

Studien zum vergleichenden Privatrecht

Studies in Comparative Private Law

Band / Volume 6

Die Vertragsstrafe und ihre Grenzen

**Eine rechtsvergleichende Untersuchung
des deutschen und englischen Rechts**

Von

Uwe Brendler



Duncker & Humblot · Berlin

UWE BRENDLER

Die Vertragsstrafe und ihre Grenzen

Studien zum vergleichenden Privatrecht

Studies in Comparative Private Law

Band / Volume 6

Die Vertragsstrafe und ihre Grenzen

Eine rechtsvergleichende Untersuchung
des deutschen und englischen Rechts

Von

Uwe Brendler



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Technischen Universität Dresden
hat diese Arbeit im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Ochsenfurt-Hohestadt
Druck: buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2567-5427
ISBN 978-3-428-15573-6 (Print)
ISBN 978-3-428-55573-4 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85573-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 von der Juristischen Fakultät der Technischen Universität Dresden als Dissertation angenommen. Es konnten Rechtsprechung und Literatur bis August 2018 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt an erster Stelle meinem verehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Michael Becker, für die Betreuung dieser Arbeit. Insbesondere danke ich ihm für die mir gelassene Freiheit und seine wertvollen und konstruktiven Anregungen. Darüber hinaus bin ich Herrn Professor Dr. Heribert Heckschen für die Übernahme des Zweitgutachtens und dessen überaus zügige Erstellung dankbar.

Darüber hinaus bin ich dem Deutschen Akademischen Austauschdienst zum Dank verpflichtet für die Unterstützung meines Studienaufenthalts am King's College London, ohne den die Rechtsvergleichung nicht möglich gewesen wäre.

Für den regen Austausch während der gemeinsamen Dissertationszeit bedanke ich mich bei Herrn Dr. Moritz Gies, Frau Dr. Claudia Alsch und Frau Dr. Katharina Klett. Besondere Erwähnung für seine Unterstützung verdient außerdem Herr Philipp Pönitz. Für die Initiierung und fortwährende Ermutigung meines Promotionsvorhabens gilt mein Dank Herrn Jens Gehlich, Leiter des Dresdner Standorts der Kanzlei Noerr.

Ganz besonders danken möchte ich schließlich meiner Familie. Meiner Frau, Diana Brendler, kann ich mit Worten nicht genug danken. Mit ihrer Liebe und Unterstützung hat sie ganz wesentlich zum Werden dieser Arbeit beigetragen. Ferner meinen Eltern, Holm und Dagmar Brendler, ohne die weder mein Studium der Rechtswissenschaften noch vorliegende Arbeit möglich gewesen wären und die mir stets jede erdenkliche Unterstützung haben zukommen lassen. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Dresden, im Januar 2019

Uwe Brendler

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Einleitung und Problemstellung | 15 |
| A. Problemstellung | 15 |
| B. Gegenstand, Zielsetzung und Grenzen der Untersuchung | 21 |
| C. Gang der Untersuchung | 22 |

Erster Teil

| | |
|---|----|
| Die länderspezifischen Grundlagen der Vertragsstrafe und der penalty clauses | 24 |
| § 1 Historische und systematische Gegenüberstellung | 24 |
| A. Gemeinsamkeiten der europäischen Rechtshistorie | 24 |
| I. Deutsche Besonderheiten | 25 |
| 1. Ursprung im römischen Recht | 25 |
| 2. Weiterentwicklung im römisch-kanonischen ius commune | 28 |
| 3. Humanistisches Recht des 16. Jahrhunderts | 29 |
| 4. Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten | 30 |
| II. Englische Besonderheiten | 32 |
| B. Gesetzliche Kodifikation versus Richterrecht | 35 |
| I. Deutsche Gesetzgebung zur Vertragsstrafe | 35 |
| II. Englisches Rechtsbehelfssystem bei Vertragsverletzung | 37 |
| C. Rechtsvergleichende Gesamtbetrachtung | 38 |
| § 2 Erlaubte Druckausübung und verbotene Sanktion | 40 |
| A. Deutsches Recht | 41 |
| I. Bifunktionalität der Vertragsstrafe | 41 |
| 1. Absicherung der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung | 41 |
| 2. Erleichterung der Schadloshaltung | 42 |
| II. Sanktionsfunktion | 45 |
| B. Englisches Recht | 48 |
| C. Rechtsvergleichende Betrachtung | 50 |

| | |
|--|----|
| § 3 Konträre Rechtsfolgen trotz ähnlichen Anwendungsbereichs | 51 |
| A. Voraussetzungen | 51 |
| I. Anforderungen nach deutschem Recht | 51 |
| 1. Rechtswirksame Vereinbarung | 51 |
| a) Vertragsschluss | 52 |
| b) Formerfordernis | 52 |
| c) Bestimmtheit der Leistungspflicht | 53 |
| d) Gestaltungsarten von Vertragsstrafen | 55 |
| 2. Bestehen der strafbewehrten Verpflichtung | 57 |
| a) Sicherungsfähiger Anspruch | 57 |
| b) Abgrenzung zum selbstständigen Strafversprechen | 59 |
| 3. Verletzung der strafbewehrten Verpflichtung | 61 |
| a) Charakteristika und Nachweis des Verstoßes | 62 |
| b) Vertretenmüssen | 64 |
| c) Schaden | 65 |
| 4. Vorbehaltserklärung | 66 |
| II. Anforderungen des englischen Rechts | 68 |
| 1. Rechtswirksame Vereinbarung | 68 |
| 2. Vertragsverletzung | 69 |
| 3. Verschulden und Schaden | 70 |
| B. Rechtsfolgen | 71 |
| I. Zahlungspflicht nach deutschem Recht | 71 |
| 1. Zahlung anstelle oder neben Erfüllungsverlangen | 72 |
| 2. Vertragsstrafe als Mindestschaden | 74 |
| II. Durchsetzungsverbot nach englischem Recht | 75 |
| C. Rechtsvergleichende Gesamtbetrachtung | 77 |
| § 4 Abgrenzung zu verwandten Rechtsinstituten | 78 |
| A. Deutsches Recht | 78 |
| I. Pauschalierter Schadensersatz | 79 |
| 1. Zum Rechtsinstitut | 79 |
| 2. Unterschiede zur Vertragsstrafe | 80 |
| II. Verfallklausel | 83 |
| III. Reugeld | 84 |
| IV. Draufgabe | 85 |
| V. Vereins- und Verbandsstrafen | 86 |
| B. Englisches Recht | 86 |
| I. Liquidated damages | 87 |
| II. Forfeiture clauses und deposits | 90 |
| C. Rechtsvergleichende Betrachtung | 92 |

Zweiter Teil

| | |
|---|-----------|
| Rechtliche Grenzen der Vertragsstrafe | 94 |
| § 5 Herabsetzung der Vertragsstrafe nach § 343 BGB | 95 |
| A. Sonderstellung als richterliche Billigkeitskontrolle | 95 |
| B. Unverhältnismäßigkeit der Vertragsstrafe | 97 |
| I. Zusammenschau der abzuwägenden Aspekte | 97 |
| II. Ermittlung des berechtigten Gläubigerinteresses | 100 |
| III. Bewertung von Gesichtspunkten auf Schuldnerseite | 104 |
| 1. Vorteil durch Vertragsverletzung | 104 |
| 2. Wirtschaftliche Verhältnisse des Schuldners | 104 |
| 3. Art und Weise der Zuwiderhandlung | 107 |
| IV. Zusammentreffen mehrerer Verstöße | 108 |
| C. Reduktion auf angemessenen Betrag | 112 |
| I. Die richterliche Ermessensentscheidung | 112 |
| II. Antrag auf Herabsetzung | 114 |
| D. Keine Herabsetzung bei Strafversprechen eines Kaufmanns | 116 |
| E. Bewertung | 117 |
| § 6 Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB | 119 |
| A. Dualistisches Anforderungsprofil | 121 |
| I. Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung | 122 |
| II. Unverhältnismäßigkeit der Vertragsstrafe | 127 |
| III. Hinzutretender Umstand als die Sittenwidrigkeit auslösender Faktor | 131 |
| B. Primat der Nichtigkeit | 132 |
| I. Klauselbezogene Betrachtung | 132 |
| II. Vertragsbezogene Betrachtung | 136 |
| C. Bewertung | 137 |
| § 7 Herabsetzung der Vertragsstrafe nach § 242 BGB | 139 |
| A. Hintergrund der richterlichen Rechtsfortbildung | 140 |
| I. § 242 BGB als Durchsetzungshindernis der Vertragsstrafe | 140 |
| II. Verfassungsrechtliche Pflicht zur richterlichen Inhaltskontrolle | 142 |
| B. Die Kinderwärmekissen-Entscheidung des Bundesgerichtshofs | 146 |
| C. Reduktion zur Beseitigung der Unverhältnismäßigkeit | 148 |
| D. Bewertung | 149 |
| § 8 Inhaltskontrolle von Vertragsstrafen nach §§ 305 ff. BGB | 152 |
| A. Grundlagen des AGB-Rechts | 153 |
| B. Anwendung des AGB-Rechts im b2c- und b2b-Verhältnis | 154 |
| C. Verbotsnorm des § 309 Nr. 6 BGB im b2c-Bereich | 155 |

| | |
|--|-----|
| D. Allgemeine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB | 155 |
| I. Abweichung von dispositiven Gesetzesrecht als Benachteiligung | 156 |
| II. Unangemessene Strafhöhe als Benachteiligung | 156 |
| III. Unwirksamkeit als starre Rechtsfolge | 158 |
| E. Bewertung | 159 |
| § 9 Durchsetzungsverbot von penalty clauses | 160 |
| A. Traditionelle penalty doctrine nach Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd. | 160 |
| B. Schrittweise Einschränkung der penalty doctrine durch die nachfolgende Rechtsprechung | 163 |
| I. Eckpunkte der wesentlichen Entscheidungen | 163 |
| 1. Philips Hong Kong Ltd v Attorney General of Hong Kong (1993) | 163 |
| 2. Lordsvale Finance Plc v Bank of Zambia (1996) | 165 |
| 3. Robophone Facilities Ltd v Blank (1996) | 166 |
| 4. Cenargo Ltd v Empresa Nacional Bazan de Construcciones Navales Militares (2002) | 167 |
| 5. Murray v Leisureplay Plc (2005) | 168 |
| II. Bewertung | 169 |
| C. Neuausrichtung der penalty doctrine durch Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi/ Parking Eye Ltd v Beavis | 171 |
| I. Sachverhalte aus b2b- und b2c-Bereich | 172 |
| II. Aufrechterhaltung des Durchsetzungsverbots aus Gründen des Schuldnerschutzes und der Rechtstradition | 173 |
| III. Fortgeltung des Erfordernisses der Vertragsverletzung | 176 |
| IV. Änderung der Abgrenzungsdogmatik zu liquidated damages | 179 |
| D. Bewertung | 183 |
| § 10 Rechtsvergleichende Gesamtbetrachtung | 186 |

Dritter Teil

| | |
|--|-----|
| Perspektiven einer europäischen Rechtsangleichung | 190 |
| § 11 Notwendigkeit einer Rechtsangleichung | 190 |
| A. Nutzen der vertraglichen Regelung von Vertragsverletzungsfolgen | 190 |
| B. Möglichkeit der Rechtswahl | 192 |
| C. EU-Austritt von Großbritannien als Risiko und Chance | 195 |
| § 12 Entwicklung der Rechtsangleichung | 196 |
| A. Resolution on Penal Clauses in Civil Law | 196 |
| B. Principles of European Contract Law | 197 |

| | |
|---|-----|
| C. Draft Common Frame of Reference | 200 |
| D. Common European Sales Law | 201 |
| § 13 Bewertung der Aussichten | 203 |
| Fazit und Perspektiven | 206 |
| A. Die länderspezifischen Grundlagen der Vertragsstrafe und der penalty clauses | 208 |
| I. Historische und systematische Unterschiede | 208 |
| II. Druckausübung als Kernelement | 209 |
| III. Vergleichbare Anwendungsbereiche | 210 |
| IV. Abgrenzung zur Schadenspauschalierung bzw. liquidated damages | 210 |
| B. Rechtliche Grenzen der Vertragsstrafe | 211 |
| I. Deutsches Recht | 212 |
| 1. Richterliche Herabsetzung nach § 343 BGB | 213 |
| 2. Sittenwidrigkeit der Vertragsstrafe | 213 |
| 3. Richterliche Herabsetzung nach § 242 BGB | 214 |
| 4. Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB | 215 |
| II. Englisches Recht | 215 |
| C. Perspektiven einer europäischen Rechtsangleichung | 217 |
| I. Notwendigkeit einer Rechtsangleichung | 217 |
| II. Entwicklung der Rechtsangleichung | 218 |
| III. Bewertung der Aussichten | 218 |
| Literaturverzeichnis | 221 |
| Stichwortverzeichnis | 231 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------|--|
| a.A. | andere Ansicht |
| Abs. | Absatz |
| AC | Appeal Cases |
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| a.E. | am Ende |
| AGB | Allgemeine Geschäftsbedingung(en) |
| a.K. | außer Kraft |
| ALR | Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten |
| Art. | Artikel |
| BauR | baurecht |
| BB | Betriebs-Berater |
| BeckRS | Beck online Rechtsprechung |
| Begr. | Begründer |
| Beschl. | Beschluss |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHSt | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| Bing. | Bingham's Reports, Common Pleas |
| BLR | Building Law Reports |
| Bos & Pul | Bosanquet and Puller's Common Pleas reports |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| bzw. | beziehungsweise |
| ca. | circa |
| CESL | Common European Sales Law |
| Ch | Law Reports, Chancery Division |
| CILL | Construction Industry Law Letters |
| CLC | Commercial Law Cases |
| CLJ | Cambridge Law Journal |
| CLR | Cornell Law Review |
| Comp Law | Company Lawyer |
| Cons LJ | Construction Law Journal |
| Conv. | The Conveyancer and Property Lawyer |
| DB | Der Betrieb |
| DCFR | Draft Common Frame of Reference |
| DDR | Deutsche Demokratische Republik |
| ders. | derselbe |
| DM | Deutsche Mark |
| DNotZ | Deutsche Notar-Zeitschrift |
| DRiZ | Deutsche Richterzeitung |

| | |
|-----------|--|
| DStR | Deutsches Steuerrecht |
| DVB1. | Deutsches Verwaltungsblatt |
| Edin LR | Edinburgh Law Review |
| EJLS | European Journal of Legal Studies |
| Ent LR | Entertainment Law Review |
| et al. | et alia (und andere) |
| EU | Europäische Union |
| EuR | Europarecht |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EWCA Civ | England and Wales Court of Appeal Civil Division |
| EWHC | High Court of England and Wales |
| Ex | Law Reports, Excheque Division |
| Ex Rep | Exchequer Reports |
| f. | folgende |
| ff. | fortfolgende |
| FPR | Familie Partnerschaft Recht |
| FS | Festschrift |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht |
| GRUR-RR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report |
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| IBLJ | International Business Law Journal |
| ICLQ | International and Comparative Law Quarterly |
| i. V.m. | in Verbindung mit |
| IWRZ | Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht |
| Jh. | Jahrhundert |
| | Juristen Zeitung Law Reports, King's Bench Division |
| | KB |
| KOM | Dokumente der Europäischen Kommission |
| LG | Landgericht |
| LQR | Law Quarterly Review |
| M&A | Mergers and Acquisitions |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht |
| Neubearb. | Neubearbeitung |
| n.F. | neue Fassung |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-RR | NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht |
| Nr. | Nummer |
| NZBau | Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht |
| NZG | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht |
| OLG | Oberlandesgericht |
| P & CR | Property, Planning & Compensation Reports |
| PECL | Principles of European Contract Law |
| P Wms | Peere Williams' Chancery & King's Bench Cases |
| QB | Law Reports, Queen's Bench Division |
| RG | Reichsgericht |
| RGZ | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| RIW | Recht der Internationalen Wirtschaft |
| Rn. | Randnummer |

| | |
|-----------|---|
| ROHG | Reichsoberhandelsgericht |
| S. | Satz oder Seite |
| SeuffA | Seufferts Archiv |
| sog. | sogenannte |
| st. Rspr. | ständiger Rechtsprechung |
| TLR | The Times Law Report |
| TranspR | Transportrecht |
| u. a. | unter anderem |
| UNIDROIT | International Institute for the Unification of Private Law |
| Urt. | Urteil |
| v | versus |
| v. | von |
| v. Chr. | vor Christus |
| vgl. | vergleiche |
| VIZ | Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht |
| Vol. | Volume |
| Vorbem. | Vorbemerkung |
| Warneyer | Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen |
| WLR | Weekly Law Reports |
| WM | Wertpapier-Mitteilungen |
| WRP | Wettbewerb in Recht und Praxis |
| z. B. | zum Beispiel |
| ZEuP | Zeitschrift für Europäisches Privatrecht |
| ZfA | Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| ZfBR | Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht |
| ZPO | Zivilprozessordnung |

Einleitung und Problemstellung

Die vorliegende Arbeit untersucht die rechtlichen Grenzen der Vertragsstrafe in Form einer rechtsvergleichenden Analyse des deutschen und englischen Rechts¹. Das BGB hält mit dem richterlichen Herabsetzungsrecht nach § 343 Abs. 1 S. 1 BGB eine Sondernorm für überhöhte Strafversprechen vor und bietet zugleich mit dem allgemeinen Verbot von sittenwidrigen Rechtsgeschäften in § 138 Abs. 1 BGB, dem Korrektiv des Gebots von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB und den Restriktionen der §§ 305–310 BGB bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen weitere Normen zur Rechtsbefriedigung. Das englische Recht, die Unzulässigkeit von *penalty clauses* proklamierend, setzt dagegen deren Verwendung augenscheinlich ungleich strengere Grenzen. Diese Untersuchung wird die Ausgestaltung von Vertragsstrafen sowie den Umgang verschiedenartigen mit ihnen aufschlüsseln, um zu eruieren, welche der beiden Rechtsordnungen deren Anwendungspraxis im Hinblick auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr insgesamt oder zumindest teilweise sinnvoller gestaltet. Aufgrund der offenkundigen Unterschiede beider Rechtssysteme begreift sich die Bearbeitung als Beitrag zur Harmonisierung des europäischen Vertragsrechts aus deutscher und englischer Rechtsperspektive und soll demgemäß die Aussichten für ein einheitliches System zur Vertragsstrafe in Europa aufzeigen. Die Möglichkeit zur Änderung des Status quo ergibt sich aktuell infolge des Ausscheidens vom Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland (nachfolgend Großbritannien) aus der EU (sogenannter Brexit) und der sich daraus ergebenden Notwendigkeit der Neuordnung der Rechtsbeziehungen der EU zu Großbritannien und womöglich zugleich der Rechtsbeziehungen innerhalb der EU.

A. Problemstellung

Das Zusammenwachsen des europäischen Binnenmarktes seit Januar 1993 bringt nicht nur eine stetig steigende Zahl an grenzüberschreitenden Vertragsabschlüssen, sondern ebenso ein Aufeinandertreffen unterschiedlicher Rechtskulturen und Rechtstraditionen mit sich, was bisweilen die Gesetzgebung, die Rechtsprechung sowie die beteiligten Parteien vor neue Herausforderungen zu stellen vermag.

Die über Jahrzehnte vorangetriebene Harmonisierung des Rechts innerhalb der EU steht angesichts des angekündigten Ausscheidens von Großbritannien aus der EU möglicherweise erstmals vor einer Gegenbewegung, jedenfalls aber vor einer un-

¹ Gemeint ist hier sowie im Folgenden das Recht von England und Wales. Schottland und Nordirland verfügen über, dem zwar angenäherte, gleichwohl eigenständige Rechtssysteme.

gewissen Zukunft. Großbritannien gehört mit einer Gesamtbevölkerung von knapp 65,4 Mio. Menschen und einem Bruttoinlandsprodukt von ca. USD 2,65 Billionen zu den bevölkerungsreichsten und wirtschaftlich stärksten Mitgliedsländern der EU.² Es trat am 1. Januar 1973 der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft bei, ratifizierte 1992 den Vertrag von Maastricht und 2007 den Vertrag von Lissabon.³ Am 23. Juni 2016 stimmte im Rahmen einer Volksabstimmung die knappe Mehrheit von 51,89 % der britischen Wahlberechtigten und -beteiligten für den Brexit.⁴ Das Austrittsgesuch gemäß Art. 50 Abs. 2 Satz 1 EUV wurde am 29. März 2017 beim Europäischen Rat eingereicht.⁵ Sofern die Frist nicht verlängert wird, endet die Mitgliedschaft von Großbritannien in der EU gemäß Art. 50 Abs. 3 des Vertrags über die Europäische Union spätestens mit Ablauf des 29. März 2019.

Derzeit lässt sich nur darüber spekulieren, wie die Beziehungen zwischen der EU und Großbritannien danach ausgestaltet sein werden. Tragfähige Erkenntnisse hierzu werden erst die langwierigen Verhandlungen zwischen den Beteiligten hervorbringen. Es kann aber allein schon wegen der unveränderten geographischen Nähe davon ausgegangen werden, dass Großbritannien ein wichtiger Handelspartner der Union bzw. der einzelnen Mitgliedstaaten bleiben wird.

Eine besondere Beziehung lässt sich zwischen Deutschland und Großbritannien indes schnell ausmachen. Zwischen den europäischen Mitgliedstaaten stellt Deutschland den größten Handels- und Investitionspartner von Großbritannien dar, Großbritannien ist seinerseits der fünftwichtigste Handelspartner von Deutschland.⁶ An der Bedeutung dieser wirtschaftlichen Beziehung ändert die Entscheidung Großbritanniens für einen Austritt aus der EU wenig, beruht doch die Verknüpfung der Wirtschaft nicht allein auf politischen Entscheidungen, sondern zu großen Teilen auf ökonomischen Faktoren und technischen Standards. Darüber hinaus unterscheidet sich das deutsche Zivilrecht schon seit jeher in erheblichem Maße vom System des *common law* in Großbritannien, welches auf einem über Jahrhunderte gewachsenen *case law* gründet und bis in die Gegenwart nur wenige gesetzliche Regelungen vorsieht,⁷ ohne dass diese Unterschiedlichkeit dem gemeinsam wachsenden wirtschaftlichen Markt oder den Vertragsbeziehungen deutscher und englischer Unternehmer ernsthaft geschadet hätte.

Es ist mithin eine besondere Eigenschaft der EU, nicht nur mehrere unterschiedliche Zivilrechtsordnungen ihrer Mitgliedstaaten zu vereinen, sondern zu-

² Stand zum 31. 12. 2016, „Britische Wirtschaft wächst stärker als erwartet“, Börsen-Zeitung, 27.01.2017, Nummer 19, S. 6.

³ Thiele, EuR 2016, S. 281 (286 f.).

⁴ Grupp, NJW 2017, S. 2065 (2065).

⁵ „Großbritannien setzt die Uhr in Gang“, Börsen-Zeitung, 30.03.2017, Nummer 163, S. 6.

⁶ Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2016, S. 415 ff.

⁷ Das Recht der *penalty clauses* im handelsrechtlichen Verkehr ist bis heute frei von gesetzlichen Bestimmungen, *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi/Parking Eye Ltd v Beavis*, WLR 2015, Vol. 3, 1373 (1394 f.).

gleich die des *common law* in Großbritannien.⁸ Ausgehend davon bilden Bestrebungen um ein angeglichenes europäisches Privatrecht ein wesentliches Element bei der Weiterentwicklung des europäischen Binnenmarkts. Eine zukunftsorientierte, die Entwicklung der Wirtschaft annehmende und von Gestaltungswillen getragene Betrachtung des Vertragsrechts kann sich damit schlicht nicht mehr nur auf den inländischen Rechtsraum beschränken. Neben der Herausforderung bietet dies zugleich die Gelegenheit, althergebrachte Denkansätze und Lösungswege auf den Prüfstand zu stellen und neu – aus einem anderen Blickwinkel – zu bewerten.

Ein wesentlicher Bestandteil des Vertragsrechts bilden die Folgen von Vertragsverletzungen und in diesem Bereich speziell die Vorabregelung von Zahlungspflichten mittels Vertragsstrafen. Gerade im internationalen Geschäftsverkehr finden sich in Verträgen von komplexerer Natur und/oder längerer Laufzeit häufig Vertragsstrafen.⁹ Das BGB regelt u. a. in § 339 S. 1 BGB das Zustandekommen und die Rechtsfolgen von Vertragsstrafen.¹⁰ Aus dieser Bestimmung hat sich in Judikatur und Schrifttum ein allgemein anerkanntes Verständnis des Begriffs der Vertragsstrafe entwickelt. Als Vertragsstrafe gilt hiernach ein Leistungsversprechen des Schuldners, welches aus einer vertraglichen Abrede mit dem Gläubiger resultiert und dem Gläubiger den Erhalt einer Leistung sichert, sollte sich der Schuldner nicht vertragsgemäß verhalten.¹¹ Das Strafversprechen birgt dabei für den Schuldner eine besondere Gefahr, weil der Zahlungsanspruch den Schadensersatz übersteigen kann.¹² Daher bilden, neben der Ermittlung, ob die vertragliche Regelung überhaupt als eine Vertragsstrafe zu identifizieren ist, die Festlegung und Überprüfung der Strafhöhe regelmäßig den Schwerpunkt anwaltlicher bzw. gerichtlicher Tätigkeit. Der Empfänger der geschuldeten Leistung¹³ ist vor allem auf der Ebene der Vertragsgestaltung bestrebt, einen möglichst hohen Betrag als Strafhöhe festzuschreiben, ohne aber die Grenze zur unzulässigen Überhöhung zu überschreiten. Der Erbringer der Leistung¹⁴ kann sich leicht dazu verleiten lassen, einer hohen Vertragsstrafe zuzustimmen, wenn er von einer Erwartungshaltung getragen wird, er

⁸ Auf der globalen Ebene betrachtet, wandelt sich das europäische Bild eines Überwiegens des *civil law* in eine Vorherrschaft des *common law*, da die Vereinigten Staaten von Amerika als die stärkste Volkswirtschaft und die Republik Indien als die bevölkerungsstärkste Demokratie Repräsentanten des *common law* sind, *Furmston*, *Law of Contract*, S. 35.

⁹ *Cremades*, IBLJ 2002, S. 329 (329 f.).

¹⁰ Weitere Regelungen im BGB zur Vertragsstrafe finden sich in Form von Verboten in § 555 BGB (Vertragsstrafeversprechen eines Wohnungsmieters), § 1297 Abs. 2 BGB (Vertragsstrafe zur Absicherung des Verlöbnisses) und § 309 Nr. 6 BGB (Klauselverbot für AGB).

¹¹ Vgl. BGH, Urt. v. 12.10.1978 – VII ZR 139/75, NJW 1979, 212 (213); BGH, Urt. v. 23.06.1988 – VII ZR 117/87, BGHZ 105, 24 (27 f.); *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 339, Rn. 1; *Janoschek*, in: BeckOK BGB, § 339, Rn. 1; *Rieble*, in: Staudinger, BGB, Vor. §§ 339 ff., Rn. 1; *Schulze*, in: Handkommentar BGB, § 339, Rn. 1; *Stadler*, in: Jauernig, BGB, § 339, Rn. 1.

¹² *Lindacher*, in: Soergel, BGB, Vor. § 339, Rn. 11.

¹³ Der Leistungsempfänger wird nachfolgend zur Vereinfachung auch Gläubiger genannt.

¹⁴ Im Folgenden wird der Leistungserbringer ebenso Schuldner genannt.