander sind, können kombiniert werden; Schadensersatz kann stets zusätzlich verlangt werden.

Art. 1218 Code civil
Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1.

Im Bereich des Vertragsrechts ist vom Vorliegen von höherer Gewalt auszugehen, wenn ein Ereignis, das außerhalb der Kontrolle des Schuldners liegt, das bei Vertragsschluss vernünftigerweise nicht vorhersehbar war und dessen Auswirkungen durch angemessene Maßnahmen nicht verhindert werden konnten, den Schuldner an der Erfüllung seiner Verpflichtung hindert.
Ist das Hindernis nur vorübergehend, ist die Vertragspflicht ausgesetzt, es sei denn, die hierdurch resultierende Verspätung würde zur Vertragsaufhebung berechtigen. Ist es endgültig, ist der Vertrag von Rechts wegen aufgehoben und die Parteien sind von ihren Vertragspflichten nach Maßgabe der in der Art. 1351 und 1351-1 niedergelegten Voraussetzungen befreit.

Art. 1219 Code civil
Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave.

Eine Partei kann die Erfüllung ihrer Verpflichtung auch bei deren Fälligkeit verweigern, wenn die andere Partei ihre Verpflichtung nicht erfüllt hat und diese Pflichtverletzung hinreichend schwer wiegt.

Art. 1220 Code civil
Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais.

Eine Partei kann die Erfüllung ihrer Verpflichtung aussetzen, wenn offensichtlich ist, dass der Vertragspartner bei Fälligkeit nicht leisten wird und dass die Folgen dieser Nichtleistung für diese Partei hinreichend schwer wiegen. Diese Aussetzung ist unverzüglich anzuzeigen.

Art. 1221 Code civil

Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier.

Der Gläubiger einer Verpflichtung kann nach Mahnung die Erfüllung in Natur verlangen, es sei denn sie ist unmöglich oder es besteht ein offensichtliches Missverhältnis zwischen dem Kostenaufwand des redlichen Schuldners und dem Interesse des Gläubigers.

Art. 1222 Code civil

Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin.

Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction.

Nach Mahnung kann der Gläubiger auch innerhalb einer angemessenen Frist und zu vertretbarem Kostenaufwand selbst die Verpflichtung erfüllen oder nach vorheriger Genehmigung eines Richters das vernichten, was unter Verletzung der Verpflichtung entstanden ist. Er kann vom Schuldner die Rückzahlung der zu diesem Zweck aufgewendeten Beträge verlangen.

Er kann sich auch an die Gerichte wenden und verlangen, dass der Schuldner den erforderlichen Betrag für die Erfüllung oder die Vernichtung vorstreckt.

Art. 1223 Code civil

Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais.

Der Gläubiger kann nach Mahnung eine unvollständige Vertragserfüllung akzeptieren und eine verhältnismäßige Minderung des Entgelts geltend machen. Falls er noch nicht gezahlt hat, teilt der Gläubiger seine Entscheidung, das Entgelt zu mindern, unverzüglich mit.

Art. 1224 Code civil

La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.

Die Vertragsauflösung ergibt sich entweder aus der Anwendung einer Auflösungsklausel oder, im Falle einer erheblichen Pflichtverletzung, einer entsprechenden Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner oder einer Gerichtsentscheidung.

Art. 1225 Code civil

La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat.

La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire.

Die Auflösungsklausel bestimmt die Pflichten, deren Verletzung die Vertragsauflösung nach sich zieht.

Die Vertragsauflösung bedarf einer fruchtlosen Mahnung, wenn nicht vereinbart ist, dass sie sich schon aus der Nichterfüllung ergibt. Die Mahnung entfaltet nur dann Wirkung, wenn sie sich ausdrücklich auf die Auflösungsklausel bezieht.

Art. 1226 Code civil

Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son

Der Gläubiger kann auf eigene Gefahr den Vertrag durch Erklärung auflösen. Außer in dringenden Fällen muss er zuvor den säumigen Schuldner auffordern, innerhalb einer angemessenen Frist seiner Verpflichtung nachzukommen.

Die Mahnung muss ausdrücklich bestimmen, dass der Gläubiger den Vertrag auflösen kann,

obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.
Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.
Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution.

wenn der Schuldner seiner Verpflichtung nicht nachkommt.
Besteht die Pflichtverletzung fort, erklärt der Gläubiger dem Schuldner die Vertragsauflösung und teilt ihm die Gründe hierzu mit.
Der Schuldner kann jederzeit die Gerichte anrufen, um sich gegen die Vertragsauflösung zu wehren. In diesem Fall muss der Gläubiger die Erheblichkeit der Pflichtverletzung darlegen.

Art. 1227 Code civil
La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice.

In jedem Fall kann vor Gericht die Vertragsauflösung verlangt werden.

Art. 1228 Code civil
Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts.

Der Richter kann die Auflösung feststellen oder aussprechen, die Durchführung des Vertrags unter Einräumung einer Frist für den Schuldner anordnen oder ausschließlich Schadensersatz zusprechen.

Art. 1229 Code civil
La résolution met fin au contrat.
La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice.

Die Auflösung beendet den Vertrag.
Die Auflösung wird je nach Fall entweder zu dem Zeitpunkt wirksam, den die Auflösungsklausel vorsieht, oder am Tage des Zugangs der Auflösungserklärung des Gläubigers beim Schuldner, an einem vom Gericht bestimmten Tag oder in dessen Ermangelung am Tage der Klageerhebung.

Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation.

Wenn die bereits ausgetauschten Leistungen ihren Zweck nur bei vollständiger Erfüllung des aufgelösten Vertrags finden, haben sich die Parteien alle ausgetauschten Leistungen zurückzuerstatten. Wenn die bereits ausgetauschten Leistungen ihren Zweck im Verlaufe der wechselseitigen Vertragserfüllung erreicht haben, findet keine Rückgewähr von Leistungen statt, die vor der letzten ohne Gegenleistung erbrachten Leistung erbracht wurden; in diesem Fall tritt die Kündigung an die Stelle der Vertragsauflösung.

Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9.

Die Rückgabe findet nach Maßgabe der Art. 1352 bis 1352-9 statt.

Art. 1230 Code civil
La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence.

Die Auflösung berührt weder Streitbeilegungsklauseln noch Klauseln, die auch im Fall der Auflösung wirken sollen, insbesondere Verschwiegenheits- und Wettbewerbsverbotsklauseln.

Art. 1231 Code civil
A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable.

Sofern die Nichterfüllung nicht endgültig ist, wird Schadensersatz erst dann fällig, wenn der Schuldner zuvor gemahnt wurde, wenn er nicht beweisen kann, dass die Leistungserbringung durch höhere Gewalt verhindert wurde.

Art. 1231-1 Code civil

Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure.

Der Schuldner ist zur Zahlung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder wegen verzögerter Leistung zu verurteilen, wenn er nicht beweisen kann, dass die Leistungserbringung durch höhere Gewalt verhindert wurde.

Art. 1231-2 Code civil
Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.

Der dem Gläubiger zu ersetzendem Schaden besteht generell im Verlust, den er erlitten, und dem Gewinn, der ihm entgangen ist, sofern die nachfolgenden Ausnahmen und Modifikationen nichts anderes bestimmen.

Art. 1231-3 Code civil
Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.

Der Schuldner ist nur zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, dessen Eintrittsmöglichkeit bei Vertragsschluss vorhergesehen wurde oder hätte vorhergesehen werden können, es sei denn die Nichterfüllung beruht auf grobem Verschulden oder Arglist.

*Art. 1231-4 Code civil
Dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution.

Auch wenn die Nichterfüllung des Vertrages auf grobe Fahrlässigkeit oder Arglist zurückzuführen ist, umfasst der Schadensersatz nur die unmittelbare und direkte Folge der Nichterfüllung.

Art. 1231-5 Abs. 2 Code civil
Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

Dennoch kann der Richter, auch von Amts wegen, die so vereinbarte Strafe mäßigen oder erhöhen, wenn sie offensichtlich übertrieben oder lächerlich ist.

*Art. 1240 Code civil
Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

Jede Handlung eines Menschen, von welcher Art sie auch sei, die einem anderen Schaden verursacht, verpflichtet denjenigen, durch dessen *faute* der Schaden entstanden ist, denselben zu ersetzen.

Art 1300 Code civil
Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui.

Die Quasi-Verträge sind rein willentliche Vorgänge, die eine Verpflichtung dessen begründen, der davon einen Vorteil hat, ohne darauf einen Anspruch zu haben, sowie bisweilen eine Verpflichtung des Urhebers des Vorgangs gegenüber einem anderen.

Les quasi-contrats régis par le présent sous-titre sont la gestion d'affaire, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié.

Die in diesen Untertitel geregelten Quasi-Verträge sind die Geschäftsführung ohne Auftrag, die Leistung auf eine Nichtschuld und die ungerechtfertigte Bereicherung.

Art. 1329 Code civil
La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée.

Die Novation ist ein Vertrag, der eine Verpflichtung, die er begründet, an die Stelle einer anderen Verpflichtung setzt und letztere gleichzeitig zum Erlöschen bringt.

Elle peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier.

Sie kann durch Ersetzung der Pflichten zwischen denselben Parteien, durch einen Wechsel des Schuldners oder durch einen Wechsel des Gläubigers erfolgen.

Art. 1330 Code civil
La novation ne se présume pas ; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte.

Die Novation wird nicht vermutet; der Wille zur Vornahme der Novation muss unzweifelhaft aus der Handlung hervorkommen.

Art. 1334 Code civil
L'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires.

Par exception, les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants.

Das Erlöschen der ursprünglichen Pflicht erstreckt sich auf alle mit ihr einhergehenden Nebenpflichten.
Ausnahmsweise können die ursprünglichen Sicherheiten mit Zustimmung der sicherheitsleistenden Dritten für die Sicherung der neuen Pflicht herangezogen werden.

*Art. 1341 Code civil
Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi.

Der Gläubiger hat Anspruch auf die Erfüllung der Verpflichtung; er kann den Schuldner unter den gesetzlich vorgesehenen Bedingungen dazu zwingen.

*Art. 1344 Code civil
Le débiteur est mis en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante, soit, si le contrat le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation.

Der Schuldner ist verpflichtet, entweder durch eine gerichtliche Ladung oder eine hinreichende Interpellation oder, wenn der Vertrag dies vorsieht, durch die bloße Fälligkeit der Leistung zu zahlen.

*Art. 1344-2 Code civil
La mise en demeure de délivrer la chose met les risques à la charge du débiteur, s'ils n'y sont déjà.

Durch die Mahnung zur Lieferung der Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs auf den Schuldner über, wenn er sie nicht bereits trägt.

Art. 1351 Code civil
L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait été convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure.

Die Unmöglichkeit der Leistungserbringung befreit den Schuldner in dem Umfang von seiner Leistungspflicht, in dem sie endgültig ist und auf höherer Gewalt beruht, es sei denn, der Schuldner hat eingewilligt, die Leistung dennoch zu erbringen, oder er wurde zuvor in Verzug gesetzt.

Art. 1351-1 Code civil
Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécuter. Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose.

Wenn die Unmöglichkeit der Leistungserbringung aus dem Verlust der geschuldeten Sache resultiert, ist der in Verzug gesetzte Schuldner dennoch von der Leistungspflicht befreit, wenn er nachweisen kann, dass der Verlust gleichfalls eingetreten wäre, wenn die Verpflichtung erfüllt worden wäre. Er ist allerdings dazu verpflichtet, die Rechte und Ansprüche an der Sache an seinen Gläubiger abzutreten.

*Art. 1583
[La vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

[Der Verkauf] ist unter den Parteien vollendet, und dem Verkäufer gegenüber, wird das Eigentum dem Käufer von Rechtswegen erworben, sobald man über die Sache und den Preis einig geworden ist, wenn auch die Sache noch nicht geliefert und der Preis noch nicht gezahlt worden ist.

*Art. 1610

Si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, à son choix, demander la résolution de la vente, ou sa mise en possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur.

Unterläßt der Verkäufer die Lieferung in der unter den Parteien verabredeten Zeit, so kann der Erwerber nach seiner Wahl entweder die Auflösung des Verkaufes, oder die Einsetzung in den Besitz verlangen, wenn der Verzug nur von dem Verkäufer herrührt.

*Art. 1644

Dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix [*abgeschafft ab 2015 : telle qu'elle sera arbitrée par des experts*].

In dem Falle der Artikel 1641 und 1643 hat der Käufer die Whl, entweder die Sache zurückzugeben und sich den Kaufpreis erstatten zu lassen, oder die Sache zu behalten und sich einen Teil des Preises [*abgeschafft ab 2015: wie er durch Sachverständige bestimmt wird*] zurückgeben zu lassen.

*Art. 1648 [*ab 2005*]

L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice.
Dans le cas prévu par l'article 1642-1, l'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans l'année qui suit la date à laquelle le vendeur peut être déchargé des vices ou des défauts de conformité apparents.

Die Klage wegen der wesentlichen Mängel ist vom Käufer innerhalb von zwei Jahren nach Entdeckung des Mangels zu erheben.
In dem in Artikel 1642-1 vorgesehenen Fall ist die Klage innerhalb einer Ausschlussfrist von einem Jahr nach dem Tag einzureichen, an dem der Verkäufer von offensichtlichen oder konformen Mängeln befreit werden kann.

Analysierte Regelungen anderer französischen Gesetzbücher

Art. L 330-3 Abs. 1 Code de commerce

Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.

Jede Person, die einen Handelsnamen, eine Marke oder einen Firmennamen einer anderen Person zur Verfügung stellt, indem sie von ihr verlangt, sich zur Ausübung ihrer Tätigkeit zur Exklusivität oder Quasi-Exklusivität zu verpflichten, muss der anderen Partei vor der Unterzeichnung eines im gemeinsamen Interesse beider Parteien geschlossenen Vertrages ein Dokument mit aufrichtigen Informationen zur Verfügung stellen, das es ihr ermöglicht, sich in Kenntnis der Sachlage zu vertiefen.

Art. L 442-6 I, 2° Code de commerce

I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers: […]
2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties; […].

I. - Löst die Haftung des Handelnden aus und verpflichtet ihn, den Schaden zu ersetzen, der durch einen Hersteller, Händler, Industriellen oder eine im Handelsregister eingetragene Person verursacht wird: […]
2° Einen Handelspartner Verpflichtungen zu unterwerfen oder versuchen zu unterwerfen, die ein erhebliches Ungleichgewicht in den Rechten und Pflichten der Parteien schaffen; […].

Art. L 217-10 Code de la consommation

Si la réparation et le remplacement du bien sont impossibles, l'acheteur peut rendre le bien et se faire restituer le prix ou garder le bien et se faire rendre une partie du prix.

La même faculté lui est ouverte :

Wenn eine Nachbesserung und eine Nachlieferung der Sache unmöglich sind, kann der Käufer die Sache zurückgeben und sich den Preis zurückerstatten lassen oder die Sache behalten und einen Teil des Preises ersetzt bekommen.
Die gleiche Möglichkeit steht ihm offen:

1° Si la solution demandée, proposée ou convenue en application de l'article L. 217-9 ne peut être mise en œuvre dans le délai d'un mois suivant la réclamation de l'acheteur ;
2° Ou si cette solution ne peut l'être sans inconvénient majeur pour celui-ci compte tenu de la nature du bien et de l'usage qu'il recherche.

La résolution de la vente ne peut toutefois être prononcée si le défaut de conformité est mineur.

1° Wenn die gemäß Artikel L. 217-9 angeforderte, vorgeschlagene oder vereinbarte Lösung nicht innerhalb eines Monats nach der Beanstandung des Käufers umgesetzt werden kann;
2. Oder wenn diese Lösung aufgrund der Art der Sache und der angestrebten Nutzung nicht ohne größere Unannehmlichkeiten für ihn möglich ist.
Die Vertragsauflösung kann jedoch nicht ausgesprochen werden, wenn der Mangel unerheblich ist.

Art. L 112-1 Abs. 1 Code monétaire et financier
Sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article L. 112-2 et des articles L. 112-3, L. 112-3-1 et L. 112-4, l'indexation automatique des prix de biens ou de services est interdite.
[…]

Vorbehaltlich der Bestimmungen des ersten Absatzes von Artikel L. 112-2 und der Artikel L. 112-3, L. 112-3-1 und L. 112-4 ist die automatische Indexierung der Preise von Waren oder Dienstleistungen verboten.
[…]

Art. L 112-2 Code monétaire et financier
Dans les dispositions statutaires ou conventionnelles, est interdite toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties. Est réputée en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble bâti toute clause prévoyant une indexation sur la variation de l'indice national du coût de la construction publié par l'Institut national des statistiques et des études économiques ou, pour des activités commerciales ou artisanales définies par décret, sur la variation de l'indice trimestriel des loyers commerciaux publié dans des conditions fixées par ce même décret par l'Institut national de la statistique et des études économiques.

Est également réputée en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble toute clause prévoyant, pour les activités autres que celles visées au premier alinéa ainsi que pour les activités exercées par les professions libérales, une indexation sur la variation de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires publié par l'Institut national de la statistique et des études économiques dans des conditions fixées par décret.

Nach den Bestimmungen des Statuts oder der Vereinbarungen ist jede Klausel, die Indexierungen auf der Grundlage des Mindestwachstumslohns, des allgemeinen Preis- oder Lohnniveaus oder der Preise von Waren, Produkten oder Dienstleistungen vorsieht, die nicht unmittelbar mit dem Gegenstand des Statuts oder der Vereinbarung oder der Tätigkeit einer der Parteien zusammenhängen, verboten. Jede Klausel, die eine Indexierung der Änderung des vom Nationalen Institut für Statistik und Wirtschaftsstudien veröffentlichten nationalen Baukostenindex oder, für durch Dekret definierte kommerzielle oder handwerkliche Tätigkeiten, der Änderung des vierteljährlichen gewerblichen Mietspiegels vorsieht, der unter den Bedingungen veröffentlicht wird, die in derselben Dekret vom Nationalen Institut für Statistik und Wirtschaftsstudien festgelegt wurden, gilt als im direkten Zusammenhang mit dem Gegenstand eines Vertrages über eine bebaute Immobilie.
Jede Klausel, die für andere als die in Absatz 1 genannten Tätigkeiten und für die von den freien Berufen ausgeübten Tätigkeiten eine Indexierung über die Änderung des vierteljährlichen Index der Mieten für tertiäre Tätigkeiten vorsieht, die vom Nationalen Institut für Statistik und Wirtschaftsstudien unter den in der Verordnung festgelegten Bedingungen veröffentlicht wird, gilt ebenfalls als in direktem Zusammenhang mit dem Gegenstand einer Vereinbarung über ein Gebäude.

Art. L 211-40-1 Code monétaire et financier
L'article 1195 du code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code.

Artikel 1195 des Code civil gilt nicht für Verpflichtungen aus Geschäften mit Wertpapieren und Finanzverträgen, die in Artikel L. 211-1 I bis III dieses Gesetzbuches erwähnt sind.

Analysierte Regelungen des Reformprojekt *Catala*

Art. 1104 Reformprojekt *Catala*

L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi.

Die Initiative, Durchführung und Beendigung der Verhandlungen sind frei, müssen aber den Anforderungen von Treu und Glauben entsprechen.

L'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties.

Das Scheitern einer Verhandlung kann nur dann eine Haftungsquelle sein, wenn es auf die Treuwidrigkeit oder die *faute* einer der Parteien zurückzuführen ist.

Art. 1110 Reformprojekt *Catala*

Celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner.

Eine der Vertragsparteien, die Informationen von entscheidender Bedeutung für die andere kennt oder hätte kennen müssen, muss sie informieren.

Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties.

Diese Informationspflicht besteht jedoch nur zugunsten einer Person, die nicht in der Lage war, selbst Informationen einzuholen oder die ihrem Vertragspartner berechtigterweise vertrauen konnte, insbesondere aufgrund der Art des Vertrages oder der Eigenschaften der Parteien.

Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation.

Es obliegt der Person, die behauptet, Gläubiger einer Informationspflicht zu sein, nachzuweisen, dass die andere Partei die fragliche Information kannte oder hätte kennen müssen, aber die Pflicht obliegt dem Inhaber der Information, sich selbst zu entlasten, indem er nachweist, dass er seiner Verpflichtung nachgekommen ist.

Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat.

Als relevant werden die Informationen erachtet, die in direktem und zwingendem Zusammenhang mit dem Gegenstand oder der Ursache des Vertrages stehen.

Art. 1110-1 Reformprojekt *Catala*

Le manquement à une obligation de renseignement, sans intention de tromper, engage la responsabilité de celui qui en était tenu.

Die Verletzung dieser Informationspflicht, ohne Täuschungsabsicht, führt zur Haftung des zur Information Verpflichteten.

Art. 1135-1 Reformprojekt *Catala*

Übersetzung aus *Doralt,* RabelsZ 76 (2012), 761, 778:

Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles.

In Sukzessivlieferungsverträgen und Dauerschuldverhältnissen können die Parteien eine Verpflichtung zur Nachverhandlung für den Fall vereinbaren, dass aufgrund veränderter Umstände eine Störung des ursprünglichen Gleichgewichts der wechselseitigen Pflichten eingetreten ist und damit der Vertrag für eine Partei jegliches Interesse verliert.

Art. 1135-2 Reformprojekt *Catala*

Übersetzung *Doralt,* RabelsZ 76 (2012), 761, 778 f.:

A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation.

Wird keine derartige Vereinbarung getroffen, kann die Partei, deren Interesse am Vertrag verloren gegangen ist, vom Präsidenten des *Tribunal de grande instance* die Anordnung der Nachverhandlung begehren.

Art. 1135-3 Reformprojekt *Catala:*

Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre 1er du présent titre. Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage.

Gegebenenfalls würde dies für diese Verhandlungen gemäß Kapitel 1 dieses Titels gelten. Im Fall des Scheiterns kann jede Partei den Vertrag ohne Kosten und ohne Pflicht zur Schadensersatzleistung beenden.

Art. 1157 Abs. 2 Reformprojekt *Catala*
Lorsque l'inexécution résulte d'une force majeure ou d'une autre cause légitime, le contrat peut être pareillement suspendu si l'inexécution n'est pas irrémédiable.

Ist die Nichterfüllung auf höhere Gewalt oder einen anderen berechtigten Grund zurückzuführen, kann der Vertrag ebenfalls ausgesetzt werden, wenn die Nichterfüllung nicht endgültig ist.

Art. 1349 Reformprojekt *Catala*
La responsabilité n'est pas engagée lorsque le dommage est dû à une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure.
[…]
La force majeure consiste en un événement irrésistible que l'agent ne pouvait prévoir ou dont on ne pouvait éviter les effets par des mesures appropriées.

Die Haftung entfällt, wenn der Schaden auf eine äußere Ursache mit den Eigenschaften höherer Gewalt zurückzuführen ist.
…
Höhere Gewalt ist ein unabwendbares Ereignis, das der Auftragnehmer nicht vorhersehen konnte oder dessen Auswirkungen durch geeignete Maßnahmen nicht vermieden werden konnten.

Analysierte Regelungen des Reformprojekts *Terré*

Art. 24 Reformprojekt *Terré*
L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi.

Die Initiative, Durchführung und Beendigung der Gespräche sind frei, müssen aber den Anforderungen von Treu und Glauben entsprechen.

La faute dans l'exercice de la faculté de rompre est source de responsabilité. Elle est notamment constituée lorsque l'une des parties a entamé ou a poursuivi des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord.

Eine *faute* bei der Ausübung des Abbruchsrechts ist eine Haftungsquelle. Sie liegt insbesondere dann vor, wenn eine der Parteien Verhandlungen aufgenommen oder fortgesetzt hat, ohne die tatsächliche Absicht zu haben, eine Einigung zu erzielen.

En aucun cas, les dommages et intérêts ne peuvent compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu.

Unter keinen Umständen können Schäden den Verlust von Gewinnen ersetzen, die aus dem nicht abgeschlossenen Vertrag erwartet werden

Art. 25 Reformprojekt *Terré*
Indépendamment de toute rupture, l'utilisation non autorisée d'une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations ouvre droit à réparation dans les conditions du droit commun de la responsabilité délictuelle.

Ungeachtet jeglichen Abbruchs begründet die unbefugte Verwendung vertraulicher Informationen, die im Rahmen der Verhandlungen erlangt wurden, das Recht auf Schadensersatz unter den Voraussetzungen des allgemeinen Deliktsrechts.

Art. 33 Reformprojekt *Terré*
La partie qui connaît ou devrait connaître une information dont elle sait le caractère déterminant pour l'autre partie doit la renseigner, lorsque l'ignorance de celle-ci est légitime.

Die Partei, die eine Information kennt oder hätte kennen müssen, von der sie weiß, dass sie für die andere Partei entscheidend ist, muss sie informieren, wenn die Unkenntnis dieser Partei berechtigt ist.

L'ignorance d'une partie est légitime lorsqu'elle est dans l'impossibilité de s'informer ou lorsqu'elle fait raisonnablement confiance à son cocontractant, du fait notamment de la nature du contrat ou de la qualité des parties.

Die Unkenntnis einer Partei ist berechtigt, wenn es für sie unmöglich ist, Informationen zu erhalten oder wenn sie ihrem Vertragspartner vernünftigerweise vertraut, insbesondere wegen der Art des Vertrages oder der Eigenschaft der Parteien.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Es ist Sache der Person, die behauptet, dass die Informationen ihr geschuldet waren, zu beweisen, dass die andere Partei sie ihr schuldet, der anderen Partei, zu beweisen, dass sie sie geliefert hat.

Art. 34 Reformprojekt *Terré*
Le manquement à une obligation d'information engage la responsabilité de celui qui en était tenu et, le cas échéant, conduit à la nullité du contrat dans les conditions des articles 35 et suivants.

Der Verstoß gegen eine Informationspflicht begründet die Haftung der an sie gebundenen Person und führt gegebenenfalls zur Nichtigkeit des Vertrages unter den Bedingungen der Artikel 35 ff.

Art. 66 Reformprojekt *Terré*
Toutefois, lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel. Si ce rétablissement s'avère impossible le juge prononce la nullité.

Wenn ein Vertragspartner jedoch unter Ausnutzung des Zustands der Notwendigkeit oder Abhängigkeit der anderen Partei oder ihrer Situation einer schwerwiegenden Gefährdung einen offensichtlich übermäßigen Vorteil aus dem Vertrag zieht, kann das Opfer das Gericht anrufen, um das vertragliche Gleichgewicht wiederherzustellen. Erweist sich diese Rückforderung als unmöglich, erklärt der Richter sie für ungültig.

Le juge tient compte de l'ensemble des circonstances, et notamment de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique.

Der Richter berücksichtigt alle Umstände, insbesondere das Bestehen früherer Beziehungen zwischen den Parteien oder deren wirtschaftliche Ungleichheit.

Art. 67 Reformprojekt *Terré*
En outre, la clause non négociée qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à sa demande.

Darüber hinaus kann die nicht ausgehandelte Klausel im Vertrag, die ein erhebliches Ungleichgewicht zum Nachteil einer der Parteien schafft, auf ihren Antrag geändert oder gestrichen werden.

Art. 92 Reformprojekt *Terré*
Les parties sont tenues de remplir leurs obligations même si l'exécution de celle-ci est devenue plus onéreuse.
Cependant, les parties doivent renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse pour l'une d'elles par suite d'un changement imprévisible des circonstances et qu'elle n'a pas accepté d'en assumer le risque lors de la conclusion du contrat.
En l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable, le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe.

Die Parteien sind an ihren Vertrag gebunden, auch wenn die Erfüllung der Verpflichtung wesentlich aufwändiger geworden ist.
Die Parteien müssen den Vertrag jedoch neu verhandeln, um ihn anzupassen oder aufzulösen, wenn die Erfüllung für eine von ihnen durch eine unvorhersehbare Änderung der Umstände zu schwer wird und sie das Risiko zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht übernommen hat.
Wenn sich die Parteien nicht innerhalb einer angemessenen Frist einigen, kann der Richter den Vertrag im Einklang mit den berechtigten Erwartungen der Parteien anpassen oder ihn zum Zeitpunkt und unter den von ihm festgelegten Bedingungen beenden.

Art 100 Reformprojekt *Terré*
Il y a force majeure, en matière contractuelle, lorsque le débiteur établit qu'il a été empêché par un événement échappant à son contrôle, et que les parties ne pouvaient raisonnablement prévoir, lors de la conclusion du contrat, qu'il le préviendrait ou le surmonterait, ou qu'il en préviendrait ou surmonterait les conséquences.

Höhere Gewalt in vertraglichen Angelegenheiten liegt vor, wenn der Schuldner feststellt, dass er durch ein Ereignis, das er nicht entnehmen konnte, verhindert wurde und dass die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vernünftigerweise vorhersehen konnten, dass er ihn verhindern oder überwinden

würde oder dass er seine Folgen verhindern oder überwinden würde.

Le débiteur, dès qu'il a ou devrait avoir connaissance d'un tel empêchement, doit le notifier au créancier dans un délai raisonnable ; le défaut de notification dans un tel délai donne lieu, le cas échéant, à des dommages et intérêts.

Der Schuldner muss, sobald er von einer solchen Verhinderung Kenntnis hat oder haben sollte, dies dem Gläubiger innerhalb einer angemessenen Frist mitteilen; die unterlassene Benachrichtigung innerhalb dieser Frist führt gegebenenfalls zu Schadensersatz.

Art. 101 Reformprojekt *Terré*

Dans le cas où la force majeure conduit à une inexécution grave et irrémédiable, le contrat est résolu de plein droit et les deux parties sont libérées de leurs obligations réciproques.

Führt höhere Gewalt zu einer schwerwiegenden und endgültigen Nichterfüllung, wird der Vertrag automatisch beendet und beide Parteien von ihren gegenseitigen Verpflichtungen befreit.

Si l'impossibilité d'exécution est provisoire, le contrat est suspendu, sauf si le retard qui en résulterait constitue par lui-même une inexécution grave.

Ist die Unmöglichkeit der Leistung vorläufig, wird der Vertrag ausgesetzt, es sei denn, die daraus resultierende Verzögerung selbst stellt eine ernsthafte Nichterfüllung dar.

[…]

[…]

Art. 117 Reformprojekt *Terré*

Le débiteur est condamné, s'il y a lieu au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution, totale ou partielle, du contrat, soit à raison du retard dans l'exécution, sauf à établir qu'il a été empêché d'exécuter par suite d'une force majeure.

Der Schuldner wird gegebenenfalls zum Schadensersatz verurteilt, sei es wegen der vollständigen oder teilweisen Nichterfüllung des Vertrages oder wegen Leistungsverzögerung, es sei denn, es kann nachgewiesen werden, dass er aufgrund höherer Gewalt an der Erfüllung gehindert wurde.

Analysierte Regelungen der UPICC

PREAMBLE

These Principles set forth general rules for international commercial contracts.
They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them.
They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the lex mercatoria or the like.
They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract.
They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments.
They may be used to interpret or supplement domestic law. They may serve as a model for national and international legislators

Art. 1.1 UPICC

The parties are free to enter into a contract and to determine its content

Art. 1.3 UPICC

A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles.

Art. 1.4 UPICC

Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law.

Art. 1.7 UPICC

(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.
(2) The parties may not exclude or limit this duty.

Art. 2.1.15 UPICC

(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.
(2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.

(3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.

Art. 2.1.16 UPICC
Where information is given as confidential by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or to use it improperly for its own purposes, whether or not a contract is subsequently concluded. Where appropriate, the remedy for breach of that duty may include compensation based on the benefit received by the other party.

Art. 3.1.3 UPICC:
(1) The mere fact that at the time of the conclusion of the contract the performance of the obligation assumed was impossible does not affect the validity of the contract.
(2) The mere fact that at the time of the conclusion of the contract a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates does not affect the validity of the contract.

Art. 3.2.2 UPICC
(1) A party may only avoid the contract for mistake if, when the contract was concluded, the mistake was of such importance that a reasonable person in the same situation as the party in error would only have concluded the contract on materially different terms or would not have concluded it at all if the true state of affairs had been known, and
- (a) the other party made the same mistake, or caused the mistake, or knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to reasonable commercial standards of fair dealing to leave the mistaken party in error; or
- (b) the other party had not at the time of avoidance reasonably acted in reliance on the contract.

(2) However, a party may not avoid the contract if
- (a) it was grossly negligent in committing the mistake; or
- (b) the mistake relates to a matter in regard to which the risk of mistake was assumed or, having regard to the circumstances, should be borne by the mistaken party.

Art. 3.2.5 UPICC
A party may avoid the contract when it has been led to conclude the contract by the other party's fraudulent representation, including language or practices, or fraudulent non-disclosure of circumstances which, according to reasonable commercial standards of fair dealing, the latter party should have disclosed.

Art. 3.2.15 UPICC
(1) On avoidance either party may claim restitution of whatever it has supplied under the contract, or the part of it avoided, provided that the party concurrently makes restitution of whatever it has received under the contract, or the part of it avoided.
(2) If restitution in kind is not possible or appropriate, an allowance has to be made in money whenever reasonable.
(3) The recipient of the performance does not have to make an allowance in money if the impossibility to make restitution in kind is attributable to the other party.
(4) Compensation may be claimed for expenses reasonably required to preserve or maintain the performance received.

Art. 3.2.16 UPICC
Irrespective of whether or not the contract has been avoided, the party who knew or ought to have known of the ground for avoidance is liable for damages so as to put the other party in the same position in which it would have been if it had not concluded the contract.

Art. 4.5 UPICC
Contract terms shall be interpreted so as to give effect to all the terms rather than to deprive some of them of effect.

Art. 4.8 UPICC
(1) Where the parties to a contract have not agreed with respect to a term which is important for a determination of their rights and duties, a term which is appropriate in the circumstances shall be supplied.
(2) In determining what is an appropriate term regard shall be had, among other factors, to
- (a) the intention of the parties;
- (b) the nature and purpose of the contract;

(c) good faith and fair dealing;
(d) reasonableness.

Art. 5.1.1 UPICC
The contractual obligations of the parties may be express or implied.

Art. 5.1.2 UPICC
Implied obligations stem from
(a) the nature and purpose of the contract;
(b) practices established between the parties and usages;
(c) good faith and fair dealing;
(d) reasonableness.

Art. 5.1.4 UPICC
(1) To the extent that an obligation of a party involves a duty to achieve a specific result, that party is bound to achieve that result.
(2) To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances.

Art. 5.1.5 UPICC:
In determining the extent to which an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity or a duty to achieve a specific result, regard shall be had, among other factors, to
(a) the way in which the obligation is expressed in the contract;
(b) the contractual price and other terms of the contract;
(c) the degree of risk normally involved in achieving the expected result;
(d) the ability of the other party to influence the performance of the obligation

Art. 6.2.2 UPICC
There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and
(a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and
(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

Art. 6.2.3 UPICC
(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.
(2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.
(3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.
(4) If the court finds hardship it may, if reasonable,
(a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or
(b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium

Art. 7.1.1 UPICC
Non-performance is failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance.

Art. 7.1.3 UPICC
(1) Where the parties are to perform simultaneously, either party may withhold performance until the other party tenders its performance.
(2) Where the parties are to perform consecutively, the party that is to perform later may withhold its performance until the first party has performed.

Art. 7.1.5 UPICC

(1) In a case of non-performance the aggrieved party may by notice to the other party allow an additional period of time for performance.
(2) During the additional period the aggrieved party may withhold performance of its own reciprocal obligations and may claim damages but may not resort to any other remedy. If it receives notice from the other party that the latter will not perform within that period, or if upon expiry of that period due performance has not been made, the aggrieved party may resort to any of the remedies that may be available under this Chapter.
(3) Where in a case of delay in performance which is not fundamental the aggrieved party has given notice allowing an additional period of time of reasonable length, it may terminate the contract at the end of that period. If the additional period allowed is not of reasonable length it shall be extended to a reasonable length. The aggrieved party may in its notice provide that if the other party fails to perform within the period allowed by the notice the contract shall automatically terminate.
(4) Paragraph (3) does not apply where the obligation which has not been performed is only a minor part of the contractual obligation of the non-performing party.

Art. 7.1.7 UPICC
(1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.
(2) When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract.
(3) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non-receipt.
(4) Nothing in this Article prevents a party from exercising a right to terminate the contract or to withhold performance or request interest on money due

Art. 7.2.2 UPICC
Where a party who owes an obligation other than one to pay money does not perform, the other party may require performance, unless
(a) performance is impossible in law or in fact
(b) performance or, where relevant, enforcement is unreasonably burdensome or expensive;
(c) the party entitled to performance may reasonably obtain performance from another source;
(d) performance is of an exclusively personal character; or
(e) the party entitled to performance does not require performance within a reasonable time after it has, or ought to have, become aware of the non-performance

Art. 7.3.1 UPICC
(1) A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance.
(2) In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental non-performance regard shall be had, in particular, to whether
(a) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such result;
(b) strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract;
(c) the non-performance is intentional or reckless;
(d) the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance;
(e) the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated.
(3) In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract if the other party fails to perform before the time allowed it under Article 7.1.5 has expired.

Art. 7.3.2 UPICC
(1) The right of a party to terminate the contract is exercised by notice to the other party.
(2) If performance has been offered late or otherwise does not conform to the contract the aggrieved party will lose its right to terminate the contract unless it gives notice to the other party within a

reasonable time after it has or ought to have become aware of the offer or of the non-conforming performance.

Art. 7.3.3 UPICC
Where prior to the date for performance by one of the parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract

Art. 7.3.5 UPICC
(1) Termination of the contract releases both parties from their obligation to effect and to receive future performance.
(2) Termination does not preclude a claim for damages for non-performance.
(3) Termination does not affect any provision in the contract for the settlement of disputes or any other term of the contract which is to operate even after termination.

Art. 7.3.6 UPICC
(1) On termination of a contract to be performed at one time either party may claim restitution of whatever it has supplied under the contract, provided that such party concurrently makes restitution of whatever it has received under the contract.
(2) If restitution in kind is not possible or appropriate, an allowance has to be made in money whenever reasonable.
(3) The recipient of the performance does not have to make an allowance in money if the impossibility to make restitution in kind is attributable to the other party.
(4) Compensation may be claimed for expenses reasonably required to preserve or maintain the performance received.

Art. 7.3.7 UPICC
(1) On termination of a long-term contract restitution can only be claimed for the period after termination has taken effect, provided the contract is divisible.
(2) As far as restitution has to be made, the provisions of Article 7.3.6 apply.

Analysierte Regelungen der PECL (Übersetzung aus *von Bar/Zimmermann* (Hg.), Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. 2 ff.)

Art. 1:101 PECL
(1) Diese Grundregeln sind dazu gedacht, als allgemeine Regeln des Vertragsrechts in der Europäischen Union angewendet zu werden.
(2) Diese Grundregeln werden angewendet, wenn die Parteien sich darauf geeinigt haben, sie in ihren Vertrag aufzunehmen oder dass ihr Vertrag diesen Grundregeln unterliegen soll.
(3) Diese Grundregeln können angewendet werden, wenn die Parteien
(a) vereinbart haben, dass ihr Vertrag „allgemeinen Rechtsgrundsätzen“, der „lex mercatoria“ oder ähnlichen Regeln unterliegen soll; oder
(b) keine Rechtsordnung oder keine Rechtsregeln für ihren Vertrag gewählt haben.
(4) Diese Grundregeln können eine Lösung für Streitfragen bieten, für welche die anwendbare Rechtsordnung oder die anwendbaren Rechtsregeln keine Lösung bereithalten.

Art. 1:102 PECL
(1) Die Parteien sind frei, einen Vertrag zu schließen und seinen Inhalt zu bestimmen, vorbehaltlich der Gebote von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs sowie der zwingenden Vorschriften, die durch die vorliegenden Grundregeln festgesetzt sind.
(2) Die Parteien können die Anwendung jeder dieser Grundregeln ausschließen oder von ihnen abweichen oder ihre Wirkungen ändern, außer wenn in diesen Grundregeln etwas anderes bestimmt ist.

Art. 1:103 PECL
(1) Soweit das anderweitig anwendbare Recht dies zulässt, können die Parteien ihren Vertrag diesen Grundregeln unterstellen mit der Folge, dass zwingende nationale Vorschriften keine Anwendung finden.
(2) Gleichwohl sollte denjenigen zwingenden Vorschriften des nationalen, supranationalen und internationalen Rechts Wirkung beigelegt werden, die nach den einschlägigen Regeln des internationalen Privatrechts unabhängig von dem für den Vertrag maßgeblichen Recht anwendbar sind.

Art. 1:201 PECL

(1) Jeder Partei hat im Einklang mit den Geboten von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs zu handeln.
(2) Die Parteien können diese Pflicht nicht ausschließen oder beschränken.

Art. 2:301 PECL
(1) Die Parteien sind frei zu verhandeln und haften nicht, wenn keine Einigung erzielt wird.
(2) Wenn jedoch eine Partei entgegen den Geboten von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs verhandelt oder Verhandlungen abgebrochen hat, haftet sie für die Schäden, die sie der anderen Partei zugefügt hat.
(3) Ein Verstoß gegen die Gebote von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs liegt insbesondere dann vor, wenn eine Partei in Verhandlungen eintritt oder diese fortsetzt, ohne tatsächlich mit der anderen Partei eine Vereinbarung erzielen zu wollen.

Art. 2:302 PECL
Wenn im Verlaufe von Vertragsverhandlungen von einer Partei vertrauliche Informationen gegeben werden, ist die andere Partei verpflichtet, diese Informationen nicht offenzulegen oder sie nicht für ihre eigenen Zwecken zu benutzen, unabhängig davon, ob hernach ein Vertrag geschlossen wird oder nicht. Der Rechtsbehelf für die Verletzung dieser Pflicht kann Ersatz für erlittenen Schaden und die Herausgabe des Vorteils umfassen, den die andere Partei erlangt hat.

Art. 4:102 PECL
Ein Vertrag ist nicht allein deshalb ungültig, weil bei Vertragsschluss die Erfüllung der übernommenen Verpflichtung unmöglich war, oder weil eine Partei nicht zur Verfügung über die Vermögensgegenstände befugt war, auf die sich der Vertrag bezieht.

Art. 4:103 PECL
(1) Eine Partei kann einen Vertrag wegen eines bei Vertragsschluss vorhandenen Tatsachen- oder Rechtsirrtums anfechten, wenn:
- (a) (i) der Irrtum durch Angaben der anderen Partei hervorgerufen wurde; oder
  (ii) die andere Partei Kenntnis von dem Irrtum hatte oder haben musste und es den Geboten von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs widersprach, die irrende Partei in ihrem Irrtum zu belassen; oder
  (iii) die andere Partei demselben Irrtum unterlag,
  und
- (b) die andere Partei wusste oder wissen musste, dass die irrende Partei, wenn sie die Wahrheit gekannt hätte, den Vertrag nicht oder nur zu wesentlich anderen Bedingungen abgeschlossen hätte,

(2) Eine Partei kann den Vertrag jedoch nicht anfechten, wenn:
- (a) ihr Irrtum nach den Umständen unentschuldbar war, oder
- (b) das Risiko des Irrtums von ihr übernommen wurde oder nach den Umständen von ihr getragen werden sollte.

Art. 4:105 PECL
(1) Ist eine Partei zur Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums berechtigt, bringt die andere Partei aber zum Ausdruck den Vertrag so erfüllen zu wollen, oder erfüllt sie ihn tatsächlich so, wie er von der zur Anfechtung berechtigten Partei verstanden worden ist, dann ist der Vertrag zu behandeln, als wäre er so geschlossen worden, wie er von der zur Anfechtung berechtigten Partei verstanden worden ist. Die andere Partei muss, nachdem sie darüber unterrichtet wurde, wie der Vertrag von der zur Anfechtung berechtigten Partei verstanden worden ist, und bevor diese im Vertrauen auf eine Anfechtungserklärung gehandelt hat, umgehend ihre Bereitschaft zur Erfüllung zum Ausdruck bringen oder die Erfüllung vornehmen.
(2) Nachdem die Bereitschaft zur Erfüllung zum Ausdruck gebracht oder die Erfüllung vorgenommen worden ist, ist das Anfechtungsrecht ausgeschlossen und eine frühere Anfechtungserklärung unwirksam.
(3) Wenn beide Parteien demselben Irrtum erlegen sind, kann das Gericht auf Verlangen einer der Parteien den Vertrag an das anpassen, was die Parteien vernünftigerweise vereinbart hätten, wenn der Irrtum nicht vorgelegen hätte.

Art. 4:107 PECL
(1) Eine Partei kann einen Vertrag anfechten, wenn sie von der anderen Partei zum Vertragsschluss bestimmt worden ist durch arglistige Vorspiegelung falscher Umstände, sei es durch Worte oder

durch Verhalten, oder durch arglistiges Verschweigen einer Information, die sie nach en Geboten von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs hätte offenlegen müssen.
(2) Die Vorspiegelung falscher Umstände oder ihr Verschweigen durch eine Partei sind arglistig, wenn sie zur Täuschung bestimmt waren.
(3) Für die Feststellung, ob die Gebote von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs verlangen, dass eine Partei bestimmte Informationen offenlegt, sind sämtliche Umstände zu berücksichtigen, insbesondere:

(a) ob die Partei über besondere Sachkunde verfügte;
(b) ihre Aufwendungen, um die entsprechende Information zu erlangen;
(c) ob die andere Partei die Information vernünftigerweise selbst erlangen konnte; und
(d) die offenkundige Bedeutung der Information für die andere Partei.

Art. 4:117 PECL
(1) Eine Partei, die einen Vertrag nach diesem Kapitel anficht, kann von der anderen Partei Schadenersatz verlangen, der die anfechtende Partei so weit wie möglich in die Lage versetzt, in der sie sich ohne Vertragsschluss befunden hätte, vorausgesetzt dass die andere Partei den Irrtum, die arglistige Täuschung, die Drohung oder die unangemessene Ausnutzung oder die Erlangung eines übermäßigen Vorteils kannte oder kennen musste.
(2) Wenn eine Partei nach diesem Kapitel ein Recht zur Anfechtung eines Vertrages hat, dieses aber nicht ausübt oder nach den Vorschriften der Artikel 4:113 oder 4:114 verloren hat, kann sie vorbehaltlich Absatz (1) Schadenersatz nur bis zur Höhe des Schadens verlangen, der ihr durch den Irrtum, die Täuschung, die Drohung oder die unangemessene Ausnutzung oder Erlangung eines übermäßigen Vorteils entstanden ist. Derselbe Schadensmaßstab findet Anwendung, wenn die Partei durch eine unzutreffende Angabe im Sinne des Artikel 4:106 irregeführt wurde.
(3) Im übrigen richtet sich der Schadenersatz nach den einschlägigen Vorschriften von Kapitel 9, Abschnitt 5, mit angemessenen Anpassungen.

Art. 5:101 PECL
(1) Ein Vertrag wird nach dem gemeinsamen Willen der Parteien ausgelegt, auch wenn dieser nicht mit dem Wortlaut der Erklärungen übereinstimmt.
(2) Wenn feststeht, dass eine Partei den Vertrag in einem bestimmten Sinne verstanden wissen wollte und diese Absicht der anderen Partei bei Vertragsschluss nicht entgangen sein konnte, wird der Vertrag in der dem Willen der ersten Partei entsprechenden Weise ausgelegt.
(3) Wenn ein Wille nach Absatz (1) oder (2) nicht festgestellt werden kann, ist der Vertrag in dem Sinne auszulegen, den ihm vernünftige Personen von derselben Art wie die Parteien unter denselben Umständen geben würden.

Art. 6:102 PECL
Neben ausdrücklich vereinbarten kann ein Vertrag auch stillschweigende Bedingungen enthalten, die sich ergeben aus:

(a) dem Willen der Parteien;
(b) der Natur und dem Zweck des Vertrages; sowie
(c) den Geboten von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs.

Art. 6:111 PECL
(1) Vertragliche Verpflichtungen sind zu erfüllen, auch wenn die Erfüllung belastender geworden ist, sei es, weil sich die Kosten der Leistung erhöht haben oder weil der Wert des Gegenleistung sich vermindert hat.
(2) Wird die Erfüllung des Vertrages jedoch durch eine Veränderung der Umstände übermäßig belastend, sind die Parteien verpflichtet, in Verhandlungen über die Änderung oder Aufhebung des Vertrags einzutreten sofern

(a) die Veränderung der Umstände nach Vertragsschluss eingetreten ist,
(b) die Möglichkeit einer Veränderung der Umstände vernünftigerweise zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht in Betracht gezogen werden konnte, und
(c) das Risiko einer Veränderung der Umstnde nach dem Vertrag nicht die davon betroffene Partei tragen sollte.

(3) Erzielen die Parteien innerhalb angemessener Zeit keine Einigung, so kann das Gericht

(a) den Vertrag zu einem Zeitpunkt und unter Bedingungen aufheben, die vom Gericht festzusetzen sind; oder
(b) den Vertrag so anpassen, dass die Einbußen und Vorteile, die sich aus der Veränderung der Umstände ergeben, unter den Parteien in gerechter und billiger Weise verteilt werden.

In beiden Fällen kann das Gericht Schadenersatz zusprechen für den Verlust, der dadurch entstanden ist, dass eine Partei sich geweigert hat, in Verhandlungen einzutreten oder die Verhandlungen entgegen den Geboten von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs abgebrochen hat.

Art. 8:101 PECL
(1) Wenn eine Partei eine Ihr nach dem Vertrag obliegende Verpflichtung nicht erfüllt und die Nichterfüllung nicht gemäß Artikel 8:108 entschuldigt ist, kann die benachteiligte Partei von jedem der in Kapitel 9 vorgesehenen Rechtsbehelfe Gebrauch machen.
(2) Ist die Nichterfüllung gemäß Artikel 8:108 entschuldigt, kann die benachteiligte Partei von jedem in Kapitel 9 vorgesehenen Rechtsbehelfe Gebrauch machen, mit Ausnahme der Ansprüche auf Erfüllung und auf Schadenersatz.
(3) Eine Partei darf von keinem der in Kapitel9 vorgesehenen Rechtsbehelfe Gebrauch machen, soweit die Nichterfüllung der anderen Partei durch ihre eigene Handlung verursacht worden ist.

Art. 8:102 PECL
Rechtsbehelfe, die miteinander vereinbar sind, dürfen nebeneinander geltend gemacht werden. Insbesondere verliert eine Partei ihr Recht auf Schadenersatz nicht dadurch, dass sie sich irgendeines anderen Rechtsbehelfs bedient.

Art. 8:103 PECL
Eine Nichterfüllung ist für den Vertrag wesentlich, wenn
(a) die genaue Einhaltung der Verpflichtung für den Vertrag entscheidend ist; oder
(b) durch die Nichterfüllung der benachteiligten Partei im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag erwarten durfte, es sei denn, dass die andere Partei diese Folge nicht vorausgesehen hat und vernünftigerweise auch nicht voraussehen konnte; oder
(c) die Nichterfüllung vorsätzlich geschieht und der benachteiligten Partei Anlass zu der Annahme gibt, dass sie sich auf die künftige Leistung durch die andere Partei nicht verlassen kann.

Art. 8:106 PECL
(1) In jedem Fall einer Nichterfüllung kann die benachteiligte Partei durch Erklärung gegenüber der anderen Partei eine Nachfrist für die Erfüllung gewähren.
(2) Während des Laufes der Nachfrist kann die benachteiligte Partei die Erfüllung ihrer eigenen Gegenleistungspflichten zurückhalten und Schadenersatz verlangen, kann aber beinen anderen Rechtsbehelf geltend machen. Wenn sie eine Mitteilung der anderen Partei erhält, dass diese innerhalb der Frist nicht erfüllen wird, oder wenn bei Fristablauf nicht vertragsgemäß erfüllt wurde, kann die benachteiligte Partei jeden Rechtsbehelf geltend machen, der ihr nach Kapitel 9 zur Verfügung steht.
(3) Hat im Fall einer Verzögerung der Erfüllung, die nicht wesentlich ist, die benachteiligte Partei eine Nachfrist von angemessener Länge gewährt, so kann sie nach Ablauf dieser Frist den Vertrag aufheben, Die benachteiligte Partei kann in ihrer Erklärung bestimmen, dass der Vertrag ohne weiteres aufgehoben ist, wenn die andere Partei nicht innerhalb der durch die Erklärung gewährten Frist erfüllt. Falls die gewährte Frist zu kurz ist, kann der Vertrag nur nach Ablauf einer angemessenen Frist von der benachteiligten Partei aufgehoben werden beziehungsweise ohne weiteres aufgehoben sein.

Art. 8:107 PECL
Wer die Erfüllung eines Vertrages einem anderen anvertraut, bleibt für die Erfüllung selbst verantwortlich.

Art. 8:108 PECL
(1) Eine Nichterfüllung durch eine Partei ist entschuldigt, wenn sie beweist, dass die Nichterfüllung auf einem außerhalb ihres Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht und dass von ihr vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund bei Vertragsschluss in Betracht zu ziehen oder den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden.
(2) Besteht der Hinderungsgrund nur vorübergehend, so wirkt die Entschuldigung aufgrund dieses Artikels nur für den Zeitraum, während dessen der Hinderungsgrund besteht. Sofern jedoch die Verzögerung eine wesentliche Nichterfüllung darstellt, kann der Gläubiger sie als solche behandeln.
(3) Die Partei, die nicht erfüllt, muss sicherstellen, dass eine Mitteilung des Hinderungsgrundes und seiner Auswirkung auf ihre Fähigkeit zu erfüllen der anderen Partei innerhalb einer angemessenen Zeit zugeht, nachdem die nicht erfüllende Partei diese Umstände kannte oder kennen musste. Die

andere Partei kann Schadenersatz für alle Verluste verlangen, die sich daraus ergeben, dass ihr diese Mitteilung nicht zugegangen ist.

Art. 9:101 PECL
(1) Der Gläubiger ist berechtigt, die Zahlung von fälligen Geldschulden zu verlange.
(2) Sofern der Gläubiger seine Verpflichtung noch nicht erfüllt hat und der Schuldner offensichtlich nicht bereit ist, die Leistung entgegenzunehmen, kann der Gläubiger gleichwohl seine Leistung erbringen und Zahlung des vertraglich vereinbarten Entgelts verlangen, es sei denn:
(a) er hätte ohne nennenswerte Anstrengungen oder Kosten ein angemessenes Deckungsgeschäft abschließen können; oder
(b) die Leistung wäre nach den Umständen unangemessen.

Art. 9:102 PECL
(1) Die benachteiligte Partei kann die Erfüllung von nicht auf Geld gerichteten Verpflichtungen verlangen, einschließlich der Abhilfe für eine mangelhafte Leistung.
(2) Erfüllung kann jedoch nicht verlangt werden, sofern
(a) die Erfüllung rechtswidrig oder unmöglich wäre; oder
(b) die Erfüllung dem Schuldner unangemessene Anstrengungen oder Kosten verursachen würde; oder
(c) die Erfüllung in der Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen persönlichen Charakters besteht oder von einer persönlichen Beziehung abhängt; oder
(d) die benachteiligte Partei die Leistung vernünftigerweise aus einer anderen Quelle erhalten kann.
(3) Die benachteiligte Partei verliert ihren Anspruch auf Erfüllung, wenn sie ihn nicht innerhalb einer angemessenen Zeit geltend macht, nachdem sie von der Nichterfüllung erfahren hat oder hätte erfahren müssen.

Art. 9:201 PECL
(1) Eine Partei, die gleichzeitig mit oder nach der anderen Partei zu leisten hat, kann die ihr obliegende Leistung zurückbehalten, bis die andere Partei ihre Leistung angeboten oder erbracht hat. Die erste Partei kann die Leistung insgesamt oder nur teilweise zurückbehalten, soweit dies nach den Umständen angemessen erscheint.
(2) Eine Partei kann entsprechend ihrer Leistung solange zurückbehalten, wie klar ist, dass die andere Partei bei Fälligkeit ihrer Leistung diese nicht erfüllen wird.

Art. 9:301 PECL
(1) Eine Partei kann den Vertrag aufheben, wenn die Nichterfüllung der anderen Partei wesentlich ist.
(2) Im Falle einer Verzögerung kann die benachteiligte Partei den Vertrag auch gemäß Artikel 8:106 Absatz (3) aufheben.

Art. 9:303 PECL
(1) Das Recht einer Partei zur Aufhebung des Vertrags wird durch Erklärung gegenüber der anderen Partei ausgeübt.
(2) Die benachteiligte Partei verliert ihr Recht zur Aufhebung des Vertrages, sofern sie nicht die Aufhebung binnen angemessener Frist erklärt, nachdem sie von der Nichterfüllung erfahren hat oder hätte erfahren müssen.
(3) (a) Ist die Leistung bei Fälligkeit nicht angeboten worden, so braucht die benachteiligte Partei die Aufhebung nicht zu erklären, bevor ein Angebot gemacht worden ist. Wird ein Angebot später gemacht, so verliert sie ihr Recht zur Aufhebung, wenn sie die Aufhebung nicht binnen angemessener Frist erklärt, nachdem sie von dem Angebot erfahren hat oder hätte erfahren müssen.
(b) Wenn jedoch die benachteiligte Partei weiß oder Grund zu der Annahme hat, dass die nadere Partei binnen angemessener Frist die Leistung noch anzubieten beabsichtigt, und wenn sie der anderen Partei unangemessenerweise nicht mitteilt, dass sie die Leistung nicht annehmen wird, so verliert sie ihr Recht auf Vertragsaufhebung, sofern die andere Partei binnen angemessener Frist ihre Leistung tatsächlich anbietet.
(4) Ist eine Partei gemäß Artikel 8:108 durch ein vollständiges und dauerhaftes Leistungshindernis entschuldigt, ist der Vertrag ohne weiteres und ohne Erklärung zu dem Zeitpunkt aufgehoben, in dem der Hinderungsgrund auftritt.

Art. 9:305 PECL

(1) Die Aufhebung des Vertrages befreit beide Parteien von ihrer Verpflichtung, künftige Leistungen zu erbringen und anzunehmen, berührt aber vorbehaltlich der Artikel 9:306, 9:307 und 9:308 nicht die Rechte und Pflichten, die bis zum Zeitpunkt der Aufhebung entstanden sind.
(2) Die Aufhebung berührt keine Bestimmung des Vertrags über die Beilegung von Streitigkeiten und keine andere Bestimmung, die auch nach Aufhebung des Vertrags noch wirksam sein soll.

Art. 9:401 PECL
(1) Eine Partei, die eine angebotene, nicht vertragsgemäße Leistung annimmt, kann der Preis mindern. Diese Minderung bemisst sich nach dem Verhältnis, in dem der verminderte Wert der Leistung zur Zeit des Leistungsangebots zu dem Wert steht, den eine vertragsgemäße Leistung zu diesem Zeitpunkt gehabt hätte.
(2) Eine Partei, die nach dem vorangehenden Absatz zur Minderung des Preises berechtigt ist und bereits einen den geminderten Preis übersteigenden Betrag gezahlt hat, kann diesen Überschuss von der anderen Partei verlangen.
(3) Mindert eine Partei den Preis, so kann sie nicht auch noch Schadenersatz für die Minderung des Wertes der Leistung verlangen; sie bleibt jedoch berechtigt, für alle weiteren Schäden Ersatz zu verlangen, soweit diese nach Abschnitt 5 dieses Kapitels ersatzfähig sind.

Art. 9:501 PECL
(1) Die benachteiligte Partei kann Ersatz für den ihr durch die Nichterfüllung seitens der anderen Partei verursachten Schaden verlangen, außer soweit die Nichterfüllung gemäß Artikel 8:108 entschuldigt ist.
(2) Der Schaden, für den Ersatz verlangt werden kann, umfasst
   (a) Nichtvermögensschaden; sowie
   (b) Zukünftige Schaden, dessen Eintritt vernünftigerweise als wahrscheinlich angesehen werden kann.

Analysierte Regelungen des DCFR

Art. II.-1:102 DCFR
(1) Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules.
(2) Parties may exclude the application of any of the following rules relating to contracts or other juridical acts, or the rights and obligations arising from them, or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided.
(3) A provision to the effect that parties may not exclude the application of a rule or derogate from or vary its effects does not prevent a party from waiving a right which has already arisen and of which that party is aware.

Art. II.-1:103 DCFR
(1) A valid contract is binding on the parties.
(2) A valid unilateral undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance.
(3) This Article does not prevent modification or termination of any resulting right or obligation by agreement between the debtor and creditor or as provided by law.

Art. II.-3:101 DCFR
(1) Before the conclusion of a contract for the supply of goods, other assets or services by a business to another person, the business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods, other assets or services to be supplied as the other person can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances.
(2) In assessing what information the other person can reasonably expect to be disclosed, the test to be applied, if the other person is also a business, is whether the failure to provide the information would deviate from good commercial practice.

Art. II.-3:102 DCFR
(1) Where a business is marketing goods, other assets or services to a consumer, the business has a duty not to give misleading information. Information is misleading if it misrepresents or omits material facts which the average consumer could expect to be given for an informed decision on whether to take steps towards the conclusion of a contract. In assessing what an average consumer

could expect to be given, account is to be taken of all the circumstances and of the limitations of the communication medium employed.
(2) Where a business uses a commercial communication which gives the impression to consumers that it contains all the relevant information necessary to make a decision about concluding a contract, the business has a duty to ensure that the communication in fact contains all the relevant information. Where it is not already apparent from the context of the commercial communication, the information to be provided comprises:

(a) the main characteristics of the goods, other assets or services, the identity and address, if relevant, of the business, the price, and any available right of withdrawal;
(b) peculiarities related to payment, delivery, performance and complaint handling, if they depart from the requirements of professional diligence; and
(c) the language to be used for communications between the parties after the conclusion of the contract, if this differs from the language of the commercial communication.

(3) A duty to provide information under this Article is not fulfilled unless all the information to be provided is provided in the same language.

Art. II.-3:103 DCFR
(1) In the case of transactions that place the consumer at a significant informational disadvantage because of the technical medium used for contracting, the physical distance between business and consumer, or the nature of the transaction, the business has a duty, as appropriate in the circumstances, to provide clear information about the main characteristics of any goods, other assets or services to be supplied, the price, the address and identity of the business with which the consumer is transacting, the terms of the contract, the rights and obligations of both contracting parties, and any available right of withdrawal or redress procedures. This information must be provided a reasonable time before the conclusion of the contract. The information on the right of withdrawal must, as appropriate in the circumstances, also be adequate in the sense of II.-5:104 (Adequate information on the right to withdrawal).
(2) Where more specific information duties are provided for specific situations, these take precedence over the general information duty under paragraph (1).
(3) The business bears the burden of proof that it has provided the information required by this Article.

Art. II.-3:106 DCFR
(1) A duty to provide information imposed on a business under this Chapter is not fulfilled unless the requirements of this Article are satisfied.
(2) The information must be clear and precise, and expressed in plain and intelligible language.
(3) Where rules for specific contracts require information to be provided on a durable medium or in another particular form it must be provided in that way.
(4) In the case of contracts between a business and a consumer concluded at a distance, information about the main characteristics of any goods, other assets or services to be supplied, the price, the address and identity of the business with which the consumer is transacting, the terms of the contract, the rights and obligations of both contracting parties, and any available redress procedures, as may be appropriate in the particular case, must be confirmed in textual form on a durable medium at the time of conclusion of the contract. The information on the right of withdrawal must also be adequate in the sense of II.-5:104 (Adequate information on the right to withdraw).

Art. II.-3:107 DCFR
Where under this Chapter a business has a duty to provide information about price, the duty is not fulfilled unless what is provided:

(a) includes information about any deposits payable, delivery charges and any additional taxes and duties where these may be indicated separately;
(b) if an exact price cannot be indicated, gives such information on the basis for the calculation as will enable the consumer to verify the price; and
(c) if the price is not payable in one sum, includes information about the payment schedule.

Art. II.-3:108 DCFR
(1) Where under this Chapter a business has a duty to provide information about its address and identity, the duty is not fulfilled unless the information includes:

(a) the name of the business;
(b) any trading names relevant to the contract in question;
(c) the registration number in any official register, and the name of that register;
(d) the geographical address of the business;

(e) contact details;
(f) where the business has a representative in the consumer's [Member] state of residence, the address and identity of that representative;
(g) where the activity of the business is subject to an authorisation scheme, the particulars of the relevant supervisory authority; and
(h) where the business exercises an activity which is subject to VAT, the relevant VAT identification number.

(2) For the purpose of II.-3:103 (Duty to provide information when concluding contract with a consumer who is at a particular disadvantage), the address and identity of the business include only the information indicated in (1) (a), (c), (d) and (e).

Art. II.-3:109 DCFR

(1) If a business has a duty under II.–3:103 (Duty to provide information when concluding contract with a consumer who is at a particular disadvantage) to provide information to a consumer before the conclusion of a contract from which the consumer has the right to withdraw, the withdrawal period does not commence until all this information has been provided. Regardless of this, the right of withdrawal lapses after one year from the time of the conclusion of the contract.

(2) If a business has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Section and a contract has been concluded, the business has such obligations under the contract as the other party has reasonably expected as a consequence of the absence or incorrectness of the information. Remedies provided under Book III, Chapter 3 apply to non-performance of these obligations.

(3) Whether or not a contract is concluded, a business which has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Section is liable for any loss caused to the other party to the transaction by such failure. This paragraph does not apply to the extent that a remedy is available for non-performance of a contractual obligation under the preceding paragraph.

(4) The remedies provided under this Article are without prejudice to any remedy which may be available under II.-7:201 (Mistake).

(5) In relations between a business and a consumer the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

Art. II.-3:301 DCFR

(1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract.

(3) A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach.

(4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.

Art. II.-3:501 DCFR

(1) Where any rule in this Chapter makes a person liable for loss caused to another person by a breach of a duty, the other person has a right to damages for that loss.

(2) The rules on III.-3:704 (Loss attributable to creditor) and III.–3:705 (Reduction of loss) apply with the adaptation that the reference to non-performance of the obligation is to be taken as a reference to breach of the duty.

Art. II.-7:102 DCFR

A contract is not invalid, in whole or in part, merely because at the time it is concluded performance of any obligation assumed is impossible, or because a party has no right or authority to dispose of any assets to which the contract relates.

Art. II.-7:214 DCFR

(1) A party who has the right to avoid a contract under this Section (or who had such a right before it was lost by the effect of time limits or confirmation) is entitled, whether or not the contract is avoided, to damages from the other party for any loss suffered as a result of the mistake, fraud, coercion, threats or unfair exploitation, provided that the other party knew or could reasonably be expected to have known of the ground for avoidance.

(2) The damages recoverable are such as to place the aggrieved party as nearly as possible in the position in which that party would have been if the contract had not been concluded, with the further limitation that, if the party does not avoid the contract, the damages are not to exceed the loss caused by the mistake, fraud, coercion, threats or unfair exploitation.

(3) In other respects the rules on damages for non-performance of a contractual obligation apply with any appropriate adaptation.

Art. II.-8:101 DCFR
(1) A contract is to be interpreted according to the common intention of the parties even if this differs from the literal meaning of the words.
(2) If one party intended the contract, or a term or expression used in it, to have a particular meaning, and at the time of the conclusion of the contract the other party was aware, or could reasonably be expected to have been aware, of the first party's intention, the contract is to be interpreted in the way intended by the first party.
(3) The contract is, however, to be interpreted according to the meaning which a reasonable person would give to it:
(a) if an intention cannot be established under the preceding paragraphs; or
(b) if the question arises with a person, not being a party to the contract or a person who by law has no better rights than such a party, who has reasonably and in good faith relied on the contract's apparent meaning.

Art. II.-9:101 DCFR
(1) The terms of a contract may be derived from the express or tacit agreement of the parties, from rules of law or from practices established between the parties or usages.
(2) Where it is necessary to provide for a matter which the parties have not foreseen or provided for, a court may imply an additional term, having regard in particular to:
(a) the nature and purpose of the contract;
(b) the circumstances in which the contract was concluded; and
(c) the requirements of good faith and fair dealing.
(3) Any term implied under paragraph (2) should, where possible, be such as to give effect to what the parties, had they provided for the matter, would probably have agreed.
(4) Paragraph (2) does not apply if the parties have deliberately left a matter unprovided for, accepting the consequences of so doing.

Art. III.-1:103 DCFR
(1) A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship.
(2) The duty may not be excluded or limited by contract or other juridical act.
(3) Breach of the duty does not give rise directly to the remedies for non-performance of an obligation but may preclude the person in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that person would otherwise have.

Art. III.-1:110 DCFR
(1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.
(2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may:
(a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or
(b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court.
(3) Paragraph (2) applies only if:
(a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred,
(b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances;
(c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and
(d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation.

Art. III.-2:106 DCFR
A debtor who entrusts performance of an obligation to another person remains responsible for performance.

Art. III.-3:102 DCFR
Remedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a creditor is not deprived of the right to damages by resorting to any other remedy.

Art. III.-3:104 DCFR
(1) A debtor's non-performance of an obligation is excused if it is due to an impediment beyond the debtor's control and if the debtor could not reasonably be expected to have avoided or overcome the impediment or its consequences.
(2) Where the obligation arose out of a contract or other juridical act, non-performance is not excused if the debtor could reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time when the obligation was incurred.
(3) Where the excusing impediment is only temporary the excuse has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental nonperformance, the creditor may treat it as such.
(4) Where the excusing impediment is permanent the obligation is extinguished. Any reciprocal obligation is also extinguished. In the case of contractual obligations any restitutionary effects of extinction are regulated by the rules in Chapter 3, Section 5, Subsection 4 (Restitution) with appropriate adaptations.
(5) The debtor has a duty to ensure that notice of the impediment and of its effect on the ability to perform reaches the creditor within a reasonable time after the debtor knew or could reasonably be expected to have known of these circumstances. The creditor is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice.

Art. III.-3:302 DCFR
(1) The creditor is entitled to enforce specific performance of an obligation other than one to pay money.
(2) Specific performance includes the remedying free of charge of a performance which is not in conformity with the terms regulating the obligation.
(3) Specific performance cannot, however, be enforced where:
(a) performance would be unlawful or impossible;
(b) performance would be unreasonably burdensome or expensive; or
(c) performance would be of such a personal character that it would be unreasonable to enforce it.
(4) The creditor loses the right to enforce specific performance if performance is not requested within a reasonable time after the creditor has become, or could reasonably be expected to have become, aware of the non-performance.
(5) The creditor cannot recover damages for loss or a stipulated payment for non-performance to the extent that the creditor has increased the loss or the amount of the payment by insisting unreasonably on specific performance in circumstances where the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense.

Art. III.-3:401 DCFR
(1) A creditor who is to perform a reciprocal obligation at the same time as, or after, the debtor performs has a right to withhold performance of the reciprocal obligation until the debtor has tendered performance or has performed.
(2) A creditor who is to perform a reciprocal obligation before the debtor performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the debtor when the debtor's performance becomes due may withhold performance of the reciprocal obligation for as long as the reasonable belief continues. However, the right to withhold performance is lost if the debtor gives an adequate assurance of due performance.
(3) A creditor who withholds performance in the situation mentioned in paragraph (2) has a duty to give notice of that fact to the debtor as soon as is reasonably practicable and is liable for any loss caused to the debtor by a breach of that duty.
(4) The performance which may be withheld under this Article is the whole or part of the performance as may be reasonable in the circumstances.

Art. III.-3:502 DCFR
(1) A creditor may terminate if the debtor's non-performance of a contractual obligation is fundamental. (2) A non-performance of a contractual obligation is fundamental if:
(a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of

conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or

(b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor's future performance cannot be relied on.

Art. III.-3:503 DCFR
(1) A creditor may terminate in a case of delay in performance of a contractual obligation which is not in itself fundamental if the creditor gives a notice fixing an additional period of time of reasonable length for performance and the debtor does not perform within that period.
(2) If the period fixed is unreasonably short, the creditor may terminate only after a reasonable period from the time of the notice.

Art. III.-3:507 DCFR
(1) A right to terminate under this Section is exercised by notice to the debtor.
(2) Where a notice under III.-3:503 (Termination after notice fixing additional time for performance) provides for automatic termination if the debtor does not perform within the period fixed by the notice, termination takes effect after that period or a reasonable length of time from the giving of notice (whichever is longer) without further notice.

Art. III.-3:508 DCFR
(1) If performance has been tendered late or a tendered performance otherwise does not conform to the contract the creditor loses the right to terminate under this Section unless notice of termination is given within a reasonable time.
(2) Where the creditor has given the debtor a period of time to cure the non-performance under III.-3:202 (Cure by debtor: general rules) the time mentioned in paragraph (1) begins to run from the expiry of that period. In other cases that time begins to run from the time when the creditor has become, or could reasonably be expected to have become, aware of the tender or the non-conformity.
(3) A creditor loses a right to terminate by notice under III.-3:503 (Termination after notice fixing additional time for performance), III.-3:504 (Termination for anticipated non-performance) or III.-3:505 (Termination for inadequate assurance of performance) unless the creditor gives notice of termination within a reasonable time after the right has arisen

Art. III.-3:509 DCFR
(1) On termination under this Section, the outstanding obligations or relevant part of the outstanding obligations of the parties under the contract come to an end.
(2) Termination does not, however, affect any provision of the contract for the settlement of disputes or other provision which is to operate even after termination.
(3) A creditor who terminates under this Section retains existing rights to damages or a stipulated payment for non-performance and in addition has the same right to damages or a stipulated payment for non-performance as the creditor would have had if there had been non-performance of the now extinguished obligations of the debtor. In relation to such extinguished obligations the creditor is not regarded as having caused or contributed to the loss merely by exercising the right to terminate.

Art. III.-3:601 DCFR:
(1) A creditor who accepts a performance not conforming to the terms regulating the obligation may reduce the price. The reduction is to be proportionate to the decrease in the value of what was received by virtue of the performance at the time it was made compared to the value of what would have been received by virtue of a conforming performance.
(2) A creditor who is entitled to reduce the price under the preceding paragraph and who has already paid a sum exceeding the reduced price may recover the excess from the debtor.
(3) A creditor who reduces the price cannot also recover damages for the loss thereby compensated but remains entitled to damages for any further loss suffered.
(4) This Article applies with appropriate adaptations to a reciprocal obligation of the creditor other than an obligation to pay a price.

Art. IV.A.-5:101 DCFR
Loss of, or damage to, the goods after the risk has passed to the buyer does not discharge the buyer from the obligation to pay the price, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller.
Art. IV.C.-3:108

(1) This Article applies if the structure is destroyed or damaged due to an event which the constructor could not have avoided or overcome and the constructor cannot be held accountable for the destruction or damage.
(2) In this Article the "relevant time" is:
(a) where the control of the structure is to be transferred to the client, the time when such control has been, or should have been, transferred in accordance with IV.C.–3:106 (Handing-over of the structure);
(b) in other cases, the time when the work has been completed and the constructor has so informed the client.
(3) When the situation mentioned in paragraph (1) has been caused by an event occurring before the relevant time and it is still possible to perform:
(a) the constructor still has to perform or, as the case may be, perform again;
(b) the client is only obliged to pay for the constructor's performance under (a);
(c) the time for performance is extended in accordance with paragraph (6) of IV.C.– 2:109 (Unilateral variation of the service contract);
(d) the rules of III.-3:104 (Excuse due to an impediment) may apply to the constructor's original performance; and
(e) the constructor is not obliged to compensate the client for losses to materials provided by the client.
(4) When the situation mentioned in paragraph (1) has been caused by an event occurring before the relevant time, and it is no longer possible to perform:
(a) the client does not have to pay for the service rendered;
(b) the rules of III.–3:104 (Excuse due to an impediment) may apply to the constructor's performance; and
(c) the constructor is not obliged to compensate the client for losses to materials provided by the client, but is obliged to return the structure or what remains of it to the client.
(5) When the situation mentioned in paragraph (1) has been caused by an event occurring after the relevant time:
(a) the constructor does not have to perform again; and
(b) the client remains obliged to pay the price.

Art. IV.C.–5:108
(1) This Article applies if the thing is destroyed or damaged due to an event which the storer could not have avoided or overcome and if the storer cannot be held accountable for the destruction or damage.
(2) If, prior to the event, the storer had notified the client that the client was required to accept the return of the thing, the client must pay the price. The price is due when the storer returns the remains of the thing, if any, or the client indicates to the storer that the client does not want those remains.
(3) If, prior to the event, the storer had not notified the client that the client was required to accept the return of the thing:
(a) if the parties had agreed that the storer would be paid for each period of time which has elapsed, the client must pay the price for each period which has elapsed before the event occurred;
(b) if further performance of the obligations under the contract is still possible for the storer, the storer is required to continue performance, without prejudice to the client's right to terminate the contractual relationship under IV.C.–2:111 (Client's right to terminate);
(c) if performance of the obligations under the contract is no longer possible for the storer the client does not have to pay for the service rendered except to the extent that the storer is entitled to a price under subparagraph (a); and the storer must return to the client the remains of the thing unless the client indicates that the client does not want those remains.
(4) If the client indicates to the storer that the client does not want the remains of the thing, the storer may dispose of the remains at the client's expense.

Analysierte Regelungen des Gandolfi-Code

Art. 2 Gandolfi-Code
1. Die Parteien können den Inhalt des Vertrages innerhalb der Grenzen des zwingenden Rechts, der guten Sitten und der öffentlichen Ordnung, wie sie im vorliegenden Gesetzbuch, im Gemeinschaftsrecht und in den Gesetzen der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union niedergelegt sind, frei bestimmen, sofern sie dadurch nicht lediglich den Zweck verfolgen, einem anderen zu schaden.

2. In den im Absatz 1 genannten Grenzen können die Parteien auch Verträge abschließen, die in diesem Gesetzbuch nicht geregelt sind, insbesondere durch Kombination verschiedener gesetzlicher Vertragstypen und der Verbindung mehrerer Rechtsgeschäfte.

Art. 5 Abs. 3 Gandolfi-Code
3. Wesentliche Vertragsbestandteile sind:
a) Die Übereinkunft der Parteien.
b) Der Inhalt.

Art. 6 Gandolfi-Code
1. Jede Partei kann frei Vertragsverhandlungen führen, ohne dass sie bei Nichtabschluss haftet, es sei denn, ihr Verhalten widerspricht Treu und Glauben.
2. Gegen Treu und Glauben handelt, wer Verhandlungen aufnimmt oder weiterführt, ohne die Absicht zu haben, einen Vertrag abzuschließen.
3. Wenn die Parteien im Verlauf der Verhandlungen bereits die wesentlichen Bestandteile des Vertrages, dessen Abschluss für möglich gehalten wird, behandelt haben, handelt diejenige Partei, die bei der anderen ein berechtigtes Vertrauen auf den Abschluss des Vertrages hervorgerufen hat, treuwidrig, wenn sie die Verhandlungen ohne rechtfertigenden Grund abbricht.
4. In den Fällen der vorangehenden Absätze muss die treuwidrig handelnde Partei den Schaden der anderen ersetzen, jedoch nicht über den Betrag hinaus, der sich aus den im Hinblick auf den Vertragsabschluss getätigten Ausgaben sowie dem durch die laufenden Vertragsverhandlungen hervorgerufenen Verlust ähnlicher Geschäftsmöglichkeiten ergibt.

Art. 7 Gandolfi-Code
1. Während der Verhandlungen hat jede Partei die Pflicht, die andere über alle tatsächlichen und rechtlichen Umstände zu informieren, von denen sie Kenntnis hat oder haben muss, soweit dies der anderen Partei ermöglichen würde, sich über die Gültigkeit des Vertrages und ihres Interesses, diesen abzuschließen, klar zu werden.
2. Bei unterlassener Information sowie bei falscher oder unvollständiger Aufklärung haftet die treuwidrig handelnde Partei nach Maßgabe des Art. 6 Abs. 4, wenn der Vertrag nicht zustande gekommen oder nichtig ist. Wenn der Vertrag geschlossen wurde, muss sie, vorbehaltlich des Rechts der anderen Partei, den Vertrag wegen Irrtums anzufechten, einen erhaltenen Betrag zurückgewähren oder den Schadensersatz leisten, den das Gericht nach billigem Ermessen bestimmt.

Art. 8 Gandolfi-Code
1. Die Parteien sind verpflichtet, mit den während der Verhandlungen erhaltenen vertraulichen Informationen zurückhaltend umzugehen.
2. Diejenige Partei, die diese Pflicht verletzt, muss den der anderen Partei entstandenen Schaden ersetzen und, wenn sie aus der vertraulichen Information einen unberechtigten Vorteil gezogen hat, die andere Partei in Höhe ihrer Bereicherung entschädigen.

Art. 25 Gandolfi-Code
Der Inhalt des Vertrages muss nützlich, möglich, erlaubt, bestimmt oder bestimmbar sein.

Art. 27 Gandolfi-Code
Der Vertragsinhalt ist möglich, wenn der Vertrag durchgeführt werden kann. Dies ist nicht der Fall, wenn objektive Umstände tatsächlicher oder rechtlicher Art die Verwirklichung des verfolgten Zwecks vollständig verhindern.

Art. 32 Gandolfi-Code
1. Neben ausdrücklichen Bestimmungen, wird Inhalt des Vertrages, was
a) von diesem Gesetzbuch, Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts und der nationalen Rechtsordnungen zwingend vorgesehen ist, selbst wenn dies die von den Parteien vereinbarten Bestimmungen ersetzt;
b) sich aus Treu und Glauben ergibt;
c) auf Grundlage früherer Geschäftsbeziehungen, von Verhandlungen, den Umständen, allgemeinen und örtlichen Gepflogenheiten als stillschweigend von den Parteien gewollt gilt;
d) notwendig ist, damit der Vertrag die von den Parteien gewollten Wirkungen entfaltet.
2. Vorbehaltlich der Formbestimmungen entfalten solche Erklärungen Wirkung zwischen den Parteien, die eine Partei der anderen während der Vertragsverhandlungen oder beim Vertragsschluss im

Hinblick auf eine rechtliche oder tatsächliche Situation oder Erwartung, im Hinblick auf die Kontrahenten, den Inhalt oder die Ziele des Vertrags abgibt, sofern sie in einer bestimmten Weise dem Vertragstext entsprechen und die Übereinkunft zwischen den Parteien bestimmt haben können. Dies gilt vorbehaltlich der Möglichkeit, sich auf die Behelfe der Art. 151 und 157 zu berufen.
3. Wenn nicht anderes vereinbart ist, wird bei internationalen/interkontinentalen Verträgen vermutet, dass die Parteien auch die für Verträge derselben Art und in demselben Gewerbezweig allgemein geltenden Handelsbräuche, von denen sie Kenntnis haben oder haben müssen, stillschweigend auf die zwischen ihnen bestehenden Geschäftsbeziehungen anwenden wollten.

Art. 39 Gandolfi-Code
[…]
3. Wenn der Vertragstext Zweifel aufkommen lässt, die sich im Rahmen seiner Gesamtbewertung nicht beheben lassen, und auch wenn sich solche Zweifel aus nach dem Vertragsschluss vorgekommenen Erklärungen oder Verhaltensweisen der Parteien ergeben, die aber in gewisser Weise mit dem Vertragstext vereinbar sind, so muss der Vertrag entsprechend der gemeinsamen Absicht der Parteien ausgelegt werden, die sich auch aus vertragsexternen, den Parteien zuzuschreibenden Umständen ergeben kann.[…]

Art. 42 Gandolfi-Code
Der Vertrag wirkt zwischen den Parteien wie ein Gesetz und zugunsten Dritter so, wie es in den Bestimmungen des vorliegenden Titels vorgesehen ist.

Art. 43 Gandolfi-Code
1. Der Vertrag kann durch Willensübereinstimmung der Parteien oder in den Fällen, die dieses Gesetzbuch oder nationale oder gemeinschaftsrechtliche Vorschriften vorsehen, geändert, neu verhandelt oder aufgehoben werden.
2. Unbeschadet der Bestimmungen von Art. 57 Abs. 2 kann das Recht, einseitig vom Vertrag zurückzutreten, einer der Vertragsparteien oder beiden durch Vereinbarung der Parteien in den Grenzen gewährt werden, die dieses Gesetzbuch oder gemeinschaftsrechtliche oder mitgliedstaatliche Bestimmungen vorsehen.

Art. 46 Gandolfi-Code
1. Mangels ausdrücklicher entgegenstehender Vereinbarung entfaltet ein Vertrag, der geschlossen wurde, um das Eigentum an einer beweglichen Sache zu übertragen oder um ein dingliches Recht an dieser Sache zu bestellen oder zu übertragen, dingliche Wirkung sowohl zwischen den Parteien wie gegenüber Dritten, und zwar vom Zeitpunkt der Übergabe der Sache an den Berechtigten, an eine von diesem mit der Entgegennahme beauftragte Person oder an eine Transportperson, die vereinbarungsgemäß die Beförderung übernommen hat.
[…]
4. In den in den vorangehenden Absätzen vorgesehenen Fällen trägt der Erwerber die Gefahr der Zerstörung oder Beschädigung von dem Zeitpunkt an, zu dem die Sache ihm selbst, der von ihm mit der Entgegennahme beauftragten Person oder der Transportperson, die nach Vereinbarung für die Beförderung sorgen muss, übergeben wurde.

Art. 75 Gandolfi-Code
1. Jede Partei muss die aus dem Vertrag entspringenden Pflichten, die ihr zugewiesen sind, genau und vollständig erfüllen, ohne dass eine Aufforderung durch den Berechtigten nötig wäre. Bei der Erfüllung der geschuldeten Leistungen muss sich der Schuldner entsprechend der Parteivereinbarung, Treu und Glauben und der Sorgfalt verhalten, die im Einzelfall gemäß der Vereinbarung, den Umständen und der ständigen Übung erforderlich ist.
2. Der Maßstab der erforderlichen Sorgfalt hängt bei der Erfüllung einer Verpflichtung im Rahmen einer beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit auch von der Natur der geschuldeten Leistung ab.
3. Sieht der Vertrag eine Handlungsverpflichtung beruflicher Art vor, so gilt diese als erfüllt, wenn der Schuldner mit der erforderlichen Sorgfalt alle Handlungen ausführt, die nötig sind, um den vorgesehenen Erfolg zu erreichen. Dies gilt nicht, wenn aufgrund der Übereinkunft, den Umständen oder der Verkehrssitte angenommen werden muss, dass Erfüllung nur dann vorliegt, wenn der Erfolg vollständig erreicht wird.
4. Die Kosten der Erfüllung und der Empfangsbescheinigung trägt der Schuldner.

Art. 89 Gandolfi-Code

Vorbehaltlich nachfolgender Bestimmungen gilt eine vertragliche Verpflichtung als nicht erfüllt, wenn eine der Vertragsparteien oder ihre Mitarbeiter oder Beauftragten sich anders als vertraglich vereinbart verhalten, oder wenn sich eine rechtliche oder tatsächliche Situation einstellt, die von derjenigen abweicht, die man als versprochen ansehen kann

Art. 92 Gandolfi-Code
Die Verpflichtung, eine bestimmte Sache zu übergeben, gilt als nicht erfüllt, wenn die Sache nicht vor Fristende in der vorgesehenen Art und Weise geliefert wird, wenn sie mit Mängeln geliefert wird oder wenn eine andere Sache geliefert wird oder wenn man sie für eine andere Sache halten kann. Dies gilt nicht, wenn

a) dem Schuldner vom Gläubiger oder vom Gericht aus berechtigten Gründen eine Fristverlängerung gewährt wird;
b) es sich um Mängel handelt, die behoben werden können und der Gläubiger eine Nachbesserung innerhalb einer angemessenen Frist auf Kosten des Schuldners akzeptiert oder das Gericht gestattet, die Nachbesserung vorzunehmen;
c) die geschuldete Sache ohne Verschulden des Schuldners verloren gegangen ist oder verschlechtert wurde oder wenn der Gläubiger die Leistung einer anderen Sache akzeptiert oder das Gericht aufgrund vernünftiger Gründe erklärt, dass die Erfüllung als eingetreten gilt;
d) der Gläubiger die Möglichkeit wählt, einen im Verhältnis zum geringeren Wert der gelieferten Sache geminderten Preis zu zahlen, dessen Höhe vom Gericht bestimmt wird, falls die Parteien sich nicht darüber einigen. Schadensersatzansprüche bleiben vorbehalten.

Art. 93 Gandolfi-Code
Die Verpflichtung, eine Menge nur ihrer Gattung nach bestimmter Sachen zu übergeben, gilt als nicht erfüllt, wenn die Sachen nicht vor Fristende in der vorgesehenen Art und Weise geliefert werden, wenn zuviel oder zuwenig geliefert wird oder wenn die Sache von geringerer oder höherer Qualität ist als geschuldet, oder falls aus einer anderen Gattung geliefert wird. Dies gilt nicht, wenn

a) dem Schuldner vom Gläubiger eine Verlängerung der Frist gewährt wird, um alle Sachen oder diejenigen, die noch nicht geliefert wurden, zu leisten, oder ihm eine solche Fristverlängerung vom Gericht aus billigen Gründen gewährt wird;
b) der Gläubiger den Überschuß zurückgibt oder ihn gegen Zahlung des vertraglich vereinbarten Preises behält;
c) der Gläubiger die zuwenig gelieferten oder in geringerer Qualität gelieferten Sachen akzeptiert, aber dafür einen geminderten Preis zahlt, dessen Höhe vom Gericht bestimmt wird, falls die Parteien sich nicht darüber einigen;
d) die geschuldeten Sachen oder ein Teil davon ohne Verschulden des Schuldners verloren gegangen sind oder verschlechtert wurden oder wenn der Gläubiger die Lieferung einer Menge anderer Sachen oder den Austausch einiger Sachen durch andere Sachen oder die Nachbesserung derjenigen Sachen, die Mängel aufweisen, akzeptiert, oder das Gericht aus billigen Gründen erklärt, dass 33 die Erfüllung infolge der (teilweisen) Lieferung anderer Sachen oder der Nachbesserung aller Sachen oder eines Teils als eingetreten gilt. Schadensersatzansprüche bleiben vorbehalten.

Art. 96 Gandolfi-Code
[…]
2. Sind die in lit. a) und b) dieses Artikels vorgesehenen Fristen abgelaufen, und liegen die Fälle der lit. c) und d) nicht vor, so befindet sich der Schuldner im Verzug. Demzufolge ist er nicht befreit und haftet gemäß Art. 162 ff. – sofern anwendbar - für daraus entstehende Schäden, selbst wenn der Verlust der geschuldeten Sache oder eine sonstige während des Verzugs eintretende Unmöglichkeit der Leistung nicht von ihm verschuldet ist, es sei denn, er beweist, dass die geschuldete Sache oder das geschuldete Werk denselben Schaden erlitten hätte, wenn sie oder es dem Gläubiger zur Verfügung gestanden hätte. In diesem letzten Fall ist er aber verpflichtet, dem Gläubiger den Betrag zu zahlen, den er vom Verantwortlichen oder von einem Versicherer aufgrund der Zerstörung oder der Entwendung der von ihm geschuldeten Sache erhält oder wegen der Nichterfüllung der Leistung erspart.

Art. 97 Gandolfi-Code
1. Selbst wenn sich der Schuldner mit der Erfüllung der geschuldeten Leistung in Verzug befindet oder wenn er die Leistung nur teilweise erbracht hat, liegt kein Fall der Nichterfüllung vor, wenn zuvor außergewöhnliche und unvorhersehbare Ereignisse eingetreten sind, die die Erfüllung übermäßig belastend haben werden lassen; dies hat zur Folge, dass der Schuldner gemäß Art. 157 eine

erneute Aushandlung des Vertrages verlangen kann. Der Schuldner muss aber dem Gläubiger seine Absicht, auf dieses Recht zurückzugreifen, vor Ablauf der für die Erfüllung vorgesehenen Frist bzw. bevor der Gläubiger ihn gemäß Art. 96 lit. a) gemahnt hat, mitteilen.
2. Wird die Leistung nach Abschluss des Vertrages aufgrund von Umständen, für die der Schuldner nicht einzustehen hat, objektiv unmöglich, liegt keine Nichterfüllung vor. Enthält der Vertrag aber ausdrücklich oder implizit ein Garantieversprechen, dass die Erfüllung möglich ist, so muss der Schuldner dem Gläubiger den durch sein Vertrauen auf die Erfüllung entstandenen Schaden ersetzen.

Art. 107 Gandolfi-Code
1. Eine Nichterfüllung ist wesentlich (soweit hier davon die Rede ist), wenn sie eine der Hauptleistungspflichten (und nicht Nebenleistungspflichten) des Vertrages betrifft, und darüber hinaus, wenn – unter Berücksichtigung der Eigenschaften der Parteien und der Art der Leistung – die Nichterfüllung für den Gläubiger einen solchen Nachteil bedeutet, dass sie ihm im Wesentlichen das vorenthält, was er auf Grund des Vertrages erwarten darf.
2. Die Nichterfüllung ist insbesondere dann wesentlich, wenn sie:
a) vollständig ist;
b) teilweise vorliegt, aber das Interesse des Gläubigers an der übrigen Leistung unter verständiger Würdigung des Falles weggefallen ist.
3. Nebenpflichten sind solche, deren Erfüllung unter Rücksicht auf das Wesen des Vertrages und des Interesses des Gläubigers von geringer Wichtigkeit ist.

Art. 108 Gandolfi-Code
1. Wenn bei gegenseitigen Verträgen eine Partei nicht erfüllt oder die Erfüllung nicht anbietet, kann der Gläubiger – unabhängig vom Umfang der Nichterfüllung – die von ihm geschuldete Leistung verweigern, wenn sie Zug um Zug oder erst später zu erbringen war, es sei denn, dass eine solche Verweigerung Treu und Glauben widerspricht.
2. Die Weigerung widerspricht Treu und Glauben,
a) wenn sie die andere Partei außerordentlich belastet,
b) wenn sie, sofern die Nichterfüllung nur unwesentlich ist, zu einem Erlöschen der Leistungspflicht des Gläubigers führt,
c) oder wenn sie ein Grundrecht einer Person verletzt.

Art 111 Gandolfi-Code
1. Von einem Schuldner, der die geschuldete Leistung noch nicht erbracht hat und gleichgültig, welcher Form die Nichterfüllung ist, kann der Gläubiger Erfüllung oder Ergänzung der bereits erbrachten Leistung verlangen, und zwar in besonderer Form, wenn dies objektiv möglich ist; der Anspruch auf Schadensersatz bleibt davon unberührt.
2. Insbesondere kann der Gläubiger bei Gericht verlangen:
a) die Lieferung einer bestimmten Sache oder einer Menge von Sachen, die nur der Gattung nach bestimmt sind und die ihm geschuldet werden, über die der Schuldner verfügt oder die bösgläubig oder durch Scheingeschäft ein Dritter erworben hat;
b) die Ermächtigung, sich nach Möglichkeit und auf Kosten des Schuldners eine bestimmte Sache oder eine Menge an nur der Gattung nach bestimmten Sachen, die ihm geschuldet werden, von Dritten zu beschaffen;
c) dass der Schuldner zur Leistung verurteilt wird, soweit dies möglich ist, oder dazu, dass er die bereits erbrachte Leistung vervollständigt; der Gläubiger kann vom Gericht auch ermächtigt werden, die Leistung selbst auszuführen oder zu vervollständigen oder sie, auf Kosten des Schuldners, von einem Dritten ausführen oder vervollständigen zu lassen;
d) dass der Schuldner dazu verurteilt wird, zu zerstören, was er unter Verletzung einer Unterlassungspflicht errichtet hat, oder dass er vom Gericht ermächtigt werde, dies persönlich zu zerstören oder von einem Dritten, auf Kosten des Schuldners, zerstören zu lassen; e) ein Urteil, durch das der Vertrag zustande kommt, zu dessen Abschluss der Schuldner sich im Wege eines Vorvertrages verpflichtet hat und den er noch nicht erfüllt hat.
3. Um den Schuldner, der noch nicht geleistet hat, zu veranlassen, der Verurteilung nachzukommen, die die Erbringung der Leistung in besonderer Form, soweit objektiv möglich, sicherstellen soll, kann das Gericht den Schuldner außerdem, falls dieser der Verurteilung nicht oder verspätet Folge leistet, zu einem Zwangsgeld verurteilen, das das dreifache des Wertes der geschuldeten Leistung nicht übersteigen darf und das zu 70 % dem Gläubiger und zu 30 % dem Staat zufließt. Ein solches Zwangsgeld kann ein fester Geldbetrag sein, der nach Anordnung des Gerichts zu verzinsen ist, oder für jeden Verzugstag ein Betrag, der in der angegebenen Weise aufgeteilt wird.

Art. 113 Gandolfi-Code
1. Der Gläubiger, der die Lieferung einer anderen, minderwertigen Sache, einer fehlerhaften Sache, oder die Lieferung einer geringeren Menge von Sachen als geschuldet oder eine andere Werkleistung als die geschuldete oder eine fehlerhafte Werkleistung annimmt, hat das Recht, nach rechtzeitiger Benachrichtigung des Schuldners einen geringeren Preis als vereinbart zu zahlen. Er kann bei Bedarf auch einen Teil des bereits gezahlten Preises zurückfordern und zwar, wenn darüber keine Einigung zustande kommt, in der vom Gericht festgesetzten Höhe.
2. Hat die angebotene oder erbrachte Leistung einen höheren Wert als die geschuldete, so ist die Regelung des Art. 101 anzuwenden.

Art. 114 Gandolfi-Code
1. Liegt eine wesentliche Nichterfüllung im Sinne des Art. 107 vor, kann der Gläubiger die Auflösung des Vertrages betreiben, indem er dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung setzt, die nicht weniger als 15 Tage betragen darf, und ihm mitteilt, dass nach fruchtlosem Ablauf der Frist der Vertrag von Rechts wegen als aufgelöst gilt.
2. Enthält der Vertrag eine Klausel, die einer Partei im Falle der Nichterfüllung einer bestimmten Leistung durch die andere Partei das Recht zur Vertragsauflösung einräumt, so gilt diese Nichterfüllung in jedem Fall als wesentlich im Sinne des Art. 107. Der Vertrag gilt in einem solchen Fall dann als aufgelöst, sobald die berechtigte Partei dem Schuldner mitteilt, dass sie sich auf die entsprechende Klausel beruft.
3. Wenn die in Abs. 1 genannte Frist verstrichen ist oder der Schuldner die in Abs. 2 genannte Mitteilung erhalten hat, kann der Gläubiger nicht mehr Leistung verlangen und er kann eine ihm angebotene Leistung zurückweisen; der Schuldner muss nicht mehr leisten. Im Übrigen kann der Gläubiger die sich aus den Art. 115 und 116 ergebenden Rechte ausüben.
4. Die Vertragsauflösung kann auch nur teilweise erfolgen, wenn der Schuldner nicht die gesamte geschuldete Leistung erbracht hat und der Gläubiger sich mit der erbrachten Leistung zufrieden gibt, indem er sich Preisminderung so vorbehält, wie es Art. 92 und 93 vorsehen.
5. Erfolgt die Nichterfüllung im Rahmen eines Vertrages über Dauerschuldverhältnisse oder ständig wiederkehrende Leistungen, so betrifft die Vertragsauflösung nicht die bereits erbrachten Leistungen.
6. Der Gläubiger kann Vertragsauflösung nicht verlangen, wenn die Nichterfüllung ausschließlich auf eine Handlung oder Unterlassung zurückzuführen ist, die er zu vertreten hat. Die Möglichkeit, die Art. 103 und 104 anzuwenden, bleibt vorbehalten. Das Recht auf Vertragsauflösung steht ihm auch dann nicht zu, wenn er bei der anderen Partei die Überzeugung hervorgerufen hat, er werde die Vertragsauflösung nicht verlangen, selbst wenn es sich um eine wesentliche Nichterfüllung handelt.

Art. 128 Gandolfi-Code
1. Der Vertrag erlischt oder wird unwirksam: a) durch Erfüllung aller Verpflichtungen, die sich aus dem Vertrag ergeben – durch tatsächliches Angebot der Leistungen oder durch schriftliche Aufforderung – in der durch Titel VII und VIII dieses Gesetzbuchs festgelegten Weise und zudem dadurch, dass für beide Parteien der von ihnen verfolgte Zweck erreicht ist;
   a) durch Eintritt der auflösenden Bedingung;
   b) durch Erreichen des Endzeitpunktes;
   c) durch Tod oder Eintritt der unerwarteten Geschäftsunfähigkeit in den vom Gesetz vorgesehen Fällen;
   d) durch Novation;
   e) durch Aufhebung für die Zukunft im gegenseitigen Einvernehmen;
   f) durch Rücktritt;
   g) durch vollständige Auflösung;
   h) durch Nichtigkeit;
   i) durch Anfechtung;
   j) durch Vertragsaufhebung wegen Übervorteilung;
   k) aufgrund aller anderen vom Gesetz vorgesehenen Gründe.
2. Das Erlöschen des Vertrages – sofern es endgültig ist – oder dessen Unwirksamkeit schließen es aus, dass die Parteien Ansprüche aus diesem Vertrag erheben können, abgesehen von Ausnahmen zugunsten anderer Vertragsbeteiligter in mehrseitigen Verträgen sowie zum Schutz Dritter; ausgenommen sind zudem die Wirkungen der Vertragsbestätigung, der Konversion, der Genehmigung oder der Ansprüche, die zur Erlangung geschuldeter Rückerstattungs- und Ausgleichsleistungen geltend gemacht werden können, sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen, die bei dem Abschluss, der Erfüllung oder der Nichterfüllung des Vertrages im Rahmen der Vertragsbeziehung oder außervertraglich begangen wurden.
3. Die aus dem Vertrag entstandenen Verpflichtungen erlöschen:

a) durch Erfüllung – oder durch tatsächliches Angebot der Leistung oder durch schriftliche Aufforderung – in der von Titel VII und VIII dieses Gesetzbuchs vorgesehenen Weise sowie durch Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner;
b) durch Novation;
c) durch Schulderlass;
d) durch stillschweigenden Verzicht;
e) durch Aufrechnung;
f) durch Konfusion;
g) wegen Verlusts oder erheblicher Verschlechterung der geschuldeten Sache oder wegen vom Schuldner nicht zu vertretender Unmöglichkeit der Leistung, soweit nicht Art. 162 etwas anderes bestimmt;
h) wegen aller anderen im Gesetz vorgesehenen Gründe.

4. Das Erlöschen der Verbindlichkeit – sofern sie endgültig ist – hindert den Gläubiger daran, die betreffenden Ansprüche geltend zu machen, es sei denn, es handelt sich um Ansprüche auf Erhalt geschuldeter Rückerstattungs- und Ausgleichsleistungen oder Ansprüche auf Schadensersatz, die bei der Erfüllung oder der Nichterfüllung der Verpflichtung entstanden sind.
5. Dieser Titel betrifft die Fälle, die von anderen Bestimmungen dieses Gesetzbuchs nicht geregelt werden, und verweist für die hier nicht vorgesehenen Fälle auf diese Bestimmungen.

Art. 137 Gandolfi-Code
1. Es besteht kein Vertrag, wenn eine Tatsache, eine Handlung, eine Erklärung oder eine Sachlage, von der die soziale Bedeutung des Vertrages abhängt, äußerlich erkennbar fehlt.
2. Insbesondere besteht kein Vertrag:
a) wenn der Empfänger eines Antrags oder einer Erklärung, die eine privatautonome Rechtshandlung darstellen soll, nicht vorhanden ist oder diesem die Rechtsfähigkeit fehlt, es sei denn, es besteht ein Substrat, aus dem das Rechtssubjekt selbst entstehen kann – wie eine Leibesfrucht oder eine Kapitalgesellschaft vor ihrer Eintragung –, und die Erklärung erfolgt in der Erwartung des Entstehens dieses Rechtssubjekts;
b) wenn der Gegenstand des Antrags oder der Erklärung, die privatautonome Rechtshandlung darstellen soll, nicht existiert;
c) wenn - abgesehen von den Bestimmungen des Art. 16 Abs. 6 und 7 – die Annahme mit dem Antrag wegen dessen mehrdeutigen Inhalts nicht übereinstimmt;
d) wenn eine Tatsache, eine Handlung, eine Erklärung oder eine Sachlage zwar besteht, aber zu unvollständig ist, als dass eine rechtliche Bedeutung in Hinblick entweder auf eine abweichende, verkürzte Vertragsvorlage oder auf den Zweck einer Erweiterung durch das Hinzutreten von anderen Bestandteilen beigemessen werden könnte.

3. Im Zweifelsfall ist die Nichtigkeit und nicht das Nichtbestehen des Vertrages anzunehmen.

Art. 140 Gandolfi-Code
1. Vorbehaltlich abweichender gesetzlicher Vorschriften ist ein Vertrag nichtig:
a) wenn er der öffentlichen Ordnung, den guten Sitten oder einer zwingenden Rechtsvorschrift zum Schutz des Gemeinwohls oder zur Aufrechterhaltung von Rechtszuständen mit grundlegender gesellschaftlicher Bedeutung zuwiderläuft;
b) wenn er gegen eine sonstige anwendbare zwingende Norm verstößt;
c) wenn einer der wesentlichen Bestandteile, die in Art. 5 Abs. 3 und 4 genannt sind, fehlt;
d) in den anderen Fällen, die in diesem Gesetzbuch sowie in den einschlägigen Bestimmungen der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten vorgesehen sind;
e) in allen Fällen, für die dieses Gesetzbuch oder ein anderes anwendbares Gesetz vorschreibt, dass ein Bestandteil erforderlich ist und bei seinem Fehlen die Nichtigkeit vorsieht oder die Gültigkeit von ihm abhängig macht oder entsprechende Bestimmungen enthält.

2. Der Abs. 1 dieses Artikels ist auch auf die Bestimmung eines Vertrages anzuwenden, wenn dieser in seinen sonstigen Teilen gemäß Art. 144 gültig bleiben kann.
3. Im Fall eines Konflikts zwischen den Vorschriften der Europäischen Union und denen ihrer Mitgliedstaaten haben die letzteren Vorrang, wenn sie sozialen Belangen des Mitgliedstaats dienen und insbesondere den grundlegenden Vorschriften der Verfassung des jeweiligen Staates entsprechen sowie auf den Prinzipien der Gleichheit, der sozialen Solidarität und des Schutzes der Persönlichkeit beruhen.
4. Bei Bestehen eines strafrechtlichen Verbots liegt Nichtigkeit vor, wenn dieses Verbot den Vertrag als solchen betrifft, d. h., wenn es in dessen Gegenstandsbereich das Verhalten der beiden Vertragsparteien unter Strafe stellt. Ist der Abschluss eines Vertrages untersagt, wenn nicht zuvor eine besondere Genehmigung zum Vertragsabschluss von einer Behörde erteilt worden ist, ist beim Fehlen dieser Voraussetzung der Vertrag nichtig.

5. Ist die Erfüllung eines gültigen Vertrages mit einer unzulässigen Tätigkeit verbunden, wird der Vertrag für die nicht an der unzulässigen Tätigkeit beteiligten Vertragspartei nicht als nichtig betrachtet. Diese Partei hat somit die Befugnis, die Erfüllung der ihr geschuldeten Leistung zu verlangen, und kann die Rechtsbehelfe ausüben, die im Fall der Nichterfüllung, der nicht ordnungsgemäßen Erfüllung oder des Verzugs vorgesehen sind.
6. Vorbehaltlich der Bestimmungen des Art. 137 Abs. 2 d) ist der Vertrag, dem einer der erforderlichen Bestandteile fehlt, nicht nichtig, sofern das Gesetz die Handhabung eines schrittweisen Abschlusses des Geschäftes zulässt und die bereits vorhandenen Bestandteile rechtlich dazu geeignet sind, weitere Bestandteile, die das Geschäft vervollständigen, hinzutreten zu lassen.

Art. 147 Gandolfi-Code
1. Die Anfechtung vernichtet den Vertrag rückwirkend, also vom Zeitpunkt seines Abschlusses an; die beiden Parteien haben wechselseitig ihre Rückgabepflichten zu erfüllen, wie es Art. 160 festlegt.
2. Die Bestimmung des vorherigen Absatzes ist nicht anwendbar, wenn die Rückgabe unmöglich ist oder die dazu verpflichtete Partei unzumutbar belasten würde. In diesem Fall vernichtet die Anfechtung den Vertrag von dem Zeitpunkt an, in dem die in Art. 148 vorgesehene Erklärung dem Empfänger zugeht; die Regelung des Art. 160 Abs. 4 ist anwendbar.
3. Die Anfechtung des Vertrages begründet zu Lasten desjenigen, der sie durch sein Verhalten veranlasst hat – in dem von Art. 162 festgelegten Sinn –, die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens, den die Gegenseite erlitten hat, in dem von Art. 6 Abs. 4 bestimmten Umfang.

Art. 157 Gandolfi-Code
1. Sind außergewöhnliche und unvorhersehbare Ereignisse gemäß Art. 97 Abs. 1 eingetreten, muss die Partei, die von der Befugnis nach dieser Vorschrift Gebrauch machen will, eine Erklärung mit den erforderlichen Angaben an die Gegenseite richten und zudem – wenn ihr Begehren nicht nichtig sein soll angeben, welche veränderten Festlegungen sie zur Erhaltung des betreffenden Vertrages vorschlägt. Auf diese Erklärung sind die Bestimmungen der Art. 21 und 36 Abs. 2 anwendbar.
2. Eine Klage kann nicht vor dem Ablauf von sechs (drei) Monaten von dem Zeitpunkt des Empfangs dieser Erklärung an erhoben werden, um den Parteien die Möglichkeit zur außergerichtlichen Klärung zu geben; bei Eilbedürftigkeit bleibt die Befugnis unbenommen, bei Gericht die Maßnahmen gemäß Art. 172 zu beantragen.
3. Wenn ein Fall gemäß Abs. 1 vorliegt, kann die Gegenseite die zur Ausübung der dort vorgesehenen Befugnis berechtigte Partei unter Setzung einer Frist von nicht weniger als sechzig Tagen auffordern, eine Erklärung darüber abzugeben, ob sie die Wiederverhandlung des Vertrages verlangen will oder nicht. Ist die Frist erfolglos verstrichen, so wird mit allen Rechtsfolgen angenommen, dass der Betreffende darauf verzichtet hat. Auf diese Aufforderung sind die Bestimmungen der Art. 21 und 36 Abs. 2 anzuwenden.
4. Wenn die Parteien vor dem Ablauf der Frist des Abs. 2 keine Einigung erzielt haben, muss der Berechtigte innerhalb einer Ausschlussfrist von sechzig darauf folgenden Tagen sein Begehren bei Gericht entsprechend den Verfahrensvorschriften, die am Ort der Vertragserfüllung anwendbar sind, vorbringen.
5. Das Gericht kann nach Abwägung der Umstände und unter Berücksichtigung der Interessen und Begehren der Parteien und gegebenenfalls unter Einholung eines Sachverständigengutachtens den Vertrag insgesamt oder dessen nicht erfüllten Teil ändern oder aufheben; es kann auch auf Rückgabe entscheiden und zu Schadensersatz verurteilen, falls dies angebracht und beantragt ist.

Art. 162 Gandolfi-Code
1. Im Fall der Nichterfüllung, der nicht ordnungsgemäßen Erfüllung oder des Verzugs hat der Schuldner die Schäden zu ersetzen, die vernünftigerweise als Folge davon betrachtet werden müssen. Vorbehaltlich der Bestimmungen des Abs. 3 dieses Artikels ist der Schuldner von seiner Haftung befreit, wenn er beweist, dass die Nichterfüllung, die nicht ordnungsgemäße Erfüllung oder der Verzug nicht seinem Verhalten zuzurechnen ist, sondern durch ein unvorhersehbares und unabwendbares äußeres Ereignis verursacht wurde.
2. Das Prinzip des vorstehenden Abs. 1 ist auf alle anderen Handlungen oder Sachverhalte anzuwenden, aus denen nach den Bestimmungen dieses Gesetzbuchs eine Haftung auf Schadenersatz hervorgeht.
3. In den Fällen des Art. 75 Abs. 3 erster Teil ist der Schuldner von seiner Haftung auf Schadensersatz befreit, wenn er nachweist, dass er die in der betreffenden Lage erforderliche Sorgfalt entsprechend dieser Vorschrift angewandt hat, und die Beweise nach Maßgabe des Art. 94 Abs. 3 erbringt. Hat der Schuldner einer beruflich geschuldeten Leistung zu deren Erbringung in einem Bereich gehandelt, in dem wissenschaftliche Erfahrung noch nicht zu gesicherten Ergebnissen geführt hat, und

haben der Geschädigte, seine Angehörigen, sein gesetzlicher Vertreter oder sein Betreuer in Kenntnis dessen zugestimmt, haftet der Schuldner nur für grob fahrlässiges Verhalten.
4. Außer in den Fällen, in denen der Schuldner vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, ist die Ersatzpflicht auf den Schaden begrenzt, für den – aufgrund des Vertragswortlauts, der Umstände, Treu und Glaubens sowie der Verkehrssitte – vernünftigerweise die stillschweigende Übernahme der Ersatzpflicht seitens einer im gewöhnlichen Maße umsichtigen Person zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu erwarten ist.
5. Sofern keine abweichende Vereinbarung getroffen ist, haftet der Schuldner gemäß Abs. 1 dieses Artikels auch, wenn er für die Vertragserfüllung Hilfskräfte oder Dritte eingesetzt hat; davon unberührt bleibt gegebenenfalls sein Rückgriffsanspruch gegen diese.
6. Mangels abweichender Vereinbarung ist im Fall der Nichterfüllung, der nicht ordnungsgemäßen Erfüllung oder des Verzugs bei einem Vertrag mit mehreren Schuldnern für den Schadenersatz so vorzugehen, wie es Art. 88 vorsieht.
7. Das Bestehen des Schadens muss bewiesen werden und sein Umfang muss festgestellt oder zumindest gemäß Art. 168 Abs. 1 bemessbar sein.

Analysierte Vorschrift des CISG

Art 25 CISG
Eine von einer Partei begangene Vertragsverletzung ist wesentlich, wenn sie für die andere Partei solchen Nachteil zur Folge hat, daß ihr im wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, es sei denn, daß die vertragsbrüchige Partei diese Folge nicht vorausgesehen hat und eine vernünftige Person der gleichen Art diese Folge unter den gleichen Umständen auch nicht vorausgesehen hätte.

Art. 79 CISG
(1) Eine Partei hat für die Nichterfüllung einer ihrer Pflichten nicht einzustehen, wenn sie beweist, daß die Nichterfüllung auf einem außerhalb ihres Einflußbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht und daß von ihr vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund bei Vertragsabschluß in Betracht zu ziehen oder den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden.
(2) Beruht die Nichterfüllung einer Partei auf der Nichterfüllung durch einen Dritten, dessen sie sich zur völligen oder teilweisen Vertragserfüllung bedient, so ist diese Partei von der Haftung nur befreit,

a. wenn sie nach Absatz 1 befreit ist und
b. wenn der Dritte selbst ebenfalls nach Absatz 1 befreit wäre, sofern Absatz 1 auf ihn Anwendung fände.

(3) Die in diesem Artikel vorgesehene Befreiung gilt für die Zeit, während der der Hinderungsgrund besteht.
(4) Die Partei, die nicht erfüllt, hat den Hinderungsgrund und seine Auswirkung auf ihre Fähigkeit zu erfüllen der anderen Partei mitzuteilen. Erhält die andere Partei die Mitteilung nicht innerhalb einer angemessenen Frist, nachdem die nicht erfüllende Partei den Hinderungsgrund kannte oder kennen mußte, so haftet diese für den aus dem Nichterhalt entstehenden Schaden.
(5) Dieser Artikel hindert die Parteien nicht, ein anderes als das Recht auszuüben, Schadenersatz nach diesem Übereinkommen zu verlangen.

Morgane CAUVIN

Geboren am 10. 4. 1993 in Brest (Frankreich)
Staatsangehörigkeiten: Schweizerisch und Französisch

AUSBILDUNG

Ab September 2019	LL.M. (International and Comparative Law), Trinity College, Dublin
Seit August 2017	Promotion bei Herr Prof. Dr. Klaus Peter Berger Thema: Das Leistungsstörungsrecht des französischen Code civil nach der Vertragsrechtsreform 2016 Eine rechtsvergleichende Analyse unter Einbeziehung des BGB, der UPICC, der PECL, des DCFR und des Gandolfi-Code
September 2017	Teilnahme an der Cologne Academy on International Commercial Arbitration, Köln
Mai 2017	Erstes Staatsexamen Ergebnis des staatlichen Teils: 10,4 (*vollbefriedigend*) Gesamtnote: 10,95 (*vollbefriedigend*)
August 2015 – Oktober 2016	Vorbereitung zum ersten Staatsexamen, Universität zu Köln
Oktober 2011 – Mai 2015	Deutsch-Französischer Masterstudiengang (DFM), Universitäten Köln und Paris 1 Panthéon-Sorbonne Gesamtnote: 12,24 (*gut*) CUSL (Zusatzausbildung im US-Recht an der Universität zu Köln) DULA (Zusatzausbildung im britischen Recht an der Universität Paris 1 Panthéon-Sorbonne)
Juni 2011	Wissenschaftliches Abitur, Brest (Frankreich). Abschluss mit *mention très bien*
September 2010 – Juni 2011	Zusätzliche Kurse in Geschichte, Philosophie und Politik zur Vorbereitung auf die IEP Sciences Politiques, Brest (Frankreich)

ARBEITSERFAHRUNG, MOOT COURT, PRAKTIKA

September 2017 – Juli 2019	Wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Abteilung Capital Markets and Banking, Luther, Köln

Februar 2016 – März 2016	Praktikum bei dem Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben, Köln
Oktober 2015 – Oktober 2017	Studentische Hilfskraft, Institut für Internationales Privatrecht und Bankrecht, Herr Prof. Dr. Klaus Peter Berger, Universität zu Köln
August 2015	Zweiwöchiges Praktikum bei der Anwaltskanzlei Gide in London (Vereinigtes Königreich)
März 2015	Gewinnerin des Mootcourts „Oxford French Law Trial Competition“ in Oxford (Vereinigtes Königreich)
Juli 2014	Freiwillige Arbeit in einer Jugendherberge in Tralee (Irland)
Mai – Juni 2014	Praktikum bei der Jugendstaatsanwaltschaft in Bern (Schweiz)
September 2012 – Juli 2013	Kellnerin bei der A&B Events GmbH, Köln, Düsseldorf
August – September 2012	Praktikum bei der Anwaltskanzlei Schumacher und Partner, Düsseldorf
September 2011 – September 2012	Nachhilfeunterricht in Französisch, Köln
Juli 2011	Kinderbetreuerin beim Verein GPAS in Brest (Frankreich)
Februar 2008	Praktikum beim Radiosender Virgin Radio in Brest (Frankreich)
Dezember 2002 – Juli 2003	Auslandsaufenthalt in Dundas, Ontario (Kanada)

SONSTIGES

Mitglied der Deutsch-Französischen Juristenvereinigung JDFR

Mitglied der Hochschulgruppe UNICEF

Kinderbetreuungsdiplom (B.A.F.A.) (Brest)

Führerschein

Sprachen	Französisch und Schweizerdeutsch (Muttersprachen)
	Deutsch (fließend)
	Englisch (fließend, IELTS mit 8 Punkten (*very good user*), Februar 2019)
	Spanisch (Grundkenntnisse)
Sport, Hobbies	Laufen, Schwimmen, Klavier
Computerkenntnisse	Microsoft Office (Word, Excel, Powerpoint)