

GÜNTER HAGER

Strukturen
des Privatrechts
in Europa

Mohr Siebeck

Günter Hager

Strukturen des Privatrechts in Europa



Günter Hager

Strukturen des Privatrechts in Europa

Eine rechtsvergleichende Studie

Mohr Siebeck

Günter Hager, geboren 1943; 1964–1968 Studium der Rechtswissenschaft; 1974 Promotion; 1978 Habilitation; 1980 Professor an der Universität Marburg; 1992 Professor an der Universität Jena; 1995 Professor an der Universität Freiburg; 2001 Direktor des Instituts für Ausländisches und Internationales Privatrecht Abt. I an der Universität Freiburg und seit 2011 im Ruhestand.

ISBN 978-3-16-152079-2 / eISBN 978-3-16-162932-7 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2012 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Studie zu den Strukturen des Privatrechts in Europa stellt in gewisser Weise eine Fortsetzung meiner Arbeit zu den Rechtsmethoden in Europa dar. Dort steht der methodische Aspekt im Vordergrund, hier der inhaltliche. Im Kern geht es um den Gegensatz zwischen formalem und materialem Recht. Wie die Analyse der Rechtsprechung zeigt, lässt sich eine einheitliche Leitidee nicht entwickeln. Es dominiert das Fallrecht. Gleichwohl können bestimmte Strukturen herausgearbeitet werden.

Wegen der Weite des Themas musste ich mich auf grundlegende Entscheidungen beschränken. Auch die Verwertung der Literatur ist gewiss zu spärlich ausgefallen. Anders war die Menge aber nicht zu bewältigen.

Dank schulde ich vor allem Herrn Professor Dr. Maultzsch, der mir stets ein fruchtbarer Gesprächspartner war, und Frau Veronika Fuchs, die mit unerschöpflicher Geduld das Manuskript betreute, sowie allen Mitarbeitern des Instituts.

Freiburg i. Br., den 1. September 2012

Günter Hager

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XI
Einführung: Der Standort des heutigen Privatrechts in Europa	1

1. Kapitel

Leitideen des Privatrechts

3

<i>A. Formales Privatrecht</i>	3
I. Begriff des formalen Privatrechts	3
II. Vertragsrecht	5
III. Deliktsrecht	9
<i>B. Materialisiertes Privatrecht</i>	11
I. Begriff des materialisierten Privatrechts	11
II. Vertragsrecht	13
III. Deliktsrecht	18
<i>C. Konstitutionalisierung des Privatrechts</i>	23
<i>D. Europäisierung des Privatrechts</i>	26
<i>E. Fazit</i>	27

2. Kapitel

Rechtsprechungspraxis

29

<i>A. Vertragsrecht</i>	29
I. Erfordernisse des Vertragsschlusses	29
II. Kontrolle des Vertragsabschlusses	33

III.	Identitätsirrtum bei Vertragsschluss	38
IV.	Vertragsinterpretation	40
V.	Kontrolle von Vertragsklauseln	44
	1. Übertragung der Klauselkontrolle zum Schutz des Verbrauchers auf den unternehmerischen Verkehr	45
	2. Rückgriff auf die Lehre von der cause	46
	3. Klauselkontrolle durch Interpretation	48
	4. Fazit	49
VI.	Grenzen der Vertragsbindung	50
	1. Gemeinsamer Irrtum	50
	2. Äquivalenzstörung	54
	3. Zweckverfehlung	58
	4. Loyalitätspflichten	59
VII.	Schadensberechnung beim antizipierten Vertragsbruch	60
VIII.	Ersatz von Nichtvermögensschäden	64
IX.	Haftungsbegrenzung	66
X.	Vertragsketten	74
	1. Vertragliche action directe oder Delikt	74
	2. Negligence-Haftung oder Vertragshaftung	76
	3. Abwicklung inter partes und Vorteilsausgleichung	79
	4. Fazit	80
<i>B. Deliktsrecht</i>		81
I.	Schutz der Integrität von Leben, Körper und Eigentum	81
	1. Verschuldenshaftung	81
	a. Pflichtverletzung	81
	aa. Ausdehnung des Schutzbereichs	81
	bb. Ausdehnung des Schutzzwecks	86
	b. Nachweis der Kausalität	87
	c. Zurechnung von Folgeschäden	91
	2. Produzentenhaftung	93
	a. Haftungstatbestand	93
	b. Nachweis der Kausalität	94
	aa. Wirkungskausalität	94
	bb. Urheberzweifel	96
	c. Schutzbereich	98
	3. Arzthaftung	99
	a. Aufklärungsfehler	99
	b. Behandlungsfehler	103
	4. Schutzpflichten	107
	a. Haftung von Privatpersonen	108

b. Haftung von Behörden	109
II. Schutz des Vermögens	122
III. Haftung des Geschäftsherrn für Schädigung durch Gehilfen	125
IV. Schutz von Grund und Boden	127
1. Nuisance	127
2. Rylands v. Fletcher	131
V. Schutz der wirtschaftlichen Beziehungen (economic torts)	132
 C. <i>Konstitutionalisierung des Privatrechts durch die Grund- und Menschenrechte</i>	 142
D. <i>Europäisierung des Privatrechts durch die Grundfreiheiten</i>	146
E. <i>Fazit</i>	150

3. Kapitel

Theorie des Fallrechts

A. <i>Einzelfall</i>	157
B. <i>Topoi der Rechtsfindung</i>	158
I. Präjudizien	158
1. Herausarbeitung des tragenden Prinzips	159
2. Anwendung, Ausdehnung, Einschränkung, Modifikation und Aufgabe des Prinzips	160
3. Abstrakte Rechtsausführungen	162
II. Rechtssystem	164
III. Allgemeine Rechtsprinzipien	164
IV. Rechtsvergleichung, Rechtsgeschichte, Rechtswissenschaft	165
V. Policy reasons	166
VI. Grund- und Menschenrechte sowie Grundfreiheiten	166
VII. Ethos, Zeitgeist und richterliches Vorverständnis	167
VIII. Metajuristisches System	170
 C. <i>Fallentscheidende rule</i>	 171
 Ausklang: Eine Fallanalyse	 173

Literaturverzeichnis	181
Entscheidungsregister	189
Personenregister	197
Sachregister	199

Abkürzungsverzeichnis

A.C.	Law Reports, Appeal Cases
Abl.	Amtsblatt der Europäischen Union
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AJ	Actualité Juridique
al.	alinéa
All ER	All England Law Reports
All ER (Comm.)	All England Law Reports (Commercial Cases)
Am. J. Comp. L.	The American Journal of Comparative Law
AMG	Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln
Anm.	Anmerkung
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
Art.	Artikel
Ass. plén.	Assemblée plénière
Aufl.	Auflage
B. & M.	Baker and Milsom
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Berufskrankheit
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
Bull. civ.	Bulletin des Arrêts des Chambres Civiles de la Cour de Cassation
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BW	Burgerlijk Wetboek
CA	Court of Appeal
Cal.	California
C. civ.	Code civil
CE	Conseil d'État
cic	culpa in contrahendo
C.L.J.	Cambridge Law Journal
Cal.Rptr.	California Reporter
Cass. civ.	Cour de cassation, Chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, Chambre commerciale, financière et économique
Ch.	Law Reports, Chancery Division

CFR	Common Frame of Reference
C.L.P.	Current Legal Problems
concl.	conclusion
D.	Recueil Dalloz Sirey
DC	Dalloz, Recueil critique
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DP	Dalloz, Recueil périodique
E.H.R.R.	European Human Rights Reports
E.R.	English Reports
ed.	edition
éd.	édition
Edin. L. R.	Edinburgh Law Review
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen
EL & BL	Ellis and Blackburn's Queen's Bench Reports
EMLR	Entertainment and Media Law Reports
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EWCA Civ.	Court of Appeal of England and Wales, Civil Division
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
Exch.	Exchequer Reports
GEKR	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
GEKR-VO	Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
GG	Grundgesetz
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HL	House of Lords
HL(E)	House of Lords, England
HL(Sc)	House of Lords, Scotland
HKLJ	Hong Kong Law Journal
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HRA	Human Rights Act 1998
JCP	La Semaine Juridique: Juris-Classeur Périodique
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
K.B.	King's Bench, Law Reports
KOM	Dokument der Europäischen Kommission
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie
L. Q. R.	Law Quarterly Review
L. R. Ex.	Law Reports, Exchequer Cases
L. R. H. L.	Law Reports, House of Lords

Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
Ltd.	Limited
M. L. R.	Modern Law Review
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
M & W	Meeson & Welsby's Exchequer Reports
N. E.	North Eastern Reporter
N. W.	North Western Reporter
N. Y.	New York Reports
n°	numéro
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no.	number
obs.	observation
OLG	Oberlandesgericht
Oxford JLS	Oxford Journal of Legal Studies
P.	Pacific Reporter
P.2d	Pacific Reporter, Second Series
para.	paragraph
Peake NP	Peake's Nisi Prius Cases
Plc	Public limited company
ProdHaftG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte
Q. B.	Queen's Bench, Law Reports
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
rap.	rapport
RdA-Beil.	Recht der Arbeit – Beilage
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
SC(E)	Supreme Court, England
sec.	section
Slg.	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
TLJ	Torts Law Journal
Tz	Textziffer
UK	United Kingdom
UmweltHG	Umwelthaftungsgesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
verb. Rs.	verbundene Rechtssache
VerbrGK-RL	Verbrauchsgüterkaufrichtlinie
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
Vol.	Volume
Wash.	Washington
W. L. R.	Weekly Law Reports
Wis.	Wisconsin
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bank- recht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

ZGS
ZIP

Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Einführung

Der Standort des heutigen Privatrechts in Europa

Welche Strukturen prägen das Privatrecht in Europa heute? Wird hoheitliche Ordnung die individuelle Freiheit immer stärker einschränken? Werden die Forderungen der Gerechtigkeit und Zweckverfolgung diejenigen der Rechtssicherheit dominieren? Werden bei der richterlichen Rechtsfindung materiale policy reasons in wachsendem Maße formale Rechtsregeln überlagern? Inwieweit kann das Privatrecht zur Förderung gesellschaftlicher Wohlfahrt eingesetzt werden? Wird sich Privatrecht immer mehr in Verfassungsrecht auflösen? Wird es in Europa ein gemeinsames Privatrecht oder wenigstens ein gemeinsames Vertragsrecht oder einen gemeinsamen rechtlichen Rahmen geben? Diese Fragen stellen sich, wenn man die Entwicklung des Privatrechts verfolgt.

Die folgende Studie versteht sich als Versuch, die aufgeworfenen Fragen einer gewissen Klärung zuzuführen. Sie knüpft dabei an das real existierende Privatrecht an. Im Mittelpunkt stehen deshalb nicht die inzwischen erarbeiteten Entwürfe zu einem europäischen Privatrecht oder zu einem europäischen Vertrags- oder Kaufrecht, wie der Draft Common Frame of Reference (DCFR),¹ der Common Frame of Reference (CFR)² und der jüngst veröffentlichte Vorschlag einer Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht,³ wenngleich diese mit berücksichtigt werden. Im Mittelpunkt steht vielmehr die heute prak-

¹ Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Outline Edition, 2009; zu den Grundlagen siehe *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen – Entstehung, Inhalte, Anwendung*, 2009; *Schulze* (Hrsg.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, 2. Aufl. 2009; *Doralt*, Strukturelle Schwächen in der Europäisierung des Privatrechts, *RabelsZ* Bd.75 (2011), 260.

² Abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/interpretation_en.pdf; hierzu *Riesenhuber*, Wettbewerb für das Europäische Vertragsrecht, *JZ* 2011, 537.

³ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11.10. 2011, KOM(2011) 635 endg. Der Verordnungsvorschlag wird im Folgenden als GEKR-VO bezeichnet, das in Anhang I enthaltene Kaufrecht als GEKR. Aus der umfangreichen Diskussion hierzu siehe *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), *Ein einheitliches Europäisches Kaufrecht?*, 2012; *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, 2012; zur vorausgegangenen Feasibility Study *Lehmann*, Auf dem Weg zu einem europäischen Vertragsrecht: Die „Feasibility Study“ der Expert Group on European Contract Law, *GPR* 2011, 218 sowie *Gebauer*, Europäisches Vertragsrecht als Option – der Anwendungsbereich, die Wahl und die Lücken des Optionalen Instruments, *GPR* 2011, 227.

tizierte höchstrichterliche Rechtsprechung. Dabei musste ich mich aus Kompetenzgründen auf das deutsche, englische und französische Recht und hier auf das Vertrags- und Deliktsrecht begrenzen. Ich hoffe aber, damit einen zentralen Bereich erfasst zu haben.

In einem ersten Kapitel sollen die tragenden Leitideen des Privatrechts vorgestellt werden. Anschließend wird in einem zweiten Kapitel an Hand neuer, grundlegender Entscheidungen die Rechtsprechungspraxis analysiert. Aufbauend auf dem so erarbeiteten Grund widmet sich das dritte Kapitel der Theorie eines europäischen Fallrechts.

1. Kapitel

Leitideen des Privatrechts

Eine Reihe von Leitideen charakterisiert das heutige Privatrecht. Genannt seien das auf die Abgrenzung von Freiheitssphären gerichtete formale sowie das auf die Durchsetzung von Werten gerichtete materialisierte Privatrecht. In der Moderne treten die Konstitutionalisierung und die Europäisierung des Privatrechts hinzu.

A. Formales Privatrecht

I. Begriff des formalen Privatrechts

Der Begriff des formalen Privatrechts leidet an einer gewissen Unschärfe. Verbreitet begrenzt man das formale Privatrecht auf das Vertragsmodell, welches dem Geist des Liberalismus entstammt und die Prinzipien der klassischen Ökonomie verkörpert.¹ Im Rahmen dieser Studie wird hingegen von einem umfassenderen Begriff des formalen Rechts ausgegangen. Wir folgen dabei Überlegungen Kants, Savignys und Max Webers.

In den metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre definiert Kant Recht folgendermaßen: „Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann.“² Kant bestimmt also das Recht mit Hilfe des formalen Kriteriums der Vereinbarkeit wechselseitiger Willkür nach einem allgemeinen Gesetz. Hier wird deutlich, dass es Kant nicht darum geht, konkrete Rechtsregeln zu entfalten, sondern Rechtsprinzipien a priori.³ So führt der kantsche Rechtsbegriff zur Gerechtigkeit der Wechselseitigkeit. Ge-

¹ G. Wagner, Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?, in: Blaurock/Hager, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13, 18; vergleichbar ist die in der angloamerikanischen Rechtskultur anzutreffende Privatrechtsverfassung der Freiheit, hierzu Stürmer, Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, JZ 2012, 10, 18 f.

² Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Metaphysik der Sitten, Erster Teil, hrsgg. von B. Ludwig, 3. Aufl. 2009, 39 [230].

³ Höffe, Immanuel Kant, 7. Aufl. 2007, 216.

tauscht werden freilich nicht Waren oder Dienstleistungen, sondern Handlungsfreiheiten.⁴

Savigny knüpft bei seiner Bestimmung des Rechts an das kantische Freiheitsaxiom an.⁵ Ausgehend von der Prämisse, dass freie Wesen nebeneinander nur dann, „sich gegenseitig fördernd, nicht hemmend,“ bestehen können, wenn sie Grenzen anerkennen, „innerhalb welcher das Dasein, und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sicheren, freien Raum gewinne“, definiert er das Recht als eben diese Grenze.⁶ Durch das Recht wird also dem Einzelnen ein Gebiet zugewiesen, „in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat“.⁷ Das Rechtsverhältnis und das subjektive Recht dienen dazu, den Raum der Willkür abzustecken. Das Rechtsgeschäft ist das Mittel, mit dem die Person Rechtsverhältnisse und subjektive Rechte schafft. Das Recht ist insoweit formal, als es allein dem Zwecke dient, Willkür nach Freiheitsgesetzen zu ermöglichen. Grenze der Freiheit des Einzelnen ist prinzipiell nur die Freiheit des Anderen.

Nach Savigny besteht ein innerer Zusammenhang zwischen dem durch das Recht gewährten Freiheitsraum und der sittlichen Person: Der Freiheitsraum ermöglicht dem Einzelnen sittliches Handeln, dies ist sein Zweck. Das Recht vollzieht nicht die Gebote der Sittlichkeit, sichert aber ihre Entfaltung. „Sein Dasein ist aber ein selbständiges, und darum ist es kein Widerspruch, wenn im einzelnen Fall die Möglichkeit unsittlicher Ausübung eines wirklich vorhandenen Rechts behauptet wird.“⁸

Der Begriff des formalen Rechts findet sich schließlich bei Max Weber. Er spricht vom rational-formalen Recht.⁹ Rational-formales Recht beruht auf allgemeinen, den Einzelfall übersteigenden Regeln; diese Regeln realisieren Prinzipien, die im Recht selbst angelegt, also intrinsisch sind.¹⁰ Ergänzend sei hinzugefügt, dass die Regeln mehr spezieller als genereller Natur sind. Die Gesamtheit der Regeln und Prinzipien bildet das Rechtssystem. Die Rechtsfindung liegt in den Händen von Fachjuristen. Sie erfolgt deduktiv. Die den Einzelfall bestimmende Rechtsregel wird durch Ableitung aus dem Rechtssystem gewonnen. Die Verfahren sind Interpretation und Konstruktion. Das rational-formale Recht realisiert das Prinzip der Gleichheit und gewährleistet Rechtssicherheit.

⁴ Höffe, Der kategorische Rechtsimperativ, Einleitung in die Rechtslehre, in: Höffe, Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1999, 41, 54, 55.

⁵ Kiefner, Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, in: Blühdorn/Ritter, Philosophie und Rechtswissenschaft: Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert, 1969, 3, 7ff.

⁶ Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, 1840, 331, 332.

⁷ Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, 1840, 333.

⁸ Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, 1840, 332.

⁹ Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der verstehenden Soziologie, 2. Hllbbd. 5. Aufl., 1976, 503ff.

¹⁰ Hierzu Trubek, Max Weber on Law and the Rise of Capitalism, 1972 Wis. L. Rev. 720, 730.

Von dem skizzierten rational-formalen Recht, wie es sich auf dem Kontinent entwickelt hat, schichtet Max Weber das common law ab. Dieses qualifiziert er als „empirische“ Kunst; die Rechtsfindung habe „charismatischen“ Charakter, weise freilich einen geringeren Grad an Rationalität auf.¹¹ Das common law des 19. Jahrhunderts sei aber insoweit auch formales Recht, als es strenge Anwendungsregeln entwickelte, wie die Regel des stare decisis mit den arrondierenden Regeln der analogy, des distinguishing und des overruling.¹² Unter formalem Recht wird deshalb im Folgenden auch das common law vornehmlich des 19. Jahrhunderts verstanden.

Das formale Recht im dargelegten Sinn war das Recht des Positivismus.¹³ Wie sich Kirche und Staat getrennt hatten, so auch Moral und Recht. Recht war ein Mittel der Herrschaft des Souveräns. Gegenleistung war die Befreiung des Individuums. Dessen Wille war maßgebend bei der Entwicklung des Rechts des Eigentums und des Vertrags. Grenze der Herrschaft des Souveräns wie Grenze des Rechts des Individuums war das Gewissen. Der Verweis auf das Gewissen macht deutlich, wie hinter dem formalen Recht materiale Gerechtigkeitsaspekte hervorscheinen.

Die Überlegungen Kants, Savignys und Max Webers zusammenfassend, lassen sich als Grundcharakteristika des formalen Rechts festhalten: Abgrenzung von Freiheitssphären, Gewährleistung von Rechtssicherheit, Rechtsanwendung nach strengen, positivistischen Regeln. Im Folgenden sollen diese Grundcharakteristika zunächst am Vertragsrecht, sodann am außervertraglichen Haftungsrecht noch einmal verdeutlicht werden.

II. Vertragsrecht

Im Vertragsrecht kehrt die Freiheitsethik Kants und Savignys in dem Prinzip der Parteiautonomie wieder. So definiert Savigny den Vertrag als „die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden.“¹⁴ Die Parteien legen Leistung und Gegenleistung fest. Herzstück des Vertrages ist der Parteiwille.

In Frankreich wird die Maßgeblichkeit des Parteiwillens mit dem Begriff „autonomie de la volonté“ umschrieben.¹⁵ Ihren gelungensten Ausdruck findet die autonomie de la volonté in Art. 1134 alinéa 1 C. civ.: „Les conventions lé-

¹¹ Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Grundriss der verstehenden Soziologie, 2. Hlbbd. 5. Aufl., 1976, 509f.

¹² Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Grundriss der verstehenden Soziologie, 2. Hlbbd. 5. Aufl., 1976, 510.

¹³ Berman, *Law and Revolution*, The Formation of the Western Legal Tradition, 1918, 28ff.

¹⁴ Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Dritter Band, 1840, 5f., 309.

¹⁵ Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, *Droit civil*, Les obligations, 5^e éd. 2011, n° 748.

galement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.“ Parteiautonomie ist also die Macht des Willens, sich sein eigenes Recht zu schaffen.¹⁶

Die Parteiautonomie erfasste auch das common law und führte zur Herausbildung eines rationalen Systems.¹⁷ Theorien des Naturrechts und Liberalismus gingen Hand in Hand.¹⁸ Ein Grund für diese Entwicklung war die wachsende Notwendigkeit, Fälle auf der Grundlage vertraglicher Ideen zu entscheiden und nicht der jury zu überlassen.¹⁹

Ein den Willen der Parteien in den Mittelpunkt stellendes Vertragsrecht wird darauf achten, dass die Willensbildung einwandfrei erfolgt (procedural fairness).²⁰ Es sieht deshalb Regeln vor zur Verhinderung von Täuschung und Drohung sowie zum Schutz solcher Personen, die gar nicht in der Lage sind, eigenverantwortlich ihre Interessen zu wahren. Auch das formale Recht kennt also Sicherungsinstrumente.²¹ Es verlangt aber nicht die Inhaltskontrolle einer Vereinbarung (substantive fairness). Das dargelegte Konzept wird als Willentheorie bezeichnet.

Das Primat des Willens, wie es sich im 19. Jahrhundert entfaltet hat, stieß nicht auf einen Leerraum, sondern auf eine materiale, stärker wertbezogene Vertragsordnung. In deren Mittelpunkt stand die Reziprozität. Dieses Prinzip stellte bereits im 11. und 12. Jahrhundert ein Grundprinzip des Vertragsrechts dar. Reziprozität meinte dabei nicht nur irgendeinen Austausch, sondern idealiter einen Austausch äquivalenter Leistungen.²² Aus der Reziprozität folgte in prozeduraler Hinsicht, dass der Austausch fair, d. h. ohne Druck und Täuschung oder sonstigen Missbrauch zustande gekommen sein musste. Aus der Reziprozität folgte aber weiterreichend in materialer Hinsicht, dass der Austausch nicht einer Partei Lasten auferlegte, die unverhältnismäßig hoch waren zum erlangten Vorteil, und dass der Austausch nicht Dritte oder die Allgemeinheit schädigte.²³ Zur Sicherung der prozeduralen Reziprozität entwickelte das kanonische Recht die Konzepte von Täuschung, Drohung und Irrtum,²⁴ was dann, wie eben dargelegt, in das formale Recht eingegangen ist. Die zur Kontrolle der materialen Reziprozität eingesetzten Figuren waren die Lehren des kanonischen Rechts

¹⁶ *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, *Droit civil, Les obligations*, 5^e éd. 2011, n° 748.

¹⁷ *Ibbetson*, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, 1999, 220.

¹⁸ *Atiyah/Smith*, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6. ed. 2005, 9.

¹⁹ *Ibbetson*, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, 1999, 220.

²⁰ *Atiyah/Smith*, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6. ed. 2005, 297.

²¹ *G. Wagner*, *Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?*, in: *Blaurock/Hager*, *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, 2010, 13, 24f.

²² *Berman*, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, 1918, 344.

²³ *Berman*, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, 1918, 344.

²⁴ *Berman*, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, 1918, 345.

vom Wucher und vom gerechten Preis.²⁵ Diese Lehren enthielten flexible Regeln gerichtet gegen Sittenwidrigkeit und unfairen Handel.²⁶

Ausprägung der Reziprozität ist die consideration-Lehre des common law. Nach der consideration-Lehre setzt ein rechtlich bindendes Versprechen grundsätzlich voraus, dass dem Versprechen eine consideration gegenübersteht.²⁷ Consideration wurde zunächst material verstanden. Consideration war ein Äquivalent für einen guten Grund, eine Vereinbarung durchzusetzen.²⁸ Ausgeschlossen waren eine illegale oder unmoralische consideration.

Eine vergleichbare Funktion wie im common law die consideration erfüllt im französischen Recht die cause. Sie ist Voraussetzung eines wirksamen Vertrags (Art. 1131 C. civ.).²⁹ Wie im englischen Recht genügt die bloße Willensübereinstimmung nicht. Die cause gibt darüber Auskunft, welche Ziele die Parteien verfolgen. Sie ermöglicht eine inhaltliche Kontrolle des Vertrages. Verträge sind nur unter der Bedingung formlos wirksam, dass sie vernünftig sind und nicht gegen die Moral verstoßen.³⁰

Im 19. Jahrhundert war es dann die Willenstheorie, die auf das skizzierte materiale Vertragsmodell einwirkte und zu einer Formalisierung führte.

Vornehmlich für das stärker seinen historischen Wurzeln verpflichtete common law entstand die Schwierigkeit, wie die Willenstheorie und die consideration-Doktrin in Einklang zu bringen waren.³¹ Welche Rolle sollte die consideration spielen, wenn die vertragliche Bindung allein auf dem Willen beruht? Die consideration-Doktrin wurde nicht fallengelassen, aber erheblich eingeschränkt.³² Insbesondere war es nicht Aufgabe der Gerichte, die materielle Gleichwertigkeit der consideration zu überprüfen. Maßgeblich war, was die Parteien als consideration erachteten.

Anschaulich demonstriert dies der Fall *Hamer v. Sidway*³³: Ein Onkel hatte seinem 15jährigen Neffen 5.000 \$ versprochen, wenn dieser bis zu seinem 21. Geburtstag nicht trinken, rauchen, fluchen und Karten oder Billard gegen Geld spielen würde. Als der Onkel später auf Zahlung in Anspruch genommen wurde, stellte sich die Frage, ob dem Zahlungsversprechen eine „valuable consideration“ gegenüberstand. Der intermediate appellate court verneinte dies. Das Versprechen des Neffen stellte für den Onkel keinen Wert dar, und weit davon

²⁵ *Berman*, Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition, 1918, 345, 247 ff.

²⁶ *Berman*, Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition, 1918, 345, 249.

²⁷ *Ibbetson*, A Historical Introduction to the Law of Obligations, 1999, 203 ff.

²⁸ *Atiyah/Smith*, Atiyah's Introduction to the Law of Contract, 6. ed. 2005, 108.

²⁹ *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit civil Les obligations, 5^e éd. 2011, n° 603.

³⁰ *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit civil Les obligations, 5^e éd. 2011, n° 613.

³¹ *Ibbetson*, A Historical Introduction to the Law of Obligations, 1999, 220 ff.

³² *Ibbetson*, A Historical Introduction to the Law of Obligations, 1999, 236 ff.

³³ *Hamer v. Sidway*, 124 N. Y. 538, 27 N. E. 256 (1891).

entfernt, für den Neffen ein Nachteil zu sein, war es wahrscheinlich für diesen sogar ein Vorteil. J. Parker vom Court of Appeal nahm dagegen eine wirksame consideration an. Er führte unter Hinweis auf Anson's Principles of Contract aus, dass die Gerichte ‚will not ask whether the thing which forms the consideration does in fact benefit the promisee or a third party, or is of any substantial value to anyone. It is enough that something is promised, done, foreborne or suffered by the party to whom the promise is made as consideration for the promise made to him‘.³⁴ Die Begründung stellt unmissverständlich klar, dass eine materielle Überprüfung der consideration nicht stattfand.

Eine ähnliche Entwicklung vollzog sich in Frankreich. Die cause wurde vom konkreten Vertrag gelöst, war also abstrakt und für jeden Vertragstyp gleich.³⁵ Dies schränkte die richterlichen Kontrollmöglichkeiten erheblich ein. In einem gegenseitigen Vertrag ist die Verpflichtung der einen Partei die cause der Verpflichtung der anderen Partei. Die cause verknüpft die gegenseitigen Verpflichtungen: Mit Wegfall der einen Verpflichtung entfällt auch die andere. Die Verknüpfung war aber rein formal. Auf ein materielles Gleichgewicht der Verpflichtungen kam es nicht an.³⁶

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Willenstheorie das Prinzip der Reziprozität, das Erfordernis der consideration und der cause formalisiert und dadurch die Parteiautonomie gesichert hat.

Die durch die Parteiautonomie gewährte Freiheit hat freilich eine Kehrseite: Haben nämlich die Parteien von ihrer Freiheit Gebrauch gemacht und einen Vertrag geschlossen, werden sie an diesen gebunden, und zwar auch dann, wenn sich die Verhältnisse ändern. Es herrscht Rechtssicherheit. Aus dem freien Willen wird ein gebundener.

Folgerichtig hat der BGB-Gesetzgeber das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage verworfen; auf gleicher Linie liegt die Ablehnung der *laesio enormis* des gemeinen Rechts.³⁷ Mit der Maßgeblichkeit des Parteiwillens waren diese Figuren nicht zu vereinbaren.

In Frankreich treffen wir auf eine ähnliche Rechtslage. So hat es die Cour de cassation in dem berühmten Fall *Canal de Craponne* abgelehnt, einen Vertrag aus der Mitte des 16. Jahrhunderts über die Entnahme von Wasser aus einem Kanal an die veränderten Verhältnisse anzupassen und den Preis zu erhöhen, obwohl dieser nicht einmal mehr die Unterhaltskosten für den Kanal deckte³⁸: „Il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont

³⁴ *Hamer v. Sidway*, 124 N. Y. 538, 545, 27 N. E. 256 (1891).

³⁵ *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit civil, Les obligations, 5^e éd. 2011, n° 614.

³⁶ *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit civil, Les obligations, 5^e éd. 2011, n° 615, 623.

³⁷ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, 482.

³⁸ Cass. civ., 6 mars 1876, DP 1876.1.193, note *Giboulot*.

été librement acceptées par les contractants“. Die Cour de cassation hielt an dem Prinzip der „intangibilité des conventions“ (Art. 1134 C. civ.) fest. Ein richterlicher Eingriff wurde zurückgewiesen. Gesichtspunkte der Billigkeit konnten sich nicht durchsetzen.

In der Moderne erfährt das auf der Privatautonomie beruhende Vertragskonzept eine Wiedergeburt in den Lehren der *economic analysis of law*.³⁹ Danach bewirken in einem funktionierenden Markt die individuellen Einzelentscheidungen der Marktteilnehmer eine effiziente Steuerung gesellschaftlich knapper Güter. Folgerichtig liegt das Hauptaugenmerk auf der Sicherung eines freien Wettbewerbs.

III. Deliktsrecht

Das formale Recht spielt vor allem im Vertragsrecht eine Rolle; Bezugspunkt ist die Privatautonomie. Schwieriger liegen die Dinge im Deliktsrecht. Hier fehlt ein der Privatautonomie vergleichbares, formales Grundprinzip, an welches das Deliktsrecht anknüpfen könnte. Deliktsrecht wird nicht von den Parteien kreiert, sondern ist notwendigerweise eine objektive Ordnung. Es ist daher in erhöhtem Maße von den sich wandelnden Wertvorstellungen der Gesellschaft abhängig.

In gewisser Weise entspricht dem formalen Vertragsrecht ein außervertragliches Haftungsrecht, das auf den Prinzipien der Reziprozität und des Verschuldens (*faute, negligence*) beruht und die Haftung grundsätzlich an die Verletzung eines Rechts oder Rechtsgutes knüpft. Ein solches System könnte man deshalb als formales Haftungsrecht bezeichnen, wengleich sich dieser Begriff nicht eingebürgert hat.

Die Reziprozität galt lange als das beherrschende Prinzip des Deliktsrechts.⁴⁰ Sie ist Ausdruck der ausgleichenden Gerechtigkeit. Meist spricht man deshalb auch vom Ausgleichsprinzip. In einer immer wieder zitierten Formel hat die Cour de cassation ausgeführt: „le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit“.⁴¹ Reziprozität sagt freilich noch nichts darüber aus, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, um den Ausgleichsmechanismus auszulösen.

Im 19. Jahrhundert hatte sich als Grundsatz die Regel durchgesetzt, dass nur eine schuldhafte Handlung (Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit gemäß § 823 Abs. 1 BGB, *faute* gemäß Art. 1382 C. civ., *breach of duty* im Rahmen des *negligence-*

³⁹ Zu dieser Verknüpfung des formalen Rechts mit der *economic analysis of law* *Atiyah/Smith*, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6. ed. 2005, 16 ff.

⁴⁰ *Kötz/Wagner*, *Deliktsrecht*, 11. Aufl. 2010, Rn. 56.

⁴¹ Cass. civ. 2^e, 28 oct. 1954, Bull. civ. II, n° 328.

Tatbestands) eine Schadensersatzpflicht begründen könne.⁴² Die Verknüpfung von Verschulden und Haftung rechtfertigt sich dadurch, dass in dem Verschuldensvorwurf auch ein moralischer Vorwurf liegt.⁴³ Die Verschuldenshaftung knüpft an die Verantwortlichkeit des Haftenden an und realisiert damit das Prinzip der Selbstverantwortung.⁴⁴

Diese Verknüpfung hat aber auch eine Kehrseite. Ist die Gefährlichkeit einer Handlung trotz sorgfältiger Prüfung nicht zu erkennen und führt die Handlung zu einer Schädigung Dritter, trifft den Akteur keine Haftung und die Betroffenen müssen die Folgen wie einen Zufall hinnehmen; das Verschuldensprinzip ist damit von entscheidender Bedeutung für die Abgrenzung des Rechtskreises des Einzelnen, innerhalb dessen er sich frei entfalten kann.⁴⁵ Solange ich mich sorgfältig verhalte, darf ich in meinem Rechtskreis tun und lassen, was ich will, auch wenn ich einen anderen schädige; der Preis ist, dass der andere dies auch darf.⁴⁶ Das Verschuldensprinzip schützt damit wie die Privatautonomie die Handlungsfreiheit.

Anschaulich zeigt dies die bekannte Entscheidung *Bolton v. Stone*.⁴⁷ Miss Stone war von einem Cricket-Ball verletzt worden. Der von einem Spieler geschlagene Ball hatte nach einem Flug von fast 100 Yards den Absperrungszaun des Spielgeländes überquert und sie getroffen. In den letzten dreißig Jahren war es nur sechs Mal vorgekommen, dass ein Ball so weit geschlagen worden war. Um das Unglück zu vermeiden, wäre es nötig gewesen, das Spielgelände aufzugeben oder den Absperrungszaun zu erhöhen. Hätte ein reasonable man diese Maßnahmen ergriffen? Lord Radcliff führte aus: „It seems to me that a reasonable man, taking account of the chances against an accident happening, would not have felt himself called upon either to abandon the use of the ground for cricket or to increase the height of his surrounding fences. He would have done what the appellants did: in other words, he would have done nothing.“⁴⁸ Kurz: Gemessen an der Geringfügigkeit des Risikos war der geforderte Aufwand zu hoch und musste deshalb nicht erbracht werden. Die Freiheitssicherung der Verschuldenshaftung tritt hier deutlich zu Tage.

⁴² *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 21; *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit civil, Les obligations, 5^e éd. 2011, n° 47; *Markesinis/Deakin*, Tort Law, 6. ed. 2008, 55 ff.; *Ibbetson*, A Historical Introduction to the Law of Obligations, 1999, 169 ff.

⁴³ *Markesinis/Deakin*, Tort Law, 6. ed. 2008, 55.

⁴⁴ *Schaub*, Das Prinzip der Selbstverantwortung im Deliktsrecht, in: Riesenhuber, Das Prinzip der Selbstverantwortung – Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht 2011, 281.

⁴⁵ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 1899, 1074 = Protokolle: Unerlaubte Handlungen, S. 2714; *Markesinis/Deakin*, Tort Law, 6. ed. 2008, 56.

⁴⁶ *Stevens*, Torts and Rights, 2007, 108.

⁴⁷ *Bolton v. Stone* [1951] A. C. 850.

⁴⁸ *Bolton v. Stone* [1951] A. C. 850, 869.

Personenregister

- Abinger 174
Alderson 67, 174
Asquith 68
Atkin 51, 175 ff.
- Bingham 61 ff., 89, 92, 102, 117
Blackburn 131
Böckenförde 167
Bridge 124
Browne-Wilkinson 35 f., 114 f.
Buckmaster 174
- Cairns 131
Canaris 24
Cane 172
Cardozo 159, 171
Caroline v. Monaco (Hannover) 142
Clarke 32, 43
Cooke 125
- Davies 62
Deakin 137
Denning 49, 52 f., 57, 62, 176
- Evans-Lombe 41
- Gény 12
Goethe 156
Goff 78, 84, 124 f., 132, 165, 179
- Hale 72, 91, 106
Hannover v. 142
Hoffmann 41, 43 f., 70 f., 85, 89, 102, 111,
133, 137 f., 140, 163, 172
Hope 71, 120
- Jenkins 136
Jesus 177
- Jonas 168
- Kant 3, 5
Kenyon 134
- Lepsius 159
Lloyd 42
Longmore 127
Lüth 24
- Macmillan 176
Markesinis 137
Maultzsch 65, 163
McCowan 112
McNair 68
Megaw 62
Mosk 96
- Neuberger 126
Nicholls 35 f., 107, 114, 117, 138, 140
- Oliver 83
- Parker 8
Phillips 53
- Radcliff 10, 56
Reid 68
Rodger 71
- Savigny 3 ff., 50
Scarman 83, 165
Scott 63
Smith 90
Smith T.B. 177
Steyn 84
Stürner 156

Thankerton 175
Tobriner 109
Tomlin 174
Toulson 53

Wagner 98
Walker 72
Weber, Max 3 ff.
Wilberforce 49, 82 f., 88, 123, 166
Württemberg 167

Sachregister

- abstrakte Rechtsausführungen 162 f.
Abwägung 24 f., 27, 142 ff., 149, 166 f., 171 f.
actio directe 74 f.
Äquivalenzstörung 54 ff.
Allgemeine Geschäftsbedingungen 14, 45, 46, 48 f.
allgemeines Lebensrisiko 92, 152
analogy 160 f.
antizipierter Vertragsbruch 60 ff.
– Schadensberechnung 61 ff.
Anwaltshaftung 73, 124 f.
Arzthaftung 99 ff.
– Aufklärungsfehler 99 ff.
– Behandlungsfehler 103 ff.
Asbest 85, 88
Aufklärungspflichten 14, 36 ff.
Ausgleichsprinzip 9, 63, 165
autonomie de la volonté 5, 13
- Beeinträchtigung von Grund und Boden 127 ff., 152 f.
Bürgschaftsbeschluss 24 f., 33 f.
- cause 7 f., 46 ff., 55
causing loss by unlawful means 134, 138 f.
CFR 1
chaîne de contrat 74 f.
chance 100 ff., 104 ff.
Chartervertrag 52 f., 61 ff., 70 f.
Chronopost 46 f.
close connection test 126 f.
common law 5 f., 12
consideration 7 f., 124
conspiracy 135 f.
– lawful means 135 f.
– unlawful means 135, 140
contemplation rule 66 ff.
- culpa in contrahendo 14, 30
- DCFR 1, 16 f., 22, 37 f., 54, 57, 74
Deliktsrecht 9 ff., 18 ff., 81 ff., 155
– Arzthaftung siehe dort
– economic torts siehe dort
– Gefährdungshaftung 18 f.
– Haftung des Geschäftsherrn 125 ff., 152
– Kausalitätsnachweis 87 ff., 94 ff., 99 ff.
– negligence siehe dort
– nuisance siehe dort
– Produzentenhaftung siehe dort
– Rylands v. Fletcher 131 f., 153
– Schockschäden 82 ff., 152
– Schutz von Grund und Boden 127 ff., 152 f.
– Schutzbereich 81 ff., 98
– Schutzpflichten 107 ff., 178
– Schutzzweck 86 f.
– Vermögensschutz 77, 122 ff., 152
– Verschuldenshaftung 9 f., 81, 93 f., 132
– Zurechnung von Folgeschäden 91 f.
Diskriminierung 16, 147 f.
distinguishing 160 f.
Dogmatik 156
Draft Common Frame of Reference siehe DCFR
Drittwirkung der Grund- und Menschenrechte 24 f.
duty 81, 86 f., 93, 107 ff., 122 ff., 173 ff.
- economics analysis of law 9, 166
economic torts 132 ff., 153
equity 12, 30, 52 f.
Erklärungstheorie 40
estoppel 30
Ethos 167

- Europäisierung des Privatrechts 26 ff., 146 ff.
 exclusionary rule 42 ff.
- fairness 13 f.
- Fallrecht 155 ff.
- faute 9
 – lourde 46
- Folgeschäden 91 f.
- foreseeability rule 66 ff., 82 ff., 91 f., 132
- formales Privatrecht 3 ff., 150
- Freirechtsschule 12
- frustration 56
- Gefährdungshaftung 18 f.
- GEKR 1, 17 f., 54, 57, 74
- GEKR-VO 1, 17
- gemeinsamer Irrtum 50 ff.
- Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
 siehe GEKR
- Generalklausel 11,
- Gerechtigkeit 11 f., 84, 124, 164
- Gesinnungsethik 168
- groupe de contrat 75
- Grundfreiheiten 27, 146 ff., 166
 – horizontale Wirkung 27
 – mittelbare Drittwirkung 149
 – unmittelbare Drittwirkung 147 f.
- Grundrechte 24, 142 ff., 166
 – Drittwirkung 24
 – Grundrechtskollision 24, 142 ff., 162, 166 f.
- Güterabwägung siehe Abwägung
- Gutachterhaftung 124 f.
- Haftung des Geschäftsherrn 125 ff.
- Haftung von Behörden 109 ff.
- Haftungsbegrenzung 66 ff., siehe auch foreseeability
- Haftungsbegrenzungsklauseln 46 ff.
- Handeln unter fremdem Namen 38 ff.
- Handlungsfreiheit 4 f., 10 f.
- hypothetische Fälle 164
- Identitätsirrtum 38
- immaterieller Schaden 64 ff.
- Individualabrede 45, 47 f.
- inducing breach of contract 133 f., 137, 139
- Instrumentalisierung des Privatrechts 19 f.
- intangibilité des conventions 9, 59 f.
- Integritätsschutz 81 ff., 151
- in the course of employment 126
- Interpretation 23
 – konventionskonforme 23
 – richtlinienkonforme 26
 – verfassungskonforme 23
 – Vertragsinterpretation 40 ff., 56 f., 162
- ius civile 12
- ius honorarium 12
- Kardinalpflichten 45
- Kartellabsprache 20
- Kausalität 87 ff., 94 ff., 99 ff.
 – Urheberzweifel 96 ff.
 – Wirkungskausalität 94 ff.
 – Marktanteilshaftung 96 ff.
- Klauselkontrolle 44 ff.
 – durch Interpretation 48 f.
 – Schutz des Unternehmers 45, 49
 – Schutz des Verbrauchers 13, 15
- Kompensationsprinzip siehe Ausgleichsprinzip
- Konstitutionalisierung des Privatrechts 23 ff., 142 ff.
- laesio enormis 8
- lawful means conspiracy siehe conspiracy
- loss of amenities 64 f.
- Loyalitätspflichten 59 ff.
- Lüth-Urteil 24
- Marktanteilshaftung 96 ff.
- Marktpreisregel 61, 63 ff., 164
- materialisiertes Privatrecht 11 ff., 150 f.
- Menschenrechte 25, 112 ff., 116 ff., 121, 129 f., 142, 166
 – Drittwirkung 25, 143
- metajuristisches System 170 f., 179
- méthode de la libre recherche scientifique 12

- negligence 9, 77, 93, 107ff., 122ff., 173f.,
 178
 – duty siehe dort
 – neighbour principle 175f., 178
 nuisance 127ff.
- obiter dictum (dicta) 163
 objektiver Schaden 64, 164
 overruling 162
 – prospective 163
- Parteiautonomie 5f., 8, 165
 Parteiwille 6
 passing on defence 20f.
 perte d'une chance 100ff., 104ff.
 Persönlichkeitsrecht 103, 142ff.
 policy reasons 12, 110f., 166
 Positivismus 5, 12
 Präjudiz 158ff., 171, 179
 praktische Konkordanz 24, 166f.
 precontractual negotiations 41ff.
 préjudice moral 101f.
 Pressefreiheit 142ff.
 Prinzip 159ff., 164, 171f.
 Privatautonomie siehe Parteiautonomie
 privity rule 93, 124, 159f, 174, 178
 procedural fairness 13
 Produzentenhaftung 19f. 93ff.
 prospective overruling siehe overruling
- Recht auf Achtung des Privat- und
 Familienlebens 118, 129f.
 Rechtsgeschichte 165
 rechtspolitische Argumente siehe policy
 reasons
 Rechtssicherheit 4f., 12, 164
 Rechtssystem 164, 171
 Rechtsvergleichung 165
 rectification 43f.
 Religion 170f., 175, 177f., 179
 rescission 52
 révision pour imprévision 54
 Reziprozität 6, 9
 richterliches Vorverständnis 170
 Richtlinien 26f.
 right to a court 112f., 116, 121
 Risikoerhöhung 88ff.
 Rylands v. Fletscher 131ff., 153
- Schadensprävention 19
 Schockschäden 82ff., 152
 Schutz von Grund und Boden 127ff.
 Schutzbereich 81ff., 98
 Schutzpflichten 107ff., 178
 Schutzpflichtenlehre 24f.
 Schutzzweck 73, 86ff.
 Selbstbestimmung 5f., 8
 solidarisme contractuel 13
 strikte Haftung 18f., 93, 127
 subject to contract-Klausel 31
 substantive fairness 13f.
- Umwelthaftung 19, 129f., 132
 undue influence 14, 34ff.
 Unfair Contract Terms Act 1977 49
 unlawful means conspiracy siehe
 conspiracy
 Unternehmer 45
- Verantwortung 167ff.
 – Drittverantwortung 169
 – Selbstverantwortung 169
 Verantwortungsethik 168
 Verbraucherschutz 13, 15, 17
 Vergleichsverhandlung 43f.
 – without prejudice 43f.
 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 25, 147f.
 Verleitung zum Vertragsbruch 133f., 137,
 139
 Vermögensschäden 77, 122ff., 152
 Verschuldenshaftung 9f., 81, 93f., 132
 Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten
 Dritter 125
 Vertragsabschluss 33ff.
 Vertragsbindung 8ff., 50ff.
 Vertragsfreiheit 5ff.
 Vertragsinterpretation 40ff.
 Vertragsketten 74ff.
 Vertragsklauseln 44ff.
 Vertragsrecht 5ff., 13ff., 29ff.
 – antizipierter Vertragsbruch 60ff.
 – Ersatz von Drittschäden 77ff., 125
 – gemeinsamer Irrtum 50ff.
 – Haftungsbegrenzung 66ff.
 – Handeln unter fremdem Namen 39f.
 – Identitätsirrtum 38f.

- Klauselkontrolle siehe dort
- undue influence 34 ff.
- Vertragsabschluss 33 ff.
- Vertragsergänzung 44
- Vertragsinterpretation 40 ff., 56 f., 162
- Vertragsschluss 29 ff.
- Vertragszweck 41
- Vertrauensschutz 163
- vicarious liability 126 ff.
- victim 84
 - primary 84
 - secondary 84
- Voraussehbarkeit 66 ff., 82 ff., 91 f., 132
- Vorteilsausgleichung 21 f., 79 f.
- Wegfall der Geschäftsgrundlage 8, 15 f., 54, 59
- Wettbewerbsfreiheit 133, 141
- Widerrufsrecht 14, 16
- Willenstheorie 6 ff., 40
- Zeitgeist 167
- Zweckinterpretation 42, 44
- Zweckverfehlung 58 ff.
- Zweckverfolgung 11 f., 164