

Schriften zum Internationalen Recht

Band 66

Notice und Reasonableness

**Instrumente der Vertragskontrolle im
Common Law des 19. und 20. Jahrhunderts**

Von

Heiner Karl Will



Duncker & Humblot · Berlin

HEINER KARL WILL

Notice und Reasonableness

Schriften zum Internationalen Recht

Band 66

Notice und Reasonableness

Instrumente der Vertragskontrolle im
Common Law des 19. und 20. Jahrhunderts

Von

Heiner Karl Will



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Will, Heiner Karl:

Notice und Reasonableness : Instrumente der Vertragskontrolle
im Common Law des 19. und 20. Jahrhunderts / von Heiner
Karl Will. – Berlin : Duncker und Humblot, 1994

(Schriften zum Internationalen Recht ; Bd. 66)

Zugl.: Marburg, Univ., Diss., 1992

ISBN 3-428-08037-8

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1994 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7646

ISBN 3-428-08037-8

*Meiner Frau und
meinen Eltern gewidmet*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit, die im Sommersemester 1992 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg als Dissertation angenommen wurde, entstand während und nach meiner Assistentenzeit im Institut für Rechtsvergleichung, anglo-amerikanische Abteilung, der Philipps-Universität.

Der Direktor des Instituts, mein sehr verehrter Lehrer Herr Professor Dr. Dr. h. c. Hans G. Leser, hat mein Interesse für die Rechtsvergleichung geweckt und diese Arbeit ermöglicht. Ich möchte ihm dafür, ebenso wie für seine immerwährende, verständnisvolle Unterstützung auf dem Weg zur Fertigstellung, an dieser Stelle herzlich danken.

Poitiers, im November 1993

Heiner Karl Will

Inhaltsverzeichnis

Einleitung und Gegenstand der Untersuchung	19
---	-----------

Kapitel 1

Die Vertragsfreiheitsdoktrin des 19. Jahrhunderts als *Maxime* richterlicher *public policy* im common law

I. Sanctity of contracts als historischer Ausgangspunkt	27
II. Die Grundlagen des sanctity-Prinzips - Vom Status zum Vertrag	30
III. Die Entfernung der Vertragspraxis von den Voraussetzungen der sanctity-Doktrin	34
IV. Die einseitige Begünstigung der wirtschaftlich stärkeren Vertragspartei durch die sanctity-Doktrin am Beispiel der Vertragsklauselpraxis der Eisenbahngesellschaften	36
1. Vertragliches Gestaltungsmonopol infolge wirtschaftlicher Macht	36
2. Gefährdung der individuellen Vertragsfreiheit durch die Haltung der Gerichte .	38
V. Die Anpassungsbedürftigkeit der Vertragsfreiheitsmaxime	39
1. Unterstützung des Kräftespiels der Parteien	39
2. Die starre Haltung des common law	42
VI. Initiative der Gesetzgebung: Railway and Canal Traffic Act 1854	44
VII. Die Reaktion der Rechtsprechung auf section 7 Railway and Canal Traffic Act 1854	47
1. Handhabung im Anwendungsbereich der s. 7 Ry. and Canal Traffic Act 1854 .	48
2. Reasonableness-Erwägungen als Gültigkeitsgrenze außerhalb des gesetzlichen Anwendungsbereichs	53
a) Restriktive Handhabung des Anwendungsbereichs	53
b) Stellungnahmen einzelner Richter zur außergesetzlichen reasonableness	55
aa) Byles J. in VAN TOLL v. S. E. RY. CO.	55
bb) Lord Bramwell in PARKER v. S. E. RY.CO.	57
cc) Beurteilungen in der nachfolgenden Rechtsprechung	59
dd) Versteckter Vertrauensschutzgedanke bei Bramwell?	61
VIII. Reasonableness als Maßstab positiver Inhaltsbestimmung	62

1. Das Beispiel der implied terms	62
2. Das Beispiel der Auslegung	67
IX. Das Bedürfnis nach einer anerkannten schuldrechtlichen Operationsbasis für ein reasonableness-Prinzip	68
1. Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit	68
2. Die ablehnende Haltung des common law gegenüber abstrakten Rechtssätzen nach kontinentalem Muster	70

Kapitel 2

Reasonable sufficiency of notice als Fairneß-Standard des common law bei der vertraglichen Einbeziehung von Freizeichnungsklauseln

I. Ticket cases: Frühe Fallbeispiele für die Berücksichtigung ungleicher Verhandlungsmacht bei der vertraglichen Einbeziehung	74
1. Abkehr vom traditionellen Bild der Vertragschlußprozedur	74
2. Interessengerechte Einbeziehungsregeln als notwendiger Bestandteil des privatrechtlichen Kontrollinstrumentariums	76
a) Die Lösung des deutschen AGBG als moderner Ansatz	76
b) Unfair Contract Terms Act 1977 und Einbeziehung	79
c) Agreement als Voraussetzung für die vertragliche Einbeziehung	81
3. Die Lösung des 19. Jahrhunderts: Anforderungen an den Hinweis auf Geltung und Inhalt vorformulierter Haftungsklauseln am Beispiel dreier Entscheidungen	84
a) Der konsumentenrechtliche Einschlag der Fallgruppe	84
b) VAN TOLL v. S. E. RY. CO.	85
c) HENDERSON AND OTHERS v. STEVENSON: Verbesserter Schutz durch gesonderten Hinweis des Verwenders	90
d) PARKER v. S. E. RY. CO.: Reasonable sufficiency of notice	96
e) Die Ausgangsbasis nach PARKER v. S. E. RY. CO.	100
II. Die unzulängliche Ausnutzung der fortschrittlichen Einbeziehungsregeln nach PARKER v. S. E. RY. CO.	103
1. Signed documents: "Caveat subscriptor"	104
2. Parallele zum unterschriebenen Vertrag: "Caveat qui accipit"	107
a) Verbraucherfreundlichere Ansätze	107
b) Übergabe vertragserheblicher Dokumente als Angebot	109
aa) Die Berücksichtigung von Vorkenntnissen	109
bb) Kritik der zugrundeliegenden Vertragschlußkonstruktion	113

III. Gezielter Einbeziehungsschutz durch Aufwertung der traditionellen Vertragschluß- elemente	117
1. CHAPELTON v. BARRY U.D.C.	117
2. OLLEY v. MARLBOROUGH COURT HOTEL LTD.	119
3. McCUTCHEON v. DAVID MACBRAYNE LTD.	120
4. COCKERTON v. NAVIERA AZNAR und THE "EAGLE"	122
IV. Zwischenresümee	126

Kapitel 3

**Ansätze zur Anerkennung der reasonableness als eigenes
Kriterium des common law in Parallele zum neueren Gesetzesrecht**

I. Neue gesetzliche Kontrollinstrumente im Vertragsrecht	129
1. Der Parlamentsgesetzgeber als Träger der law reform	129
2. Spezialgesetzliche Ergänzung statt Reform der Prinzipien	130
3. Die Stellung des UCTA im Überblick	133
4. Das Kontrollinstrumentarium des UCTA	136
a) Sachlich-personaler Geltungsbereich	136
aa) Business liability	136
bb) Dealing as consumer	136
b) Instrumente der Inhaltskontrolle	137
aa) Absolut ungültige Klauseln	137
bb) Der reasonableness-Vorbehalt	139
(a) Anwendungsbereich	139
(b) Anwendungskriterien	141
c) Die Haltung der Rechtsprechung zum UCTA	143
II. Inequality of bargaining power als selbständiges Kontrollinstrument der Rechtspre- chung des House of Lords	146
1. Das Fallrecht als geschlossenes System	146
2. Der Ansatz in A.SCHROEDER MUSIC PUBLISHING CO. LTD. v. MAC- AULAY	148
3. Vergleichbare Überlegungen bei Lord Denning	150
4. Zurückdrängung des Ansatzes durch das House of Lords	151
III. Reasonableness als eigenständiges Instrument des common law in der Rechtspre- chung Lord Dennings	153
1. Der angestrebte Gleichklang mit dem statute law	153

Abkürzungsverzeichnis

aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AbzG	Abzahlungsgesetz
A.C.	Appeal Cases
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
All ER	All England Reports
All ER Rep.	All England Reports Reprint
App. Cas.	Appeal Cases (siehe auch: Law Reports)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Australian L.J.	Australian Law Journal
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
B.	Baron (nachgestellt)
B. & Ald.	Barnewall & Alderson's Reports, King's Bench (1817 - 1822)
B. & C.	Barnewall and Creswell's Reports, King's Bench (1822-1830)
Bd.; Bde.	Band; Bände
Beil.	Beilage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bing.	Bingham's Reports, Common Pleas, (1822-1837)
B. & S.	Best and Smith's Reports, Queen's Bench, 1861-1870
Bus.Law.Rev.	Business Law Review
c.	chapter
C.A.	Court of Appeal
Camp.	Campbell's Reports, Nisi Prius (1807-1816)

Can. Bar Rev.	Canadian Bar Review
C.B	Chief Baron (nachgestellt)
C.B.	Common Bench (1845-1856)
C.B.(N.S.)	Common Bench, New Series (1856-1865)
Ch.	Chancery Division; in Literaturzitat: Chapter
Ch.App.	Chancery Appeal Cases (1865-1875)
Ch.D.	Law Reports (Second Series) Chancery Division
Civ. 3 ^e	Cour de Cassation, troisième chambre civile
C.J.	Chief Justice (nachgestellt)
C. & J.	Crompton & Jervis (1830 - 1832)
C.L.J.	Cambridge Law Journal
C.L.P.	Current Legal Problems
cmd.	command
C.P.D.	Common Pleas Division (siehe auch: Law Reports)
Co.	Company
Com.Cas.	Commercial Cases
Conv.	Conveyancer and Property Lawyer
Co.Rep.	Coke's Reports (1572-1616)
C.P.D.	Common Pleas Division
D.	Dalloz
d.	pence
Diss.	juristische Dissertation
East	East's Reports, King's Bench (1800-1812).
E. & B.	Ellis & Blackburn (1851-1858)
ed.	edition
E.G.	Estates Gazette
Eq.	Equity
E.R.	English Reports
Ex.	Exchequer Reports (1847-1856)
Ex.Ch.	Exchequer Chamber
Ex. D.	Law Reports (Second Series) Exchequer Division (1875-1880)
f.; ff.	folgende(r); fortfolgende
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review

HaustürWG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften
H. & C.	Hurlstone & Coltman's Reports, Exchequer (1862-1866)
H.L.	House of Lords
H.L.Cas.	House of Lords Cases (1847-1866)
H.L.Deb.	House of Lords Debates
H. & N.	Hurlstone and Norman's Reports, Exchequer (1856-1862)
Hrsg.; hrsg.	Herausgeber; herausgegeben
ibid.	ibidem
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
J.	Justice (nachgestellt), sonst: Journal
J.B.L.	Journal of Business Law
JJ.	Justices (nachgestellt)
J.S.P.T.L.	Journal of the Society of Public Teachers in Law
Jur.N.S.	Jurist Reports, New Series (1855-1866)
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K.B.	King's Bench
K.B.D.	King's Bench Division
Law Com.	Law Commission
L.C.	Lord Chancellor (nachgestellt)
lit.	Buchstabe
L.J./L.JJ.	Lord Justice/Justices of Appeal (nachgestellt)
L.J.Ch.	Law Journal Reports, Chancery (1831-1949)
L.J.C.P.	Law Journal Reports, Common Pleas (1831-1949)
L.J.Ex.	Law Journal Reports, Exchequer (1831-1875)
L.J.K.B.	Law Journal Reports, King's Bench (1831-1949)
Ll.L.Rep.	Lloyd's List Law Reports (1919-1950)
Lloyd's Rep.	Lloyd's List Law Reports (1951-...)
L.Q.R.	Law Quarterly Review
L.R. App. Cas.	Law Reports (Second Series) Appeal Cases (1875-1890)
L.R. C.P.	Law Reports (First Series) Common Pleas Cases (1865-1875)
L.R. Ex.	Law Reports (First Series) Exchequer Cases (1865-1875)

L.R. H.L.	Law Reports (First Series) English and Irish Appeals (1866-1875)
L.R. Q.B.	Law Reports (First Series) Queen's Bench (1865-1875)
L.S.Gaz.	Law Society's Gazette
L.T.	Law Times Reports (1936-1947)
Ltd.	Limited
M.L.R.	Modern Law Review
M.R.	Master of the Rolls (nachgestellt)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N.	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW - Rechtsprechungsreport
N.L.J.	New Law Journal
P.	Law Reports, Probate, Divorce and Admiralty Division (1890- ...)
p.; pp.	pagina; paginae
paras.	paragraphs
P.D.	Probate Division
Q.B.	Queen's Bench
Q.B.D.	Queen's Bench Division
Q.C.	Queen's Counsel
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
RIW/AWD	Recht der internationalen Wirtschaft/Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
R.S.O.	Revised Statutes of Ontario
Ry.	Railway
Rz.	Randziffer
S.	Satz
s., ss.	section, sections
S.A.	Société Anonyme

Sol.Jo.	Solicitors Journal
Swans.App.	Swanston Appeal Cases
T.L.R.	Times Law Reports (1884-1952)
U.C.C.	Uniform Commercial Code
UCTA	Unfair Contract Terms Act
U. of Toronto L.J.	University of Toronto Law Journal
v.	versus
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
W.L.R.	Weekly Law Reports (1953-)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht

Einleitung und Gegenstand der Untersuchung

" ..there is vigilance of the common law which, while allowing freedom of contract, watches to see that it is not abused ".¹

Mit diesem Bild von der "Wachsamkeit" des common law hat Lord Denning im Jahre 1949 seine über viele Jahre beibehaltene Haltung in einer Frage charakterisiert, der sich das moderne englische common law ebenso wie zahlreiche andere Privatrechtsordnungen vor dem Hintergrund der Entwicklungen des Rechtslebens seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert ausgesetzt sah: Gemeint ist das grundlegende Spannungsfeld zwischen der wünschenswerten Bewahrung größtmöglicher Privatautonomie im Vertragsrecht und der Notwendigkeit, auch den Vertragsfreiheitsgrundsatz gegebenenfalls an übergeordneten Maximen zu überprüfen und ihn in sachgerechter Weise den Erfordernissen einer sich wandelnden Rechtswirklichkeit anzupassen. Es handelt sich dabei im Grunde genommen um die vertragsrechtliche Variante einer der Kernfragen jeder Rechtsordnung, nämlich in welchem Ausmaße die rechtliche Betätigungsfreiheit des Einzelnen zurücktreten muß, soweit es die Schutzbedürftigkeit Schwächerer im weiteren Sinne gebietet. Auf der vertragsrechtlichen Ebene stellt sich dabei die Frage, in welchen Grenzen die einseitige Ausnutzung der vertragsrechtlichen Instrumente zum Nachteil des anderen Vertragspartners geduldet werden darf. Daran knüpft sich die Frage nach den Mitteln zur Regulierung derartiger Ungleichgewichtigkeiten im Vertragsverhältnis, also nach dem rechtlichen Regelungsinstrumentarium, an.

Dieser Problembereich hat zahlreiche Facetten; bezeichnenderweise betrifft das eingangs angeführte dictum Lord Dennings jedoch speziell die Frage der vertraglichen Haftungsfreizeichnung durch vorformulierte Vertragsklauseln. Wohl auf keinem Teilgebiet des Vertragsrechts ist die Problematik der einseitigen Ausnutzung der Vertragsfreiheit nachhaltiger in Erscheinung getreten als in diesem Bereich, mit dem sich das common law schon Mitte des vorigen

¹ JOHN LEE & SON (GRANTHAM) LTD. v. RAILWAY EXECUTIVE [1949] 2 All ER 581, 584.

Jahrhunderts eingehend zu beschäftigen hatte. An den Lösungswegen, die die Richterpersönlichkeiten jener Epoche eingeschlagen haben, hat das common law bis in die heutige Zeit festgehalten. Dies ist insofern nachvollziehbar, als das 19. Jahrhundert zu den kreativsten Epochen des common law überhaupt gehört und die meisten, noch heute verbindlichen Prinzipien und Instrumente des common law-Vertragsrechts festgeschrieben hat: Im Gegensatz zum deutschen Privatrecht mit seinem durch das Inkrafttreten des BGB verkörperten Einschnitt ist jene Kontinuität bis weit in die zweite Hälfte unseres Jahrhunderts hinein nicht grundlegend unterbrochen worden.

Zu den im 19. Jahrhundert fest vorgegebenen Marschrichtungen gehört eine sehr weitreichende Vertragsfreiheitsdoktrin, die den richterlichen Eingriff in einen zwischen freiverantwortlich agierenden Bürgern ausgehandelten Vertragsinhalt grundsätzlich ausschloß. Für das 19. Jahrhundert verkörperte die Vertragsfreiheitsmaxime einen wichtigen Fortschritt bei der Gewährleistung der privatrechtlichen Willensbetätigung, gewährleistete sie doch die seinerzeit besonders betonten Ziele der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit im Vertragsrecht.

Die darin zum Ausdruck kommende vertragsrechtliche Umsetzung der liberalistischen Laissez-faire-Haltung des vorigen Jahrhunderts hat das englische common-law-Vertragsrecht bis in die heutigen Tage hinein nachhaltig geprägt und dessen Fähigkeit zur Evolution in einigen Sparten, so auch bei der inhaltlichen Beurteilung vertraglicher Haftungsvereinbarungen, empfindlich beeinträchtigt: Den Versuchen, unfair oder unangemessen erscheinenden vertraglichen Haftungsvereinbarungen, insbesondere solchen in allgemeinen Geschäftsbedingungen, mit einer Inhaltskontrolle auf der Basis des common law zu begegnen, hat sich das orthodoxe common law, regelmäßig verkörpert von der Rechtsprechung des House of Lords, ausdrücklich entgegengestellt.

Dies hat zu dem paradox anmutenden Ergebnis geführt, daß das common law dem Mißbrauch oder der Ausnutzung der Vertragsfreiheit durch einen Vertragspartner zum Nachteil des anderen, also einer der Idee einer der Vertragsfreiheit für alle Beteiligten zuwider laufenden Entwicklung, zumindest auf dem Feld der vertraglichen Haftungsklauseln nicht mit der Heranbildung geeigneter Regelungsprinzipien begegnen konnte. Ein maßgeblicher Grund dafür liegt in dem Umstand, daß die traditionsverhafteten Richter diese Kehrseite der Vertragsfreiheitsdoktrin, also deren Mißbrauch, als Phänomen zwar erkannt hatten, gleichwohl aber als der Doktrin wesensimmanent begriffen

und daher wenig Anlaß sahen, mit Mitteln der Rechtsprechung regulierend einzugreifen.² Vielmehr vertraute man weiterhin auf eine zum Teil extensive Handhabung der ebenfalls bereits im 19. Jahrhundert gefundenen Sonderregeln für die vertragliche Einbeziehung und Auslegung von Freizeichnungsklauseln, die im Ergebnis nicht selten für eine verdeckte Inhaltskontrolle erhalten mußten.

Selbst als sich das House of Lords im Jahre 1966 offen zur Notwendigkeit neuer Kontrollinstrumente für die verschiedenen Formen der vertraglichen Haftungsfreizeichnung bekannte, sah Lord Reid keine Möglichkeit, den für das common law verbindlichen Vertragsfreiheitsgrundsatz auf breiter Front zu überwinden: Das common law biete keine hinreichende Grundlage für ein Instrumentarium zur offenen Kontrolle von Haftungsfreizeichnungen auf deren Fairneß oder Mißbräuchlichkeit, selbst wenn jene Bestandteil eines vorformulierten Vertrags seien, auf dessen Inhaltsgestaltung der Vertragspartner des Verwenders keinen Einfluß gehabt habe. Nach Lord Reids Auffassung konnte eine solche Aufgabe allein vom Parlamentsgesetzgeber gelöst werden.³

Der Ruf Lord Reids nach dem Gesetzgeber erscheint umso bemerkenswerter, als Reid selbst dem Wert der parlamentarischen Gesetzgebung ansonsten offensichtlich eher mit Mißtrauen begegnete, wie sein folgender Vergleich aus dem Jahre 1971 zeigt:

"I am tempted to take as an analogy the difference between old-fashioned, hand-made, expensive, quality goods and the brash products of modern technology. If you think in months, want an instant solution for your problems and don't mind that it won't wear well, then go for legislation. If you think in decades, prefer orderly growth and believe in the old proverb more haste less speed, then stick to the common law."⁴

Das nicht nur von Lord Reid erwünschte Gesetz ist schließlich, nahezu zeitgleich mit dem deutschen AGB-Gesetz, in Gestalt des Unfair Contract Terms Act 1977 Realität geworden.⁵ Der UCTA hat die bereits zuvor vom Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973⁶ zunächst in das Warenkaufrecht

² So das spätere Mitglied des House of Lords Lord *Devlin* in (1956) 9 C.L.P. 1, 10.

³ *SUISSE ATLANTIQUE SOCIETE D'ARMEMENT MARITIME S.A. v. N.V. ROTTERDAMSCHKE KOLEN CENTRALE* [1967] 1 A.C. 361, 406.

⁴ (1972) 12 J.S.P.T.L. 22, 28.

⁵ c.50, in Kraft getreten am 1. Februar 1978; im weiteren Text "UCTA".

⁶ c.13.