

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Band 22

Vertragsscheitern und Rückabwicklung

**Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum englischen
und deutschen Recht, zum UN-Kaufrecht sowie zu den
Unidroit Principles und den Principles of European
Contract Law**

Von

Christoph Coen



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTOPH COEN

Vertragsscheitern und Rückabwicklung

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Herausgegeben im Auftrag des Instituts für Europäisches Wirtschaftsrecht
der Universität Erlangen-Nürnberg durch die Professoren
Dr. Wolfgang Blomeyer (†) und Dr. Karl Albrecht Schachtschneider

Band 22

Vertragsscheitern und Rückabwicklung

Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht, zum UN-Kaufrecht sowie zu den Unidroit Principles und den Principles of European Contract Law

Von

Christoph Coen



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit
im Jahre 2002 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0947-2452
ISBN 3-428-11132-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

The daily negotiations and property of merchants ought not to depend upon subtleties and niceties, but upon rules easily learned and easily retained, because they are the dictates of common sense, drawn from the truth of the case. If the question is to depend upon the fact, every man can judge of the nature of the law before the money is paid: but if it is to depend upon speculative refinements from the law of nations or the Roman Jus Postliminii concerning the change or re-vesting of property, no wonder merchants are in the dark, when doctors have differed upon the subject from the beginning and are not yet agreed.

Lord Mansfield C.J. in *Hamilton v. Mendes* (1761) 2 Burrow 1214,
hier zitiert nach Fifoot, Lord Mansfield, S. 85.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2002 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Der Text befindet sich überwiegend auf dem Stand von Januar 2002; lediglich vereinzelt konnten spätere Entwicklungen, wie die verspätete Umsetzung der Verbraucherkaufrichtlinie ins englische Recht durch die Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002 (In-Kraft-Treten: 31.03.2003), nachgetragen werden. Soweit nicht anders angegeben, wurden im Text angegebene Internetadressen im März 2003 überprüft.

Im Zeitraum von April 1996 bis März 1998 wurde die Arbeit im Rahmen des (seinerzeitigen) Graduiertenkollegs „Internationalisierung des Privatrechts“ an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg gefördert. Dem Direktor des Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero in Rom, Herrn Prof. Bonell, und seinen Mitarbeitern danke ich für ihre Gastfreundschaft und Hilfe anlässlich eines Aufenthaltes an ihrem Institut. Die Dissertation wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg mit dem Dr.-Georg-Büchner-Preis 2002 ausgezeichnet; der Stifterin des Preises, der Wüstenrot & Württembergische AG in Stuttgart, bin ich ebenfalls zu Dank verpflichtet.

Am meisten danke ich jedoch meiner Frau Bettina für ihre Geduld, Unterstützung und konstruktive Kritik.

Freiburg, im März 2003

Christoph Coen

Inhaltsverzeichnis

Teil I

Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge als Problem für Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung	19
A. Bestimmung des Themas	19
I. Können Verträge überhaupt „scheitern“?	19
II. Methodische Schlussfolgerungen	27
1. Pluralismus dogmatischer Erklärungsansätze	27
2. Zusammengehörigkeit von „Scheitern“ und „Rückabwicklung“	35
a) „Scheitern“ als Gegenbegriff zur „Abwicklung“	35
b) Verhältnis zwischen Befreiung von der Bindung an das vertragliche Leistungsprogramm und Rückabwicklung	38
c) Scheitern als Instrument zur Durchsetzung der vertraglichen Risikoverteilung	41
d) Bedeutung der Gründe des Scheiterns für die Rückabwicklung	47
e) Die Sicht des Vertragsrechts in der vorliegenden Arbeit	51
B. Gang der Darstellung	53
C. Die einzelnen untersuchten Rechtsordnungen	56
I. Staatliches Recht	58
1. Englischsches Recht	58
a) Das englische Recht als Kontrastmodell	58
b) Die Entwicklung des englischen Bereicherungsrechts	59
(1) Bereicherungsrecht als primärer systematischer Standort der Rückabwicklung	59
(2) Die „Gründungslegende“ des englischen Bereicherungsrechts	60
(3) Aktionenrechtliche Ursprünge	61
(4) Der Beitrag von Lord Mansfield	64
(5) Die „ <i>implied-contract</i> “-Lehre	70
(6) Neuere Entwicklungen in Literatur und Rechtsprechung	75
(7) Die Gefahren von „ <i>bad history</i> “	78
2. Deutsches Recht	82
3. CISG	88
II. „Privatkodifikationen“: Die Prinzipien-Texte	91
1. Unidroit Principles	92

2. Principles of European Contract Law	96
3. Die Besonderheit der Prinzipien-Texte	102
a) Zur Wünschbarkeit internationaler Vertragsrechtsvereinheitlichung	103
b) Die disparate Realität der internationalen Vereinheitlichungsprojekte	105
c) Folgerungen für die Interpretation der Prinzipien-Texte	109

Teil 2

Die verschiedenen Rückabwicklungsregime	112
A. Englischs Recht	114
I. Formen des Vertragsscheiterns und unterschiedliche Rückabwicklungsregime	114
1. Naturalerfüllung, Schadensersatz und Scheitern des Vertrages	114
2. Kategorien des Vertragsscheiterns	116
a) Überblick	116
b) Die Bedeutung der Kategorien	117
(1) Bedeutung für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung	117
(2) Bedeutung für die dingliche Rechtslage	118
(3) Bedeutung für Schadensersatzansprüche	119
(4) Bedeutung für die Konkurrenz unterschiedlicher Rückabwicklungsregime	121
c) Die Kategorien im Einzelnen	123
(1) Nichtigkeit (<i>void contracts</i>)	123
(2) Rückwirkende Vernichtbarkeit (<i>voidable contracts</i>)	124
(3) Automatische Vertragsbeendigung bei <i>frustration</i>	125
(4) Vertragsbeendigung bei Vertragsbruch (<i>termination for breach</i>)	126
(5) Ausschluss der Klagbarkeit (<i>unenforceable contracts</i>)	142
II. Rückabwicklung im Wege des Schadensersatzes für <i>breach of contract</i>	143
1. Schadensberechnung, die zur Rückabwicklung führt	143
2. Indirekter Einfluss der Schadensberechnung auf die Rückabwicklung	146
III. Rückabwicklung im Rahmen von <i>restitution</i>	149
1. Ansprüche auf Rückzahlung erbrachter Geldleistungen	152
a) Irrtum (<i>mistake</i>)	153
b) Ausbleiben der Gegenleistung (<i>failure of consideration</i>)	155
c) Kritik deutscher Autoren am System der <i>unjust factors</i>	164
2. Ansprüche auf Vergütung für Dienstleistungen und die Lieferung von Sachen	169

IV. Rückabwicklung durch dingliche Rechte	175
V. Rückabwicklung durch deliktische Ansprüche	178
VI. Nebenansprüche	179
1. Zinsen	179
2. Gebrauchsvorteile	179
3. Verwendungen	181
B. Deutsches Recht	183
I. Formen des Vertrags Scheiterns und unterschiedliche Rückabwicklungsregime	183
II. Rückabwicklung im Rahmen vertraglicher Rückgewährschuldverhältnisse	186
III. Rückabwicklung im Rahmen des Bereicherungsrechts	205
IV. Schadensrechtliche Rückabwicklung	208
V. Rückabwicklung im Rahmen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses ..	208
C. CISG	209
I. Aufhebung des Vertrages	210
II. Konkurrierende nationale Regelungen?	218
D. Unidroit Principles	221
I. Nichtigkeit	221
II. Anfechtung	224
III. Aufhebung und anschließende Rückabwicklung	225
1. Voraussetzungen der Aufhebung	226
a) Wesentliche Nichterfüllung	228
b) Fruchtloser Ablauf einer Nachfrist	238
c) Nacherfüllungsmöglichkeit als Einschränkung des Aufhebungsrechts	243
2. Rechtsfolgen der Aufhebung	245
E. Principles of European Contract Law	253
I. Anfechtung	254
II. Vertragsaufhebung und anschließende Rückabwicklung	257
1. Voraussetzungen der Vertragsaufhebung	258
a) Wesentliche Nichterfüllung	259
b) Antizipierte Nichterfüllung	272
c) Fruchtloser Ablauf einer Nachfrist	273
d) Dauerndes und vollständiges Erfüllungshindernis	277
e) Wegfall des Interesses einer Partei	279
2. Rechtsfolgen der Vertragsaufhebung	280
a) Die Grundnorm für die Rückabwicklung: Art. 9:305(1)	281
(1) Widersprüchlichkeit der Formulierung	281
(2) Ein „deutscher“ Interpretationsversuch	285
(3) Ein „englischer“ Interpretationsversuch	287

(4) Praktische Konsequenzen der unterschiedlichen Interpretationen	292
(5) Belege für die „englische“ Interpretation im Autorenkommentar zu den Principles of European Contract Law	295
(6) Bewertung	298
b) Zurückweisung empfangener Leistungen: Art. 9:306	299
c) Rückforderung von Geld: Art. 9:307	301
d) Rückforderung anderer Gegenstände: Art. 9:308	303
e) Wertersatz: Art. 9:309	305
f) Erstattung sonstiger Aufwendungen für Zwecke der Vertragserfüllung?	309

Teil 3

Einzelne Fallgruppen des Vertragsscheiterns 310

A. Einleitung: Zusammenhang von Grund des Scheiterns und Rückabwicklung	310
B. Störungen, die die rechtliche Wirksamkeit des Vertrages verhindern ..	310
I. Fehlende Rechtsfähigkeit einer Partei	310
1. Englischs Recht	311
a) <i>Ultra-vires</i> -Fälle	311
b) Verträge einer juristischen Person vor ihrer Gründung	314
2. Deutsches Recht	314
3. Einheitsrechte	316
II. Fehlende Geschäftsfähigkeit einer Partei	317
1. Englischs Recht	318
a) Minderjährigkeit	318
b) Geisteskrankheit	319
2. Deutsches Recht	320
3. Einheitsrechte	320
III. Formverstöße	322
1. Englischs Recht	323
2. Deutsches Recht	325
3. Einheitsrechte	325
IV. Gesetz- und Sittenwidrigkeit	326
1. Englischs Recht	327
2. Deutsches Recht	332
3. Einheitsrechte	334
V. Auflösungsrechte für Verbraucher	338
1. Englischs Recht	338
2. Deutsches Recht	342
3. Einheitsrechte	342

C. Leistungen in Erwartung eines Vertragsschlusses, wenn kein Vertrag zustande kommt	343
I. Englisches Recht	344
II. Deutsches Recht	347
III. Einheitsrechte	348
D. Willensmängel und Leistungsstörungen	349
I. Täuschung	350
1. Englisches Recht	350
2. Deutsches Recht	359
3. CISG	360
4. Unidroit Principles	361
5. Principles of European Contract Law	362
II. Drohung und andere Formen der Willensbeugung	364
1. Englisches Recht	364
a) <i>Duress</i>	364
b) <i>Undue influence</i>	364
2. Deutsches Recht	366
3. CISG	367
4. Unidroit Principles	367
5. Principles of European Contract Law	367
III. <i>Laesio enormis</i>	368
1. Englisches Recht	368
2. Deutsches Recht	369
3. Einheitsrechte	370
IV. Irrtum	371
1. Englisches Recht	372
2. Deutsches Recht	377
3. CISG	378
4. Unidroit Principles	379
5. Principles of European Contract Law	381
V. Anfängliche Unmöglichkeit	382
1. Englisches Recht	382
2. Deutsches Recht	386
3. CISG	388
4. Unidroit Principles	388
5. Principles of European Contract Law	390
VI. Nachträgliche, von keiner Seite zu vertretende Leistungshindernisse ..	391
1. Englisches Recht	392
a) Abgrenzung zwischen <i>frustration</i> und <i>breach of contract</i>	392
b) Rechtsfolgen von <i>frustration</i> nach <i>Common Law</i>	398
c) Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943	399
2. Deutsches Recht	403
a) Unmöglichkeit	403

b) Störungen der Geschäftsgrundlage	405
3. CISG	406
4. Prinzipien-Texte	408
a) <i>Force majeure</i> bzw. <i>excuse due to an impediment</i>	409
b) <i>Hardship</i> bzw. <i>change of circumstances</i>	410
VII. Von einer Seite zu vertretende Nicht- oder Schlechterfüllung	412

Teil 4

Schlussfolgerungen 415

Verzeichnis der zitierten englischsprachigen Entscheidungen	420
Literaturverzeichnis	430
Sachregister	449

Abkürzungsverzeichnis¹

ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
A.C.	Law Reports, Appeals Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
All E.R.	All England Law Reports
All E.R. Rep.	All England Law Reports, Reprint
A.L.R.	Australian Law Reports
App. Cas.	Appeal Cases
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
B.	Baron
BauR	Baurecht, Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bing.	Bingham's Common Pleas Reports
B. & S.	Best & Smith's Queen's Bench Reports
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Build. L.R.	Building Law Reports
Burrow	Burrow's King's Bench Reports tempore Lord Mansfield
C.A.	Court of Appeal
C.B.	Chief Baron
Ch.	Law Reports, Chancery (seit 1891)
Ch.D.	Law Reports, Chancery Division (1876–90)
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge für den internationalen Warenkauf vom 11.4.1980 (Convention on the International Sale of Goods)
C.J.	Chief Justice
C.L.J.	Cambridge Law Journal
C.L.P.	Current Legal Problems
C.L.R.	Commonwealth Law Reports
Comm. Ct.	Queen's Bench Division, Commercial Court

¹ Auf eine Aufnahme der üblichen Abkürzungen für deutsche Gesetze und Gerichte wurde verzichtet.

Conn.	Connecticut Reports
C.P.D.	Law Reports, Common Pleas Division (1875–80)
D.	Digesten
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
DNNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Douglas	Douglas' King's Bench Reports
ERPL	European Review of Private Law/Revue européenne de droit privé/Europäische Zeitschrift für Privatrecht
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EWCA Civ	Decisions of the Supreme Court of Judicature for England and Wales, Court of Appeal (Civil Division) ²
EWHC Technology	Decisions of the High Court for England and Wales, Technology & Construction Court ²
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote
GBL	Gesetzblatt
Habil.-Schrift	Habilitationsschrift
H.L.	House of Lords
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
Hs.	Halbsatz
insb.	insbesondere
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
J.	Justice
JJ.	Justices
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
Kap.	Kapitel
K.B.	Law Reports, King's Bench Division
Law Com. Rep. No.	Law Commission for England and Wales, Report Number
lit.	Buchstabe
L.J.	Lady Justice, Lord Justice
L.J. Ex.	Law Journal Reports, Exchequer
L.JJ.	Lord Justices
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports (bis 1968: Lloyd's List Law Reports)
L.M.C.L.Q.	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
L.Q.R.	Law Quarterly Review

² Es handelt sich nicht um gedruckte Publikationen, sondern um die neuerdings im Hinblick auf die zunehmende Verbreitung von Urteilen im Internet usw. eingeführte medieneutrale Zitierweise. Einzelne Aussagen des Urteils werden nach fortlaufenden Abschnittsnummern zitiert.

L.R. [Bandzahl]	
Ch.App.	Law Reports, Chancery Appeals
L.R. [Bandzahl] Ch.D.	Law Reports, Chancery Division
L.R. [Bandzahl] C.P.	Law Reports, Common Pleas
L.R. [Bandzahl] Exch.	Law Reports, Exchequer
L.R. [Bandzahl] H.L.	Law Reports, House of Lords
L.R. [Bandzahl] Q.B.	Law Reports, Queen's Bench
L.S.	Legal Studies
M.L.R.	Modern Law Review
M.R.	Master of the Rolls
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report, Zivilrecht
O.J.L.S.	Oxford Journal of Legal Studies
Oxford U Com- parative L Forum	Oxford University Comparative Law Forum (Internet- publikation, abrufbar unter ouclf.iuscomp.org)
P.	Law Reports, Probate, Divorce and Admiralty Division
P.2d	Pacific Reporter, Second Series
para.	paragraph
P.C.	(Judicial Committee of the) Privy Council
PECL	Principles of European Contract Law
Q.B.	Law Reports, Queen's Bench Division (1891–1901, 1952 ff.)
Q.B.D.	Law Reports, Queen's Bench Division (1875–90)
Q.C.	Queen's Counsel
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDU	Revue du droit uniforme
reg.	regulation
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Satz, Seite
s.	section
sc.	scilicet
Sched.	Schedule
S.I.	Statutory Instruments
ss.	sections
Stra.	Strange's King's Bench Reports
T.L.R.	Times Law Reports
T.R.	Term Reports
U.D.P.	siehe Unidroit
UKHL	Decisions of the United Kingdom House of Lords ³
Unidroit	Institut international pour l'unification du droit privé, Rom

U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
v.	versus, gegen (in englischen Fällen als „and“ auszusprechen)
W.L.R.	Weekly Law Reports
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zugl.	zugleich
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

³ Vgl. hierzu Fn. 2 auf S. 16.

Teil I

Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge als Problem für Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

A. Bestimmung des Themas

I. Können Verträge überhaupt „scheitern“?

Der Begriff des „gescheiterten Vertrages“ wird im Titel der vorliegenden Arbeit als möglichst neutraler, nicht an eine bestimmte Rechtsordnung gebundener Terminus zugrunde gelegt, der ein denkbar breites Spektrum von Störungen bei Vertragsabschluss und Vertragsdurchführung erfassen soll.¹ Ganz so neutral, wie es den Anschein haben mag, ist dieser Begriff freilich nicht; vielmehr setzt er implizit bereits ein bestimmtes Vorverständnis von Zweck und Aufgabe des Vertragsrechts voraus. Das zeigt sich daran, dass es Sichtweisen gibt, aus deren Blickwinkel ein solcher Begriff keinen Sinn ergibt, sondern als in sich widersprüchlich erscheinen muss.

Für eine dieser Sichtweisen, die meist mit dem Namen des großen amerikanischen Juristen Oliver Wendell Holmes, Jr. (1841–1935) verbunden wird,² besteht die Funktion schuldrechtlicher Verträge nicht in der Verpflichtung der Parteien zur Ausführung eines bestimmten Leistungsprogramms, sondern ausschließlich in der Begründung von Haftung für den Fall der Nichtleistung. Der Vertragsbrüchige begeht in dieser Sicht des Vertragsrechts kein Unrecht, sondern macht lediglich von einer Option Gebrauch, die ihm der Vertrag stets gewährt, nämlich nicht zu leisten und statt dessen Schadensersatz zu zahlen. Diese Option muss jeder Partei belassen werden, um den Vertrag nicht zu einer Art „beschränkter Sklaverei“ verkommen zu lassen.³ Jeder schuldrechtliche Vertrag ist damit letztlich eine

¹ Zur methodischen Notwendigkeit, im Rahmen der Rechtsvergleichung das zu untersuchende Problem frei von den Systembegriffen der eigenen Rechtsordnung zu formulieren, vgl. *Zweigert/Kötz*, S. 33 f.

² *Holmes* war von 1902 bis 1932 Richter am Supreme Court der USA, vorher Chief Justice des Supreme Judicial Court von Massachusetts. Vgl. näher die Zusammenfassung der Ansichten von *Holmes* zur Erfüllung von Verträgen bei *Neufang*, S. 255–260.

Art Versicherungsvertrag: Die Parteien versichern einander wechselseitig gegen Schäden, die aus ihrer Nichterfüllung entstehen können. Mehr schulden sie nicht.

Es liegt auf der Hand, dass bei einer solchen Sicht der Dinge ein Scheitern des Vertrages wegen Leistungsstörungen schon begrifflich ausgeschlossen ist. Vielmehr bewährt sich der Vertrag erst wirklich, wenn eine Partei nicht leistet, genau wie eine Diebstahlversicherung nicht etwa „scheitert“, sondern erst ihren eigentlichen Sinn erweist, wenn die versicherte Sache gestohlen wird.⁴ Auch eine etwaige Auflösung des Vertrages mit anschließender Rückabwicklung für den Fall der nicht ordnungsgemäßen Erfüllung einer Seite kann in Holmes' Sicht kein Scheitern des Vertrages darstellen, sondern muss darauf beruhen, dass der Vertrag selbst eine entsprechende auflösende Bedingung vorsieht; sie stellt also eine Verwirklichung und nicht etwa eine Durchbrechung der vertraglichen Risikoverteilung dar:⁵ Der Vertragspartner, der sich vom Vertrag lösen darf, „*gets his right [...] from the agreement*“, wie Holmes betont.⁶ Das soll selbst dann gelten, wenn eine Partei den Vertrag wegen einer Täuschung durch die andere aufhebt.⁷ Ist der Vertrag aus anderen Gründen nicht bindend, dann liegt das lediglich

³ Vgl. *Holmes*, S. 300. (Die erste Auflage des Werkes, das aus Vorlesungen *Holmes'* entstanden war, erschien 1889; an der Zahl von 46 Auflagen bis 1923 lässt sich die Popularität ablesen.)

⁴ Allenfalls könnte man von einem „Scheitern“ des Versicherungsvertrages sprechen, wenn die Versicherungsgesellschaft infolge Insolvenz die Versicherungssumme nicht auszahlen kann. Bei der Insolvenz von Schuldnern handelt es sich indes um ein allgemeines Lebensrisiko und nicht um ein besonderes Problem des Vertragsrechts. Dass man sich im Prinzip auch gegen ein solches Risiko durch entsprechende Sicherheiten „versichern“ kann, bedarf hier keiner näheren Erörterung.

⁵ Vgl. *Holmes*, S. 315: „*When a contract is said to be voidable, it is assumed that a contract has been made, but that it is subject to being unmade at the election of one party. This must be because of the breach of some condition attached to its existence either expressly or by implication.*“ (Hervorhebung nicht im Original.) Vgl. ferner S. 318 f.: „*A condition properly so called is an event, the happening of which authorizes the person in whose favour the condition is reserved to treat the contract as if it had not been made, – to avoid it, as is commonly said, – that is, to insist on both parties being restored to the position in which they stood before the contract was made.*“ Wie noch zu zeigen sein wird (vgl. unten Teil 2 A.I.2.b)(3) S. 120), führen Leistungsstörungen nach modernem englischen Recht nicht mehr zu einer rückwirkenden Beseitigung des Vertrages, weshalb heute insoweit meist auch der Begriff „*termination*“ statt „*avoidance*“ bevorzugt wird.

⁶ *Holmes*, S. 319.

⁷ *Holmes*, S. 322–324; besonders deutlich S. 324: „*It is no doubt only by reason of a condition construed into the contract that fraud is a ground of rescission.*“ *Holmes* begründet dies damit, dass die Parteien das Recht zur Vertragsaufhebung wegen Betruges auch abbedingen könnten; für das englische Recht traf das aber bei vorsätzlicher Täuschung schon zu *Holmes'* Lebzeiten wohl nicht mehr zu, vgl. *S. Pearson & Son Ltd. v. Dublin Corporation* [1907] A.C. 351 (353 f.). Vgl. jetzt

daran, dass es an den Voraussetzungen für sein Zustandekommen fehlt: Im Falle eines infolge Irrtums geschlossenen Vertrags mangelt es nach Holmes' Analyse am nötigen Konsens;⁸ das Gleiche gilt, wo eine Partei nicht über die nötige Vertretungsmacht verfügt hat.⁹ Auch in diesem Fall ist der Vertrag also nicht „gescheitert“, sondern es ist schlicht kein Vertrag geschlossen worden.¹⁰

An diesen Überlegungen wird deutlich, dass Holmes' Sichtweise den – beabsichtigten oder unbeabsichtigten – Effekt hat, den Vertrag gegen die Möglichkeit eines Scheiterns zu immunisieren. Anders ausgedrückt: Holmes fasst den Begriff des Vertrages auf eine Weise, die die Vorstellung eines Scheiterns von vornherein ausschließt. Natürlich kann sich der Vertrag nachträglich für eine Partei oder sogar für beide Parteien als wenig sinnvoll oder verlustreich erweisen; aber dabei handelt es sich um eine wirtschaftliche, nicht um eine rechtliche Frage. Das Recht erfüllt seine Aufgabe, indem es die Haftung für das vertragliche Leistungsprogramm durchsetzt, wie es die Parteien bei Abschluss des Vertrages gewollt haben (wobei es weniger auf den wahren Willen der Parteien ankommt als auf die Interpretation, die das Recht ihren Erklärungen gibt).¹¹ Bei der Erfüllung dieser Aufgabe kann es kein Misslingen geben; eine andere Sichtweise wäre ungereimt und würde an die Stelle einer juristischen Analyse den Blick auf bloße „*dramatic circumstances*“¹² setzen, auf die äußerlichen Begleitumstände im Verhältnis zwischen den Parteien. Wollte man dieser Konzeption des Vertragsrechts folgen, dann hätte logischerweise auch eine Untersuchung über „gescheiterte Verträge“ wie die vorliegende keinen Sinn; ihr Thema könnte allenfalls einen willkürlich herausgerissenen Teil des Gesamtkomplexes

auch s. 3 Misrepresentation Act 1967 in der Fassung von s. 8 Unfair Contract Terms Act 1977.

⁸ Holmes, S. 309–312 (mit Differenzierungen, die hier nicht im Einzelnen wiedergegeben werden können).

⁹ Holmes, S. 308 f.

¹⁰ So ausdrücklich Holmes, S. 308: „*When a contract fails to be made, although the usual forms have been gone through with, the ground of failure is commonly said to be mistake, misrepresentation, or fraud. But [...] these are merely dramatic circumstances, and [...] the true ground is the absence of one or more of the primary elements [...] necessary to the existence of a contract.*“

¹¹ Vgl. Holmes, S. 303: „*The very office of construction is to work out, from what is expressly said and done, what would have been said with regard to events not definitely before the minds of the parties, if those events had been considered.*“ Eine nähere Betrachtung von Holmes' stark normativ geprägter Argumentation im Hinblick auf das Ausmaß vertraglicher Haftung zeigt, dass es ihm oft weniger darauf ankommt, was gesagt worden wäre, als vielmehr, was die Parteien vernünftigerweise hätten sagen sollen.

¹² Holmes, S. 308.