

Rechtsdurchsetzung durch Vertragsstrafe und Aufrechnung

Herausgegeben von
MARTIN GEBAUER
und STEFAN HUBER

Gesellschaft für Rechtsvergleichung e. V.

*Rechtsvergleichung
und Rechtsvereinheitlichung*

Mohr Siebeck

Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

Herausgegeben von der
Gesellschaft für Rechtsvergleichung e. V.

60



Rechtsdurchsetzung durch Vertragsstrafe und Aufrechnung

Ergebnisse der 36. Tagung für Rechtsvergleichung
vom 14. bis 16. September 2017 in Basel

Herausgegeben von
Martin Gebauer und Stefan Huber

Mohr Siebeck

Martin Gebauer ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen und im Nebenamt Richter am Oberlandesgericht Stuttgart.

Stefan Huber ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilprozess- und Insolvenzrecht, Europäisches und Internationales Privat- und Verfahrensrecht an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

ISBN 978-3-16-156400-0 / eISBN 978-3-16-156401-7
DOI 10.1828/978-3-16-156401-7

ISSN 1861-5449 / eISSN 2569-426X (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung)

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomariningen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Vorwort

Der vorliegende Band enthält die Beiträge der zivilrechtlichen Fachgruppe zur Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, die im Herbst 2017 unter dem Generalthema „Das Recht und seine Durchsetzung“ in Basel stattfand. Vor dem Hintergrund dieses Generalthemas widmete sich die zivilrechtliche Abteilung Aspekten materiellrechtlicher Gestaltungsmacht, die der Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche dienen können. Zwei klassische Institute derartiger Gestaltungsmacht sind die Aufrechnung und die Vertragsstrafe. Dabei fällt aus rechtsvergleichender Perspektive bereits im Ausgangspunkt auf, dass die Vertragsstrafe in einigen Rechtsordnungen sowohl Erfüllungsdruck als auch Vereinfachung durch Schadenspauschalierung bewirken soll, wohingegen in anderen Rechtsordnungen die Druckfunktion traditionell nicht anerkannt ist. In jüngerer Zeit gibt es allerdings Anzeichen für eine gewisse Konvergenz. Bei der Aufrechnung finden sich in den einzelnen Rechtsordnungen völlig unterschiedliche Modelle zur Realisierung dieses Mechanismus – auch dieser Bereich unterlag in jüngerer Zeit nationalen Reformprozessen, so bspw. in Frankreich mit der Obligationenrechtsreform aus dem Jahre 2016. Traditionelle Grundsätze und aktuelle Reformprozesse stehen somit im Zentrum des vorliegenden Bandes.

Er vereint Berichte zu den Rechtsordnungen von China, Deutschland, Frankreich und Polen sowie den Ländern des Common Law. Methodische Hinweise zum Rechtsvergleich finden sich in der Einführung. Die Orientierungsfragen, die den Ausgangspunkt der einzelnen Berichte bilden, sind am Ende des Bandes abgedruckt.

Wir danken besonders den Berichterstattern, die die Tagung durch ihre mündlichen Referate ermöglicht und ihre Gedanken für diesen Band in vertiefter Form zu Papier gebracht haben: Helge Dedek von der Universität McGill in Montreal, Shiyuan HAN von der Universität Tsinghua in Peking, Jonas Knetsch von der Universität Jean-Monnet Saint-Étienne in Lyon, Knut Benjamin Pißler vom Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, Piotr Tereszkiwicz von der Jagiellonen-Universität in Krakau und Matthias Weller von der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn. Schließlich danken wir unseren Mitarbeitern Karin Arnold, Tim Giesecke, Gabriel Lipps und Linda Meister für die wertvolle Unterstützung bei der Editierung der Texte.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Martin Gebauer und Stefan Huber</i> Materielle Gestaltungsmacht durch Aufrechnung und Vertragsstrafe im Rechtsvergleich – Grundidee und Vorgehensweise	1
<i>Jonas Knetsch</i> Aufrechnung und Vertragsstrafe im französischen Recht	5
<i>Helge Dedek</i> Rechtsdurchsetzung durch Aufrechnung und Vertragsstrafe im Common Law	33
<i>Han Shiyuan und Knut Benjamin Piffler</i> Materielle Gestaltungsmacht in der Rechtsdurchsetzung in der Volksrepublik China. Aufrechnung und Vertragsstrafen	67
<i>Piotr Tereskiewicz</i> Aufrechnung und Vertragsstrafe im polnischen Recht	83
<i>Matthias Weller</i> Materielle Gestaltungsmacht in der Rechtsdurchsetzung: Aufrechnung und Vertragsstrafe – Deutsches Recht	101
<i>Martin Gebauer, Stefan Huber, Karin Arnold und Gabriel Lipps</i> Anhang: Orientierungsfragen	117
Autorenverzeichnis	121

Materielle Gestaltungsmacht durch Aufrechnung und Vertragsstrafe im Rechtsvergleich – Grundidee und Vorgehensweise

Martin Gebauer und Stefan Huber

Die Durchsetzung des materiellen Rechts wird in aller Regel dem Prozessrecht zugeschrieben, das spätestens auf der Ebene der Vollstreckung die Ausübung hoheitlicher Staatsgewalt vorsieht. Daneben aber hält das materielle Privatrecht selbst verschiedene Möglichkeiten bereit, die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche zu erreichen oder zumindest gestaltend zu beeinflussen. Zwei klassische Instrumente derartiger privatautonomer Gestaltungsmacht, die sich in ihren Funktionen teilweise überlagern, sind die Vertragsstrafe und die Aufrechnung.

Die Vertragsstrafe kann dabei einen doppelten Zweck verfolgen: Zum einen den Aufbau eines gewissen Erfüllungsdrucks; zum anderen die Gewährung eines pauschalierten Schadensersatzanspruchs für den Fall einer Pflichtverletzung. Wie die beiden Funktionen in den einzelnen Rechtsordnungen umgesetzt werden, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen und warum die einzelnen Rechtsordnungen unterschiedliche oder auch gemeinsame Wege gehen, ist der erste zentrale Untersuchungsgegenstand des vorliegenden Bandes.

Unabhängig von privatautonom erhöhtem Erfüllungsdruck lässt sich materielle Rechtsdurchsetzung über die Aufrechnung in ihren verschiedenen Erscheinungsformen – als Gestaltungsrecht, als Legalkompensation, als richterliche oder auch als vertragliche Aufrechnung – realisieren. Besonders ausgeprägt ist die privatautonome Gestaltungsmacht, wenn die Aufrechnung ganz ohne Inanspruchnahme hoheitlichen Handelns Wirkung entfaltet. Die Grundidee der Aufrechnung ist schnell beschrieben, in den praxisrelevanten Details aber wirft sie schwierige Fragen auf, wie bspw. die der Insolvenzfestigkeit einer Aufrechnungslage (näher s. die hier auf S. 117 abgedruckten Orientierungsfragen). Dieses Institut bildet in seinen verschiedenen Ausprägungen den zweiten Themenschwerpunkt des vorliegenden Bandes.

Die gemeinsame Betrachtung der Vertragsstrafe und der Aufrechnung in ihren verschiedenen Erscheinungsformen verfolgt das Ziel, diese Instrumente in einen funktionalen Gesamtzusammenhang zu stellen und rechtsvergleichend unter Berücksichtigung der jeweiligen historischen Entwicklung und ihres Verhältnisses zum Prozessrecht einzuordnen. Einbezogen in den Rechtsvergleich

wurden die Rechtsordnungen Frankreichs, Polens, des *Common Law*, Chinas sowie Deutschlands. Berücksichtigung erfahren haben dabei auch transnationale Projekte wie die UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* und der *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).

Die Rechtslage in Frankreich hat im Jahre 2016 eine grundlegende Reform im Bereich des Obligationenrechts erfahren. Die Neuregelungen haben auch Auswirkungen auf die hier behandelten Themenkreise. So hat das Reformgesetz deutliche Zweifel an der traditionellen französischen Konstruktion der Legalaufrechnung aufkommen lassen (unten S. 5, 18 ff.). Die richterliche Aufrechnung, die die Rechtsprechung *praeter legem* für Fälle entwickelt hatte, in denen nicht sämtliche Voraussetzungen der Legalkompensation vorlagen, hat durch die Reform Eingang in den *Code civil* gefunden (unten S. 5, 20, dort Fn.66). Im Bereich der Vertragsstrafe hat der Gesetzgeber die zuvor etablierte Rechtslage fortgeführt und die richterliche Befugnis zur Herauf- und Herabsetzung der vereinbarten Vertragsstrafenhöhe nochmals konkretisiert und gestärkt (unten S. 5, 8 ff.). Neuere Entwicklungen sind ebenfalls im *Common Law* zu beobachten. Traditionell ist dort bei vertraglichen Abreden über Zahlungen im Falle von Pflichtverletzungen die Funktion des Erfüllungsdrucks nicht anerkannt, die Funktion von „*liquidated damages*“ hingegen schon. Neuere Gerichtsentscheidungen relativieren allerdings diesen traditionellen Ansatz (unten S. 33, 53 ff.). Eine umgekehrt verlaufende Entwicklung lässt sich in China konstatieren: Aufgrund der zentralen Bedeutung des vertraglichen Erfüllungsanspruchs im sozialistischen System Chinas war traditionell eine Vertragsstrafenregelung mit Erfüllungsdruckfunktion fester Bestandteil des Vertragsrechts. Mit der Öffnung des chinesischen Marktes für Transaktionen mit Akteuren aus Rechtssystemen, denen derartige Regelungen fremd sind, wurde parallel die Entwicklung von Regelungen mit lediglich kompensatorischem Charakter betrieben (unten S. 67, 76 ff.).

Die polnische und deutsche Rechtslage sind demgegenüber von Kontinuität geprägt. Die Aufrechnung hat in Deutschland seit der Kodifikation des BGB unzweifelhaft den Charakter eines Gestaltungsrechts; die richterliche Aufrechnung ist hier nicht vorgesehen. Bei der Vertragsstrafe ist Erfüllungsdruck als Regelungszweck klar anerkannt. Bemerkenswert ist hierzulande allerdings die intensive richterliche Kontrolle der Vertragsstrafenregelungen (dazu unten S. 101, 114 f.). Die polnische Rechtslage ähnelt im Bereich der Aufrechnung dem deutschen System, im Bereich der Vertragsstrafe hingegen dem französischen, da die Geltendmachung der vereinbarten Vertragsstrafe die Liquidation eines darüber hinausgehenden Schadens ausschließt.

Das gemeinsame Fundament der einzelnen Berichte bilden Orientierungsfragen, die sich verschiedenen Grundkategorien zuordnen lassen. Bei der Aufrechnung sind dies bspw. die Voraussetzungen, die Wirkungen und mögliche Ausschlüsse der Aufrechnung, aber auch Mehrpersonenverhältnisse und prozessuale Fragen. Bei der Vertragsstrafe geht es neben dem allgemeinen rechtli-

chen Kontext vor allem um das Verhältnis zu Erfüllung und Schadensersatz, um Mechanismen richterlicher Kontrolle und um die prozessuale Einbettung. Die Einzelheiten lassen sich den im Anhang (S. 117) abgedruckten Orientierungsfragen entnehmen.

Aufrechnung und Vertragsstrafe im französischen Recht

Jonas Knetsch

I. Die Vertragsstrafe im französischen <i>Code civil</i>	8
1. Der Begriff der Vertragsstrafe (<i>clause pénale</i>)	9
2. Zulässigkeit und Wirksamkeit der Vertragsstrafe	11
3. Der Richter und die Höhe der Vertragsstrafe	13
II. Die Aufrechnung im französischen <i>Code civil</i>	16
1. Die Funktion der Aufrechnung im französischen Recht	16
2. Abschied von der Legalaufrechnung (<i>compensation légale</i>)?	18
3. Der Sonderfall der Aufrechnung konnexer Forderungen im Konkurs	21
Anhang: Auswahl an Gesetzestexten	25
1. Vorschriften zur Vertragsstrafe	25
2. Vorschriften zur Aufrechnung	28

Befragt man einen französischen Juristen zum Thema „materielle Gestaltungsmacht in der Rechtsdurchsetzung“, so wird man nur selten auf sofortiges Verständnis stoßen. Umschreibt man jedoch die zu besprechenden Fragestellungen mit den Schlagworten „*unilatéralisme contractuel*“¹ und „*limites du pouvoir du juge*“², also dem vertragsrechtlichen Unilateralismus und den Grenzen des richterlichen Einflusses auf die Vertragsbeziehung, so ist schnell ein gemeinsames Terrain für den Ideenaustausch gefunden und die maßgebliche Hürde einer rechtsvergleichenden Diskussion aus dem Weg geräumt.

Um es vorwegzunehmen: Das französische Vertragsrecht tut sich nach wie vor sehr schwer mit der Vorstellung, Rechte von Vertragsparteien begrifflich als Gestaltungsinstrumente einzuordnen. Zwar weiß man auch in Frankreich um

¹ Das Thema erfreut sich seit der Jahrtausendwende in der rechtswissenschaftlichen Literatur zunehmender Beliebtheit. Siehe bereits den Tagungsband *Jamin/D. Mazeaud* (Hg.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, 1999; aus jüngerer Zeit *Piazzon*, *Revue des contrats* 2012, 1459; *Bros*, *Revue des contrats* 2012, 1452 sowie die Dissertationen von *Lemay*, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Diss. Lille 2, 2012; *Delobel*, *L'unilatéralisme en droit des contrats*, Diss. Nizza, 2011 und *Lé-Comby*, *L'unilatéralisme et le droit des contrats*, Diss. Paris-Sud, 2009.

² Siehe etwa *Grynbaum*, *Le contrat contingent: l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, 2004; *Gout*, *Le juge et l'annulation du contrat*, 1999 sowie aus rechtsvergleichender Perspektive zuletzt *Signat*, *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat*, 2018.

die deutsche Kategorie der Gestaltungsrechte, der sog. *droits formateurs*³. Allerdings ist die Idee, die einseitige Einwirkung auf den Vertrag als Ausübung einer besonderen Art von Rechten zu verstehen, nie auf fruchtbaren Boden gefallen. Das Fehlen einer eigenständigen Lehre der Willenserklärungen sowie das tief verwurzelte Verbot der Selbsthilfe (*nul ne peut se faire justice à soi-même*) haben sicher dazu beigetragen, dass es zu einer Verästelung der Kategorie der subjektiven Rechte (*droits subjectifs*) wie im deutschen Recht nicht gekommen ist⁴.

Der Rücktritt vom Vertrag wird denn auch schlicht und einfach als Ausübung eines Auflösungsrechts (*droit à résolution*) verstanden, die Kündigung eines Mietvertrages als Ausübung eines Kündigungsrechts (*droit à résiliation*), egal ob dies durch einseitige Erklärung oder im Klagewege erfolgt. Eine Unterscheidung zwischen Gestaltungsrecht einerseits und Gestaltungsantrags- oder Gestaltungsklagerecht andererseits, wie sie das deutsche Zivilrecht kennt⁵, ist der französischen Rechtsordnung fremd.

Gleichwohl bedeutet dies aber nicht, dass der französische Jurist beim Thema „materielle Gestaltungsmacht in der Rechtsdurchsetzung“ zum Schweigen verurteilt und das System des *Code civil* für eine weiterführende Diskussion völlig untauglich wäre. Schließlich ermöglicht auch das französische Zivilrecht einer Partei, auf die Vertragsbeziehung oder generell auf eine bestehende Rechtslage einzuwirken, ohne zunächst eine gerichtliche Klage anzustrengen. Nur wird dies mit anderen Mitteln erreicht und in nicht demselben Umfange anerkannt wie im BGB.

Das klassische französische Zivilrecht steht vor allem im vertraglichen Bereich einer einseitigen Einwirkung auf die Rechtslage ohne Mitwirkung der anderen Partei skeptisch gegenüber. So ist die Anfechtung eines Vertrages aufgrund eines Willensmangels nach wie vor nur durch Klage möglich⁶, die – eben bereits angesprochene – Auflösung des Vertrags bei Nichterfüllung (*résolution*) bis weit in die 1990er Jahre ebenso nur im Rahmen eines Gerichts-

³ Witz, *Droit privé allemand*, Bd. 1, 1991, Rn. 587 ff. Auch die Begriffe *droit potestatif* und *prérogative contractuelle* kommen dem deutschen Gestaltungsrecht nahe. Bei allen drei Begriffen handelt es sich jedenfalls um rein akademische Rechtsfiguren ohne positivrechtliche Grundlage. Siehe Rochfeld, in: *Études offertes à Jacques Ghestin*, 2001, 747; Pomart-Nomdédéo, *Revue trimestrielle de droit civil* 2010, 209 (zum *droit potestatif*) sowie Raynard, *Revue des contrats* 2011, 695 u. Fenouillet, *Revue des contrats* 2011, 644 (zur *prérogative contractuelle*) jeweils m. w. N.

⁴ In deutscher Sprache hierzu Ferid/Sonnenberger, *Das französische Zivilrecht*, Bd. 1/1, 2. Aufl. 1994, Rn. 1 C 47.

⁵ Statt vieler Brox/Walker, *Allgemeiner Teil des BGB*, 41. Aufl. 2017, Rn. 629 f.

⁶ Gemäß Art. 1178 Abs. 1 S. 2 C. civ. „muss die Nichtigkeit des Vertrages durch den Richter ausgesprochen werden, es sei denn die Parteien haben sie durch Vereinbarung festgestellt“. Hierzu in deutscher Sprache Ferid/Sonnenberger (Fn. 4), Rn. 1 F 912 ff.; detaillierter Schätz, *Die Mangelhaftigkeit der Rechtsgeschäfte nach deutschem und französischem Recht*, Diss. München, 1962 sowie grundlegend Windscheid, *Zur Lehre des Code Napoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, 1847.

prozesses⁷. Das ursprüngliche System des *Code civil* verfolgt also eher einen prozessualen denn einen materiellen Ansatz zur Rechtsdurchsetzung. Nur in Ausnahmefällen wurde dem Vertragspartner bei Mängeln des Vertragsschlusses oder bei Nicht- oder Schlechterfüllung der Gang vors Gericht erspart⁸.

Vor diesem Hintergrund überrascht es wenig, dass die Väter des *Code civil* den Vertragsparteien die Möglichkeit einräumten, Vereinbarungen zu treffen, die es der einen oder anderen Partei erlauben, sofort und ohne Anrufung eines Richters, etwa bei Vertragsbruch, ihr Recht auf Schadensersatz geltend zu machen. So wurden bei Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches sogar an zwei verschiedenen Stellen des Zivilgesetzbuches derartige Klauseln erwähnt, was der Begriffsklarheit und der Rechtssicherheit gleichwohl keineswegs zuträglich war.

So sind zunächst die Artikel 1226 bis 1233 a. F. zu erwähnen, die eine ganze Reihe von Vorschriften über „Verpflichtungen unter Vertragsstrafe“ (*Des obligations avec clauses pénales*) beinhalteten. Neben zwei nicht ganz identischen Definitionen und Ausführungen zum Verhältnis zwischen Hauptleistung und Vertragsstrafe sowie zum richterlichen Abänderungsrecht fanden sich hier auch detailreiche Ausführungen zur Wirkung von Vertragsstrafen, etwa bei Übergang der Verpflichtung auf die Erben des Schuldners. Die unklare Begriffsbestimmung in den Artikeln 1226 und 1229 a. F. hat dazu geführt, dass diese Vorschriften zuletzt ein gewisses Schattendasein führten⁹. Sowohl der Praxis als auch der Literatur galt Artikel 1152 a. F. als die eigentliche, zentrale Vorschrift des Rechts der Vertragsstrafe, obgleich diese Norm diesen Begriff gar nicht verwendete, sondern viel allgemeiner von Vereinbarungen ausging, nach denen „im Falle der Nichterfüllung ein bestimmter Betrag als Schadensersatz zu zahlen sei“, also von pauschaliertem Schadensersatz. Wie noch zu sehen sein wird, hat auch die Schuldrechtsreform 2016 in diesem Punkte nicht zu mehr Klarheit geführt.

Die traditionelle Skepsis des französischen Zivilrechts gegenüber einseitigen Gestaltungsrechten äußert sich vor allem aber auf dem Gebiet der Aufrechnung. Zwar regelte der *Code civil* von 1804 in nicht weniger als elf Artikeln Voraussetzungen und Wirkungen der Aufrechnung, jedoch galt die Aufrechnung nicht als Gestaltungsinstrument, sondern als ein selbstverständlicher Vorgang, der sich aus der Natur der Sache ergibt und keiner Erklärung bedarf. Selbst in Deutschland finden sich in der Literatur Verweise auf die Singularität von Art. 1290 C. civ.

⁷ Eine Aufweichung dieses Prinzips erfolgte erst durch ein Grundsatzurteil v. 13.10.1998, nach dem „ein schwerwiegendes Vertragsverhalten einer Partei die andere dazu berechtigen kann, den Vertrag einseitig und auf eigenes Risiko zu beenden“. Dieser Rechtssatz ist im Zuge der Schuldrechtsreform in Art. 1224 C. civ. kodifiziert worden.

⁸ Insbesondere die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (*exception d'inexécution*), nunmehr in Art. 1219 f. C. civ. kodifiziert, ist in diesem Zusammenhange zu nennen.

⁹ Der erläuternde Bericht (*rapport explicatif*) der Schuldrechtsreform qualifiziert die Vorschriften etwa als „unnötig“ (*inutiles*) und „selbstverständlich“ (*évidentes*). Siehe Journal officiel v. 11.2.2016, 4539 (4559).

a.F., nach dem die Aufrechnungswirkung „von Rechts wegen, kraft Gesetzes, selbst bei Unwissen der Schuldner“ (*de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs*) eintritt¹⁰. Der reformierte *Code civil* hat dieses Prinzip der automatischen Legalaufrechnung abgeschwächt und verlangt nunmehr, dass die Aufrechnung „geltend gemacht“ (*invoqué*) wird. Inwieweit die Kompensation damit zu einem Gestaltungsinstrument wird, ist jedoch nach wie vor unklar.

Hält man sich nach diesen einleitenden Worten die Ausgangssituation des französischen Rechtssystems vor Augen, so lässt sich ein gewisser Eindruck der Starrheit nicht verleugnen. Es ist geradezu, als traute der historische Gesetzgeber den Vertragspartnern weniger als in anderen Rechtsordnungen zu und vertraute allein auf die Wirkungskraft von Gesetz und Richter¹¹. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass unter dem Einfluss der Rechtsprechung, punktueller Eingriffe des Gesetzgebers sowie vor allem der großen Schuldrechtsreform des vergangenen Jahres das System des *Code civil* jedoch deutlich wendiger geworden ist und den Parteien heutzutage wesentlich mehr Spielraum eingeräumt wird als noch zu Anfang des 19. Jahrhunderts. Hauptziel dieses Beitrags ist demnach, die historischen Eigenheiten des französischen Rechts der Vertragsstrafe und der Aufrechnung den seit dem 1. Oktober 2016 geltenden Vorschriften gegenüberzustellen und das tatsächliche Ausmaß an außergerichtlicher Gestaltungsmacht in beiden Bereichen herauszuarbeiten.

I. Die Vertragsstrafe im französischen *Code civil*

Der französische Reformgesetzgeber hat die detailreichen Vorschriften des historischen *Code civil* zur Vertragsstrafe in einem einzigen Artikel mit fünf Absätzen zusammengefasst und sich für einen weiten Begriff der Vertragsstrafe entschieden. Nach Art. 1231-5 Absatz 1 liegt eine *pénalité* immer dann vor, wenn „der Vertrag vorsieht, dass bei Vertragsverletzung seitens des Schuldners ein bestimmter Betrag als Schadensersatz zu zahlen ist“ (*lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts*).

¹⁰ Siehe *Kegel*, Probleme der Aufrechnung: Gegenseitigkeit und Liquidität, 1938, S. 8 ff.; *Helmreich*, Das Selbsthilfeverbot, 1967, 74 ff.; *Ferid*, Das französische Zivilrecht, Bd. 1, 1. Aufl. 1971, Rn. 2 D 70 ff. sowie *Zimmermann*, in: FS für Dieter Medicus, 1999, 707 (712) und *ders.*, in: Schmoekkel/Rückert/Zimmermann (Hg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II/2, 2007, 2179 (2187). Grundlegend aus der klassischen Literatur *Dernburg*, Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte, 2. Aufl. 1868, 291 ff. Aus neuerer Zeit auch in englischer Sprache *Zimmermann*, Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription, 2002, 32 ff.

¹¹ Vgl. *Hattenhauer*, Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik, 205 ff. („Als Gegenmodell zum deutschen folgt das französische Recht, stellvertretend für den romanischen Rechtskreis, weitgehend dem für die romanischen Länder typischen Grundsatz richterlicher Vertragsaufhebung.“).

Zwar sollten die neuen Regelungen des Art. 1231-5 C. civ. den Begriff der Vertragsstrafe schärfen und den vormaligen Kontroversen um dessen Konturen den Boden entziehen. Allerdings darf bezweifelt werden, dass dies dem Gesetzgeber mit dieser weiten Definition auch tatsächlich gelungen ist. Ebenso wenig erwähnt die neue Vorschrift die Frage der Zulässigkeit der Vertragsstrafen. Wie zuvor sind Praktiker darauf angewiesen, die diversen Verbotsnormen aus verschiedenen Gesetzesquellen zusammenzusammeln und die betroffene Absprache auf ihre Gültigkeit hin zu überprüfen. Einzig und allein die Vorschriften zur Bindungswirkung der Vertragsstrafe, insbesondere zu deren Abänderbarkeit durch den Richter, sind in den Absätzen 2 und 3 zufriedenstellend zusammengefasst worden.

1. Der Begriff der Vertragsstrafe (clause pénale)

Wie in so vielen Rechtsordnungen¹² werfen auch in Frankreich Strafabreden unter Vertragsparteien erhebliche Abgrenzungsprobleme auf, die weder der Gesetzgeber noch die Rechtsprechung bisher zufriedenstellend gelöst haben. Insbesondere die Unterscheidung zwischen der Vertragsstrafe im eigentlichen Sinne und vereinbarten Schadensersatzpauschalen ist bis heute hoch umstritten, was sich auch mit der neu gefassten Vorschrift des Art. 1231-5 C. civ. nicht ändern dürfte.

Die Väter des *Code civil* hatten diese Abgrenzung bei der Ausarbeitung des schuldrechtlichen Teils des Zivilgesetzbuches durchaus im Hinterkopf. Während die Vertragsstrafe im engeren Sinne Gegenstand der ausführlichen Art. 1226–1233 C. civ. a. F. war, fanden Pauschalierungsklauseln lediglich in der knapper gehaltenen Vorschrift des Artikel 1152 C. civ. a. F. Erwähnung.

Ging es dem historischen Gesetzgeber noch darum, beide Klauseltypen voneinander abzugrenzen und unterschiedlichen Regeln zu unterwerfen, so ist diese Differenzierung allerdings weder von der Wissenschaft vertieft, geschweige denn in der Praxis recht verstanden worden. So hatte die *Cour de cassation* keinerlei Bedenken, Artikel 1152 C. civ. a. F. auf Vertragsstrafen anzuwenden und diese als eine Unterart von Pauschalierungsklauseln zu verstehen. Kritik in der

¹² Rechtsvergleichend in deutscher Sprache *Gottwald*, in: FS für Alfred Söllner, 2000, 379 (383 ff.); *D. Fischer*, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, 1981, 159 ff. sowie *Steltmann*, Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, 2000, 60 ff. Vgl. auch aus dem französischen Schrifttum *Pinto-Moreno*, in: *Études offertes à Jacques Ghestin*, 2001, 719 (der Autor fasst in diesem Beitrag die Hauptkenntnisse seines Werks *Cláusula penal e indemnização*, 1990 zusammen) sowie die rechtsvergleichende Aufsatzsammlung in *Droit et pratique du commerce international* 1982, 401 ff. Siehe noch *Benjamin*, *International and Comparative Law Quarterly* 9 (1960), 600 sowie Punkt 6 der offiziellen Begründung (*exposé des motifs*) der Resolution des Europarats v. 20.1.1978 über Vertragsstrafen im Zivilrecht (abgedr. in *Uniform Law Review* 1978, II, 222).

Literatur fand sich hierzu zunächst selten, später dann vor allem in den grundlegenden Abhandlungen von *Jacques Mestre*¹³ und *Denis Mazeaud*¹⁴.

Ausgangspunkt der Debatte ist die Frage nach den Funktionen der Vertragsstrafe¹⁵. Gehe es den Parteien darum, durch die drohende Zahlung eines Strafgeldes die Erfüllung des Vertrages sicherzustellen, so handele es sich ohne Zweifel um eine Vertragsstrafe. Soll jedoch lediglich dem Richter die Befugnis abgesprochen werden, im Falle der Nichterfüllung des Vertrages den entstandenen Schaden zu schätzen, also ein pauschaler Schadensersatz vereinbart werden, so sei darin eine sog. *clause de dommages-intérêts* zu sehen. Mit der Einführung eines solchen subjektiven Unterscheidungskriteriums kommt man dem aus dem *Common Law* bekannten Begriffspaar *penalty clause* und *liquidated damages* recht nahe.

Zwar vermag diese Abgrenzung rechtsdogmatisch zu überzeugen, allerdings ist sie in der Praxis nur begrenzt tauglich. In der Tat dient eine Pauschalierung des Schadensersatzes immer dann, wenn die vertraglich vereinbarte Schadensersatzsumme höher ist als der vorhersehbare Schaden bei Nichterfüllung, beiden Funktionen, d. h. sowohl der Erzwingung der Vertragserfüllung als auch der Erleichterung der Schadensersatzbemessung.

Daher überrascht es nicht, dass große Teile der Literatur sich einem weiten Verständnis der Vertragsstrafe angeschlossen haben und jede vertraglich antizipierte Schadensersatzbemessung auch als solche qualifizieren¹⁶. Diesen Ansatz hat auch der Reformgesetzgeber gewählt, indem die überkommene Differenzierung zwischen Schadensersatzpauschalen und Vertragsstrafen, wie bereits gesehen, nicht in den neuen *Code civil* übernommen wurde¹⁷.

Dadurch wurde zwar der alten Debatte weitestgehend die Grundlage entzogen, jedoch ist durchaus denkbar, dass die neue Vorschrift des Art. 1231-5 C. civ. neue Abgrenzungsprobleme aufwirft¹⁸. So ist etwa an die Abgrenzung

¹³ *Mestre*, Revue trimestrielle de droit civil 1985, 372.

¹⁴ *D. Mazeaud*, La notion de clause pénale, 1992, 107 ff.

¹⁵ Grundlegend hierzu *Delbecque*, JurisClasseur Code civil, Art. 1146 à 1155, Fascicule 22, 2014, Rn. 4 ff.; *Pimont*, in: Répertoire de droit civil, v° Clauses pénales, Rn. 29 ff. In deutscher Sprache siehe *Steltmann* (Fn. 12), 31 ff. Siehe auch in englischer Sprache zum französischen Recht *Benjamin* (Fn. 12), 610 ff.

¹⁶ In diesem Sinne etwa *Delbecque* (Fn. 15), Rn. 9; im Ergebnis auch *Borghetti*, Revue des contrats 2008, 1158; siehe auch das allgemeine Lehrbuch *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 4. Aufl. 2016, Rn. 729; differenzierter *J. Flour/Aubert/Savaux*, Droit civil. Les obligations, Bd. 3, 8. Aufl. 2013, Rn. 236 f.; a. A. *Mestre* (Fn. 13), 373 f. und *D. Mazeaud* (Fn. 14), Rn. 256 ff.

¹⁷ Hierzu *Deshayes/Genicon/Laithier*, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article, 2017, 521 f. sowie *Chantepie/Latina*, La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2016, Rn. 687.

¹⁸ *Dissaux/Jamin*, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil, Beil. zum Code civil Dalloz 2017, 2016, p. 142. Bereits zu Art. 1231-5 des Entwurfs der Regierungsverordnung *Grosser*, Petites Affiches v. 3./4.9.2015, 78 (93).

Autorenverzeichnis

Karin Arnold, Mitarbeiterin an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

Helge Dedek, Professor an der McGill Universität Montreal

Martin Gebauer, Professor an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

Shiyuan HAN, Professor an der Tsinghua-Universität Peking

Stefan Huber, Professor an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

Jonas Knetsch, Professor an der Universität Jean-Monnet Saint-Étienne Lyon

Gabriel Lipps, Mitarbeiter an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

Knut Benjamin Pißler, Referent am Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg sowie Professor an der Universität Göttingen

Piotr Tereskiewicz, Dozent an der Jagiellonen-Universität Krakau

Matthias Weller, Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn