

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 227

Implied terms und Treu und Glauben

Vertragsergänzung im englischen Recht
in rechtsvergleichender Perspektive

Von

Wolfgang Grobecker



Duncker & Humblot · Berlin

WOLFGANG GROBECKER

Implied terms und Treu und Glauben

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 227

Implied terms und Treu und Glauben

Vertragsergänzung im englischen Recht
in rechtsvergleichender Perspektive

Von

Wolfgang Grobecker



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Grobecker, Wolfgang:
Implied terms und Treu und Glauben : Vertragsergänzung
im englischen Recht in rechtsvergleichender Perspektive / von
Wolfgang Grobecker. – Berlin : Duncker und Humblot, 1999
(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 227)
Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 1998/99
ISBN 3-428-09856-0

Alle Rechte vorbehalten
© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 3-428-09856-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Vorwort

Die vorliegende Abhandlung wurde im WS 1998/99 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation angenommen.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Reinhard Zimmermann, LL.D., LL.D. h.c., danke ich sehr herzlich für seine stete Gesprächsbereitschaft und die weitere Förderung, die ich von ihm erfahren habe. Herrn Prof. Dr. Dott. h.c. Dieter Henrich gilt mein Dank für die Übernahme des Zweitgutachtens.

Die Anfertigung der Arbeit wurde durch ein Promotionsstipendium der Studienstiftung des Deutschen Volkes erleichtert, der gleichfalls mein herzlicher Dank gilt.

Besonders möchte ich mich bei meiner Verlobten Manon für ihre uneingeschränkte Unterstützung, nicht nur während der Zeit der Erstellung der Dissertation, bedanken sowie bei meinem Vater für seine finanzielle Hilfe während meiner gesamten Ausbildung.

Cambridge, im Juni 1999

Wolfgang Grobecker

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	21
I. Europäische Privatrechtsvereinheitlichung unter Einbeziehung des common law.....	21
II. Implied terms in Darstellungen des englischen Vertragsrechts	25
1. Englische Rechtsprechung und Literatur.....	25
2. Rechtsvergleichende Untersuchungen.....	28
III. Der Zusammenhang zwischen implied terms und einem Prinzip von Treu und Glauben	29
1. Fehlen eines overriding principle of good faith im englischen Vertragsrecht	29
2. Untersuchungsgegenstand und Vorgehensweise.....	34
3. Erkenntnis des Funktionszusammenhangs und terminologische Abgrenzung.....	37
IV. Die Bedeutung des Begriffs „good faith“ im englischen Vertragsrecht..	38
V. Historische Entwicklung von good faith im englischen Vertragsrecht...	41
1. Treu und Glauben als Bestandteil des römischen Rechts	41
2. Good faith und conscience im frühen common law	42
3. Good faith in der Rechtsprechung des Court of Chancery	43
4. Die Bedeutung von good faith im englischen Vertragsrecht ab dem 18. Jahrhundert.....	45
5. Contracts uberrimae fidei	46
6. Good faith in der Entwicklung des modernen englischen Vertrags- rechts	47
VI. Der Maßstab der reasonableness.....	52
1. Reasonableness, Rechtsvernunft und Treu und Glauben.....	53
2. Reasonableness im Unfair Contract Terms Act 1977.....	55
3. Reasonableness und good faith	58
B. Der systematische Standort der implied terms of contract	61

I.	Implied terms in Abgrenzung zu express terms und zur purposive interpretation.....	61
1.	Zweckorientierte Vertragsauslegung im Sinne von Treu und Glauben.....	61
2.	Abgrenzungsprobleme.....	65
II.	Rechtsfolgen der Verletzung von implied terms.....	67
III.	Allgemeine Voraussetzungen der implication of terms	67
1.	Fehlen einer abschließenden vertraglichen Regelung	68
2.	Vorrang der express terms vor implied terms.....	69
3.	Eindeutige Formulierung des implied terms.....	70
C.	Kategorisierung der implied terms.....	73
I.	Historisch-dogmatische Grundlagen.....	74
II.	Die Entwicklung im Bereich der Kategorisierung der implied terms – vom einheitlichen Begriff der implication zur Differenzierung in implication in fact und implication in law	76
1.	The Moorcock	81
2.	Die Fortsetzung der Moorcock-Rechtsprechung	85
3.	Einteilung durch Glanville Williams.....	89
4.	Die höchstrichterliche Anerkennung einer Differenzierung: Luxor (Eastbourne) Ltd. v. Cooper.....	90
5.	Einteilung in der weiteren Rechtsprechung des House of Lords: Lister v. Romford Ice and Cold Storage und Liverpool City Council v. Irwin.....	91
6.	Sally v. Southern Health and Social Services Board	94
III.	Untergruppen im Bereich der implication in fact	96
1.	Gemeinsamer hypothetischer Parteiwille, officious bystander Test und business-efficacy Test	96
2.	Rechtsnatur der Ergänzung auf Grundlage der business efficacy.....	103
3.	Verhältnis von officious bystander und business-efficacy Test	106
IV.	Der Vorrang des Parteiwillens und das Verhältnis der implication in fact zur implication in law	110
V.	Terms implied by custom or usage	112
1.	Custom und usage als Äquivalente der „Verkehrssitte“	112
2.	Voraussetzungen einer implication by custom or usage.....	113

VI. Zwischenergebnis	116
D. Terms implied in fact und ihr Beitrag zur Verwirklichung von Treu und Glauben	117
I. Officious bystander Test	118
1. Der officious bystander Test als Methode der parteiautonomen Vertragsergänzung.....	118
2. Objektivierungstendenzen	123
3. Zwischenergebnis.....	128
II. Business-efficacy Test	129
1. Logisch-notwendige Vertragsergänzung.....	129
2. Weitergehende Bedeutung des business-efficacy Tests.....	130
3. Zwischenergebnis.....	140
E. Terms implied in law und ihr Beitrag zur Verwirklichung von Treu und Glauben	143
I. Unterscheidung in implication by statutes und implication by courts	143
II. Prüfungsmaßstab bei der implication in law: reasonableness oder necessity?.....	144
1. Implication by statutes.....	145
2. Implication in law by courts.....	146
III. Die Entscheidung des House of Lords in Liverpool City Council v. Irwin....	147
IV. Die Entwicklung nach Liverpool City Council v. Irwin.....	149
1. Bekräftigung des necessity Tests.....	149
2. Der business-efficacy Test im Rahmen der implication in law	150
3. Neue Tendenz: reasonableness als Grundlage der implication in law	152
V. Zwischenergebnis: Implication in fact, implication in law und die Verwirklichung von Treu und Glauben.....	156
VI. Exkurs: Lord Dennings Konzept einer implication auf Grundlage der reasonableness	157
F. Ergänzende Vertragsauslegung und Vertragsergänzung im deutschen Recht und der Einfluß von Treu und Glauben bei der Vertragsabwicklung	165

I.	Die Regeln der ergänzenden Vertragsauslegung und das System der §§ 157 und 242 BGB.....	165
II.	Systematisierung im Bereich der heteronomen Vertragsergänzung.....	167
III.	Treu und Glauben bei der Vertragsabwicklung.....	169
1.	Konkretisierung der Hauptleistungspflicht.....	169
2.	Aufklärungs- und Mitteilungspflichten.....	173
3.	Leistungstreue- und Leistungssicherungspflichten.....	176
4.	Mitwirkungspflichten.....	178
5.	Schutzpflichten.....	181
IV.	Zusammenfassung.....	184
G.	Terms implied in law in wichtigen Vertragstypen.....	186
I.	Das Recht des Warenkaufs.....	186
1.	Implied terms im Sale of Goods Act 1979.....	186
2.	Historische Entwicklung der implied terms im Warenkaufvertragsrecht.....	190
II.	Implied terms und Treu und Glauben im allgemeinen Kaufvertragsrecht.....	197
1.	Konkretisierung der Hauptleistungspflicht.....	197
2.	Aufklärungs- und Mitteilungspflichten.....	202
3.	Leistungstreue- und Leistungssicherungspflichten.....	204
4.	Mitwirkungspflichten.....	209
5.	Schutzpflichten.....	214
III.	Zwischenergebnis.....	217
IV.	Landlord und Tenant.....	217
1.	Besonderheiten des englischen Grundstücksmietrechts.....	217
2.	Konkretisierung der Hauptleistungspflicht und Leistungssicherungspflichten.....	220
a)	Implied covenant for title und implied covenant for quiet enjoyment.....	220
b)	Implied terms hinsichtlich Instandhaltung und Reparatur von Wohnraum.....	222
aa)	Vermieterpflichten.....	222
bb)	Mieterpflichten.....	225

c) Implied obligation not to derogate from the grant.....	226
3. Mitwirkungspflichten und Schutzpflichten	228
4. Zwischenergebnis.....	231
V. Employment.....	231
1. Konkretisierung der Hauptleistungspflichten	234
a) Arbeitnehmerpflichten.....	234
b) Arbeitgeberpflichten.....	237
c) Kündigungsrecht und Kündigungsschutz.....	240
d) Rechte und Pflichten während eines Arbeitskampfes.....	245
e) Einbeziehung von Tarifvertragsregelungen.....	246
2. Aufklärungs- und Mitteilungspflichten	247
3. Mitwirkungspflichten	248
4. Schutzpflichten.....	250
5. Implied duty of mutual trust and confidence.....	252
6. Vorrang stillschweigender vor ausdrücklichen Vertragsregelungen ..	254
7. Zwischenergebnis.....	257
H. Zusammenfassung	258
I. Ergebnisse der Arbeit.....	258
1. Allgemeine Lehren der implication.....	258
2. Implied terms in wichtigen Vertragstypen	259
II. Bewertung und Ausblick	260
Entscheidungsverzeichnis	262
Literaturverzeichnis.....	289
Sachwortverzeichnis	301

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
A.C.	Law Reports, Appeal Cases, 1891 –
A.B.	Aktiebolag (Aktiengesellschaft, Schweden)
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
A.L.R.	Australian Law Reports, 1973 –
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich (1811)
abl.	ablehnend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis, 1818 – 1944, 1948 –
Ad & El	Adolphus & Ellis' Reports, 1834 – 1840
AG	Aktiengesellschaft
A-G	Attorney-General
Aleyn	Aleyn's Reports, King's Bench Reports, 1646 – 1649
All E.R.	All England Law Reports, 1936 –
American J.C.L.	American Journal of Comparative Law, 1952 –
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis: Nachschlagwerk des Bundesarbeitsgerichts
App. Cas.	Law Reports, Appeal Cases, House of Lords, 1875 – 1890
Art.	Artikel
A/S	Account Sales
Aufl.	Auflage
B & Ad	Barnewall & Adolphus' King's Bench Reports, 1830 – 1834
B & Ald	Barnewall & Alderson's King's Bench Reports, 1817 – 1822
B & C	Barnewall & Cresswell's King's Bench Reports, 1822 – 1830

B & S	Best and Smith's Queen's Bench Reports, 1861 – 1865
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, 1954 –
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater, 1949 –
Bd.	Band
Beav	Beavan's Rolls Court Reports, 1838 – 1866
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, 1951 –
Bing	Bingham's Common Pleas Reports, 1822 – 1834
Bing (N.C.)	Bingham's New Cases, Common Pleas, 1834 – 1840
Black W	Sir William Blackstone's King's Bench Reports, 1746 – 1780
Bros.	Brothers
Burr	Burrow's King's Bench Reports, tempore Mansfield, 1757 – 1771
B.V.	Besloten Venootschap met beperkte aansprakelijkheid (Niederlande)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 1952 –
bzw.	beziehungsweise
C.A.	Court of Appeal
C.B.	Common Bench Reports (Manning, Granger & Scott), 1845 – 1856
C.B. (N.S.)	Common Bench Reports (Manning, Granger & Scott), New Series, 1856 – 1865
C.I.	Channel Islands
C.J.	Chief Justice
C.L.P.	Current Legal Problems, 1948 –
C.L.R.	Commonwealth Law Reports, 1903 –
C.P.	Law Reports, Common Pleas, 1865 – 1875
C.P.D.	Law Reports, Common Pleas Division, 1875 – 1880

C.R.	Commonwealth Record (Australien), 1976 – 1987 / Canadian Reports, 1962 –
ca.	circa
Cab & El	Cababe & Ellis' Queen's Bench Reports, 1882 – 1885
Camp	Campbell's Nisi Prius Reports, 1808 – 1816
Car & K	Carrington & Kirwan's Nisi Prius Reports, 1843 – 1850
Car & P	Carrington & Payne's Nisi Prius Reports, 1823 – 1841
Ch.	Law Reports, Chancery, 1891 –
Ch.D.	Law Reports, Chancery Division, 1876 – 1890
Chan Cas	Cases in Chancery, 1660 – 1697
Cia.	Compagnia (Italien)
Cie.	Compagnie (Frankreich)
Cl./cl.	Clause
Co.	Company
Com. Cas.	Commercial Cases, 1896 – 1941
Comyn	Comyn's King's Bench Reports, 1695 – 1741
Co Rep	Coke's King's Bench Reports, 1572 – 1616
CR	Computer und Recht
Cro Eliz.	Croke's King's Bench Reports, tempore Elizabeth, 1582 – 1603
Cro Jac	Croke's King's Bench Reports, tempore James I, 1603 – 1625
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb, 1948 –
De G J & Sm	De Gex, Jones & Smith's Chancery Reports, 1862 – 1866
De G M & G	De Gex, Macnaghten & Gordon's Chancery Reports, 1851 – 1857
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
Diss.	Dissertation
Dok.	Dokument
Dougl	Douglas' King's Bench Reports, 1774 – 1776

Drew	Drewry's Vice Chancellor's Reports, tempore Kindersley, 1852 – 1859
Dyer	Dyer's King's Bench Reports, 1513 – 1582
E.G.L.R.	Estates Gazette Law Reports, 1985 –
East	East's Term Reports, King's Bench, 1801 – 1812
Einl.	Einleitung
El & Bl	Ellis & Blackburn's Queen's Bench Reports, 1851 – 1858
Eq.	Equity Cases, 1866 – 1875
Est.	Established
Ex.	Court of Exchequer
Exch.	Exchequer Reports (Welsby, Hurlstone & Gordon), 1847 – 1856; Law Reports, Exchequer, 1865 – 1875
Ex.D.	Law Reports, Exchequer Division, 1875 – 1880
F & F	Foster & Finlason's Nisi Prius Reports, 1856 – 1867
f./ff.	und folgende
F.T.L.R.	Financial Times Law Reports
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
G.L.C.	Graeter London Council
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GRUR	Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, 1896 – 1941, 1948 –
H & C	Hurlstone & Coltman's Exchequer Reports, 1862 – 1866
H & N	Hurlstone & Norman's Exchequer Reports, 1856 – 1862
H.K.L.J.	Hong Kong Law Journal, 1971 –
h.L.	herrschende Lehre
H.L.	House of Lords
H.L.C.	Clark's House of Lords Cases, 1847 – 1866
H.L.R.	Housing Law Reports, 1967 –

h.M.	herrschende Meinung
Habil.	Habilitation
HGB	Handelsgesetzbuch
Hobart	Hobart's Common Pleas Reports, 1613 – 1625
Holt	Holt's King's Bench Reports, 1688 – 1711; Holt's Nisi Prius Reports, 1815 – 1817
Hrsg.	Herausgeber
I.C.R.	Industrial Cases Reports, 1975 –
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
I.L.J.	Industrial Law Journal, 1971 –
I.R.L.R.	Industrial Relations Law Reports
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
Inc.	Incorporated
insbes.	insbesondere
J & H	Johnson's & Hemming's Vice Chancellor's Reports, 1860 – 1862
J.	Justice
J.A.	Justice of Appeal (Australien)
J.B.L.	Journal of Business Law, 1957 –
J.C.L.	Journal of Contract Law (Australien), 1988 –
J.P.	Justice of the Peace and Local Government Review, 1837 –
JA	Juristische Arbeitsblätter, 1969 –
Johns	Johnson's Chancery Reports, 1859
JR	Juristische Rundschau, 1925 – 1935, 1947 –
JW	Juristische Wochenschrift, 1872 – 1939
JZ	Juristenzeitung, 1951 –
K.B.	Law Reports, King's Bench Division, 1901 – 1952
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht

KSChG	Kündigungsschutzgesetz
L.C.	Lord Chancellor
L.G.R.	Local Government Review, 1971 –
L.H.R.	Law and History Review
L.J.	Law Journal/Lord Justice
L.J.K.B.	Law Journal Reports, King's Bench, 1831 – 1946
L.Q.R.	Law Quarterly Review, 1885 –
L.R.	Law Reports/Law Review
L.T.	Law Times Newspaper, 1843/Law Times Reports, 1859 – 1947
LAG	Landesarbeitsgericht
Lev	Levinz's King's Bench and Common Pleas Reports, 1660 – 1697
LG	Landgericht
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports, 1951 –
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
Ltd.	Limited
M & S	Manning & Scott's Common Bench Reports, 1845 – 1856; Maule & Selwyh's King's Bench Reports, 1813 – 1817
M & W	Meeson & Welby's Exchequer Reports, 1836 – 1847
M.L.R.	Modern Law Review, 1937 –
M.R.	Master of the Rolls
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Man & G	Manning & Granger's Common Bench Reports, 1845 – 1856
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, 1947 –
Mer	Merivale's Chancery Reports, 1815 – 1817
Mod	Modern Reports, 1669 – 1755/Style's Modern King's Bench Reports, 1646 – 1655
MüKo	Münchener Kommentar zum BGB
n.F.	neue Fassung
N.S.W.L.R.	New South Wales Law Reports, 1880 – 1900, 1971 –
N.Z.L.R.	New Zealand Law Reports, 1883 –

NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, 1947 –
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
No./Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
Oxford J.L.S.	Oxford Journal of Legal Studies, 1980 –
P.C.	Privy Council
P. & C.R.	Planning and Compensation Reports, 1949 –
P.D.	Law Reports, Probate, Divorce and Admiralty Division, 1875 – 1890
Ph.D.	Doctor of Philosophy
Plc./plc	Public limited company
Price	Price's Exchequer Reports, 1814 – 1824
Pty./Pte.	Proprietary
Q.B.	Law Reports, Queen's Bench Division, 1891 – 1901, 1952 –
Q.B.D.	Law Reports, Queen's Bench Division, 1875 – 1890
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Reg.	Regulations
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 1880 – 1945
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
SpA/S.P.A.	Società per Azioni (Italien)
s./S.	siehe/Seite/Satz
S.A./SA	Société Anonyme (Frankreich)/Società Anonima (Italien) / Sociedad Anónima (Spanien)
S.A.L.J.	South African Law Journal, 1901 –

s.o.	siehe oben
SS.	Steamship
s.u.	siehe unten
Salk	Salkeld's King's Bench Reports, 1689 – 1712
Sec.	Section
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
sog.	sogenannte
st.	ständige
Stark	Starkie's Nisi Prius Reports, 1814 – 1822
Swan	Swanston's Chancery Reports, 1818 – 1819
T.L.R.	The Times Law Reports, 1884 – 1952
Taunt	Taunton's Common Pleas Reports, 1808 – 1819
Term Rep	Durnford & East's Term Reports, 1785 – 1800
u.a.	und andere/unter anderem
USA	United States of America
v.	versus/von/vor
Vaughan	Vaughan's Common Pleas Reports, 1665 – 1673
Vent	Ventris' King's Bench Reports, 1668 – 1688
VersR	Versicherungsrecht – Juristische Rundschau für die Individualversicherung
Ves & B	Vesey & Blames' Chancery Reports, 1812 – 1814
Ves Jun	Vesey Junior's Chancery Reports, 1789 – 1817
vgl.	vergleiche
vol.	volume
Vorb.	Vorbereitung
W.L.R.	Weekly Law Reports, 1953 –
W.R.	Weekly Reporter, 1853 – 1906
WarnRspr	Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts

WM	Wertpapier-Mitteilungen
Wms Saund	Williams' Notes to Saunder's Reports, 1666 – 1673
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 1993 –
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZSS (GA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung
ZSS (RA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 1901 –

A. Einleitung

I. Europäische Privatrechtsvereinheitlichung unter Einbeziehung des common law

Im Zuge einer immer weiter voranschreitenden Verdichtung der europäischen Wirtschafts- und Rechtseinheit und aus der Erkenntnis, daß die Europäische Union bislang zwar die Harmonisierung zahlreicher Einzelfragen, aber nicht ganzer Bereiche des Privatrechts durchgesetzt hat, forderte das Europäische Parlament am 26. Mai 1989, daß mit den Vorarbeiten zur Ausarbeitung eines einheitlichen Europäischen Gesetzbuchs für das Privatrecht unter Berücksichtigung der Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten zu beginnen sei.¹ Mit der Entschließung vom 06. Mai 1994 wurde die Forderung nach Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs wiederholt.²

Wissenschaftliche Bestrebungen nach Harmonisierung und Vereinheitlichung der den grenzüberschreitenden Verkehr im europäischen Binnenmarkt betreffenden Gebiete des Privatrechts bestehen dagegen schon länger.³ Spätestens seit Anfang der 80er Jahre bildet die Suche nach historischen und aktuellen Gemeinsamkeiten der unterschiedlichen europäischen Rechtsordnungen einen Schwerpunkt der europäischen Rechtsvergleichung. Während die gemeinsame geschichtliche Grundlage der großen kontinentalen Kodifikationen dabei mit dem *ius commune* praktisch auf der Hand lag und so den Ausgangspunkt rechtsvereinheitlichender Forschung bilden konnte, eröffnete sich im Hinblick auf die Einbeziehung Englands eine scheinbar unüberwindliche Barriere zwischen römisch-rechtlich geprägtem „civil law“ und dem englischen common

¹ Vgl. Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Nr. C 158/400, Dok. A 2 - 157/89. Vgl. hierzu W. Tilmann, Entschließung des Europäischen Parlaments über die Angleichung des Privatrechts der Mitgliedstaaten vom 26.05.1989 (1993) 1 ZEuP 613; O. Remien, Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union? - Legislative und Gerichtliche Wege (1995) ZfRV 116 ff. [119].

² Vgl. Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Dok. A 3 - 0329/94; dazu W. Tilmann, Zweiter Kodifikationsbeschluß des Europäischen Parlaments (1995) 3 ZEuP 534 ff.

³ O. Lando, Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code, in: Cappelletti (Hrsg.), *New Perspectives for a Common Law of Europe* (1978), S. 267 ff.; H. Kötz, *Gemeineuropäisches Zivilrecht*, in: *Festschrift für Konrad Zweigert*, 1981, S. 481 ff.

law. Nicht wenigen galt die englische Rechtsordnung als „etwas Fremdartiges und Wundersames“.⁴

Doch der Mythos, das englische Recht bilde einen Fremdkörper im Rahmen einer ansonsten einheitlichen europäischen Rechtsentwicklung⁵, kann mittlerweile als historisch widerlegt gelten: Das common law unterlag bis zum Ende des 19. Jahrhunderts einer ständigen Beeinflussung durch das kontinentaleuropäische Recht, die im wesentlichen auf fünf Faktoren zurückzuführen ist⁶:

(1) Die große Bedeutung gemein- und naturrechtlicher juristischer Werke kontinentaler Autoren, die in England als Übersetzungen erschienen und deren Inhalt und Geist von englischen Gelehrten und Richtern adaptiert und verbreitet wurde.⁷

(2) Der Einfluß des kanonischen Rechts und kirchlicher Gerichte sowie des zunächst von geistlichen Lordkanzlern geführten Court of Chancery, aus dessen – auch römisch-rechtlich geprägter – Rechtsprechung das Billigkeitsrecht der equity entstand.⁸

⁴ Vgl. K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Band I, Grundlagen, 1984, S. 210; siehe auch die Hinweise bei R. Zimmermann, „Common law“ und „civil law“, Amerika und Europa, in: R. Zimmermann (Hrsg.), Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht: Impressionen aus der neuen Welt, S. 1.

⁵ Vgl. nur J.H. Baker, An Introduction to English Legal History, S. 35: „And so English law flourished in noble isolation from Europe.“

⁶ Vgl. zum folgenden ausführlich: R. Zimmermann, Der europäische Charakter des englischen Rechts (1993) 1 ZEuP 4 ff; daneben: R.H. Helmholz, Continental Law and Common Law: Historical Strangers or Companions? (1990) Duke L.J. 1207 ff.

⁷ Als einflußreiche englische Schriftsteller sind dabei vor allem Bracton (im 13. Jahrhundert) und Blackstone (im 18. Jahrhundert) zu nennen, vgl. hierzu: K. Güterbock, Bracton and his Relation to Roman Law; A. Watson, The Impact of Justinian's Institutes on Academic Treatises: Blackstone's Commentaries, in: ders., Roman Law and Comparative Law, S. 186 ff.; J.W. Cairns, Blackstone, An English Institutist: Legal Literature and the Rise of the Nation State (1984) 4 Oxford Journal of Legal Studies 339 ff.; auch die wichtigsten Werke der kontinentalen Naturrechtslehre, wie Pufendorfs „De jure naturae et gentium“ oder Grotius' „De jure belli ac pacis“, erschienen in England ab dem frühen 18. Jahrhundert, vgl. Sir William Holdsworth, A History of English Law, Band XII, S. 637 f.; P. Stein, in: A.W.B. Simpson, Biographical Dictionary of the Common Law, S. 219.

⁸ Vgl. hierzu H. Coing, English Equity and the Denunciatio Evangelica of the Canon Law (1995) 71 L.Q.R. 238; J.H. Baker, An Introduction to English Legal History, S. 115 und allgemein: R.H. Helmholz, Roman Canon Law in Reformation England, und ders., Canon Law and the Law of England.

(3) Die Lehre des römischen Rechts an den juristischen Fakultäten der Universitäten Oxford und Cambridge, deren Absolventen in ihren späteren Ämtern dem „civil law“ verbunden blieben.⁹

(4) Die auch in England in Handelssachen seit dem ausgehenden Mittelalter beachtete *lex mercatoria*, das gemeineuropäische Handelsgewohnheitsrecht, dessen Grundsätze Eingang in das common law fanden.¹⁰

(5) Und schließlich die Vorläufer kontinentaler Kodifikationen, die ab Mitte des 19. Jahrhunderts eine starke dogmatische Vorbildfunktion auf englische Juristen ausübten, wobei insbesondere die Übersetzungen der Werke Pothiers und Savignys große Beachtung fanden.¹¹

Angesichts dieser *historischen* Verknüpfungen stellt sich mit Blick auf die eingangs erwähnten aktuellen Bestrebungen die Frage nach Gemeinsamkeiten im *heute geltenden* Zivilrecht der Rechtsordnungen diesseits und jenseits des Kanals. Von besonderem Interesse sind dabei solche Rechtsgebiete, die das Funktionieren eines europäischen Binnenmarktes am unmittelbarsten betreffen, namentlich das Vertragsrecht.

Ein erster Schritt in Richtung eines modernen europäischen Vertragsrechts unter Einbeziehung des englischen common law wurde mit der Veröffentlichung von Teil I der „Principles of European Contract Law“ getan.¹² Das Fun-

⁹ Vgl. H. Coing, Das Schrifttum der englischen Civilians und die kontinentale Rechtsliteratur in der Zeit zwischen 1550 und 1800 (1975) 5 *Ius Commune* 16 ff.; W. Senior, *Doctors' Commons and the Court of Admiralty*, S. 14 ff. und S. 84 ff.; J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, S. 141 ff.

¹⁰ Vgl. H.J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, S. 333 ff.; R. Zimmermann, *Der europäische Charakter des englischen Rechts* (1993) 1 *ZEuP* 4 ff. [29 ff.].

¹¹ Vgl. M. Graziadei, *Changing Images of the Law in XIX. Century English Legal Thought (The Continental Impulse)*, in: M. Reimann (Hrsg.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820 – 1920*, S. 115 ff.; U. Mattei, *Why the Wind Changed : Intellectual Leadership in Western Law* (1994) 42 *American J.C.L.* 195 ff. [202]; P. Stein, *The Character and Influence of the Roman Civil Law*, S. 224 f.; M.H. Hoeflich, *Savigny and his Anglo - American Disciples* (1989) 37 *American J.C.L.* 17 ff. [19 f.]; R. Zimmermann, *Der Einfluß Pothiers auf das römisch - holländische Recht in Südafrika* (1985) *ZSS (GA)* 168 ff., 176 f., 178 f., 188 f., 201 ff. und ders., *Der europäische Charakter des englischen Rechts* (1993) 1 *ZEuP* 4 ff. [46 ff.].

¹² Erarbeitet wurden diese durch eine Kommission von 20 Wissenschaftlern („Commission on European Contract Law“) unter dem Vorsitz von Ole Lando (Dänemark). Ihr 1995 veröffentlichter erster Teil behandelt die Komplexe „Allgemeine Vertragsbestimmungen“ („general provisions“), Vertragsinhalt und Leistungsmodalitäten („terms and performance of the contract“) sowie Leistungsstörungen („non - performance and remedies in general“ und „particular remedies for non - performance“); bis Ende 1997 wurden in einem zweiten Teil die Themen Abschluß, Wirksamkeit und Auslegung von Verträgen sowie das Recht der Stellvertretung normiert. Ein beide Teile vereinender Band wird im Laufe des Jahres 1999 erscheinen; vgl. insgesamt zu diesem Projekt: O. Lando, *Principles of European Contract Law, An Alternative or a Precursor of European*