

VOL. 3 / 2012

No. 2

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW



JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW · VOL. 3 / 2012 · NO. 2

JOURNAL



JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW

JOURNAL

Vol. 3 / 2012 No. 2

Editorial staff JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW:

- JUDr. PhDr. Stanislav Balík**
Constitutional Court of the Czech Republic
- Prof. Dr. Barna Mezey**
Eötvös-Loránd-University Budapest, Hungary
- Doc. JUDr. PhDr. Jiří Bílý, CSc.**
Metropole – University Prague, Czech Republic
- Dr. Piotr Fiedorezyk**
Faculty of Law, University of Białystok, Poland
- Alberto Iglesias Garzón, Ph.D.**
Charles III University of Madrid, Spain
- Prof. Dr.iur. Dr.phil. Thomas Gergen, MA**
Maitre en droit Saarland University, Saarbrücken, Germany
- Prof. Dr. Gábor Hamza**
Eötvös-Loránd-University Budapest, Hungary
- Prof. JUDr. Ignác Antonín Hrdina, DrSc.**
Faculty of Law, Westbohemia University, Plzeň,
Czech Republic
- JUDr. Vilém Knoll, Ph.D.**
Faculty of Law, Westbohemia University, Plzeň,
Czech Republic
- Doc. dr. sc. Mirela Kresic**
Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia
- Prof. zw. dr hab. Adam Lityński**
Faculty of Law, University of Silesia, Katowice, Poland
- Doc. Dr. Olga Lysenko**
Faculty of Law, Lomonosov Moscow State
University, Russia
- ao. Univ. Prof. Dr.jur. Christian Neschwara**
Faculty of Law, University of Vienna, Austria
- Dr. Dmitry Poldnikov**
Faculty of Law, National Research University,
Higher School of Economics, Moscow, Russia
- Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc.**
Faculty of Law, Masaryk University, Brno,
Czech Republic
- Dr. Gábor Schweitzer, Ph.D.**
Institute for Legal Studies
of the Hungarian Academy of Sciences, Hungary
- Adw. Ewa Stawicka**
Attorney at Law, Warsaw, Poland
- Dr. Magdolna Szűcs, Ph.D.**
Faculty of Law, University of Novi Sad, Serbia
- JUDr. Bc. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M.**
Eur.Integration (Dresden)
Faculty of Law, Masaryk University, Brno,
Czech Republic

TABLE OF CONTENTS

<i>Thomas Gergen: Advokaten und Mediatoren in Frankreich im 11.–15. Jahrhundert</i>	2
<i>Alan Sked: Social Attitudes and Legal Constraints: Army Life in the Habsburg Monarchy, 1890–1914.</i>	11
<i>Nikola Galaboff: Die sozioethischen Aspekte des römischen mandatum – eine Betrachtung im Recht und in der Philosophie.</i>	33
<i>Christoph Schmetterer: Die Funktion von kaiserlicher Sanktion und ministerieller Gegenzeichnung in der österreichischen Gesetzgebung 1861–1918.</i>	40
<i>Alejandro Valiño: Der Vertragsstrafklausel im spanischen (gemeinen und foralen) Zivilrecht: romanistische Tradition und Reformperspektiven.</i>	47
<i>István Szászdi León-Borja: Castilian Justice and Columbian Injustice: the End of the Government of Christopher Columbus in Hispaniola.</i>	53
<i>Mariavittoria Catanzariti: New arcana imperii.</i>	59
<i>Roberto Scevola: On the Transactions Characterized by Mutuality and Donation: Do the Modern Criteria of Legal Qualification Have Roman Origins?.</i>	68
<i>Jacek Waldoch: Tadeusz Wróblewski – the Advocate for krajowa Idea of the Former Grand Duchy of Lithuania at the Turn of the XIX and XX century.</i>	89
<i>Karel Schelle: Die Rechtsregelung des Versicherungswesens in der Tschechoslowakei in der Zwischenkriegszeit.</i>	96
<i>Antonín Lojek: Stick in the Law – Legal Symbolism of Holding, Using, Breaking and Throwing a Stick.</i>	110
<i>Bohumil Poláček: Der tschechoslowakische und der tschechische Hafen in Hamburg mit Kontext des Vertrags von Versailles und des Pachtvertrags.</i>	113
<i>Stanislav Příbyl: Der erste Kanon des Codex Iuris Canonici und seine rechtsgeschichtlichen Grundlagen.</i>	133
<i>Eszter Cs. Heger: The Introduction of Secular Divorce Law in Hungary, 1895–1918: Social and Legal Consequences for Women.</i>	138
<i>Jakub Razim: Der Fürst Břetislav und die Anfänge des Seniorats in Böhmen.</i>	149
<i>Balázs Pálvölgyi: Consequences of the Changing Migration Model after the World War I. Hungarian Legal Manoeuvres for Regaining a Blocked Tool in the USA.</i>	159
<i>Gergely Deli: „Nec facere nos posse credendum est” Ein Interpretationsversuch zur Papinian D. 28, 7, 15.</i>	165

BOOK REVIEWS

<i>Thomas Olechowski – Christoph Schmetterer (Hrsg.): Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs (BRGÖ), Band 2/2011.</i>	172
<i>Francisco Javier Andrés Santos – Christian Baldus – Helge Dedek: Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven.</i>	173

REPORTS FROM HISTORY OF LAW

<i>Initial – Workshop: „Schlichten und Richten. Differenzierung und Hybridisierung“.</i>	175
--	-----

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW

© 2012 STS Science Centre Ltd.

All rights reserved. Neither this publication nor any part of it may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior permission of STS Science Centre Ltd.. Published semiannually by STS Science Centre Ltd. „Journal on European History of Law“ is a registered trademark of STS Science Centre Ltd.

Issued twice a year.

Printed in the EU.

ISSN 2042-6402

Der Vertragsstrafklausel im spanischen (gemeinen und foralen) Zivilrecht: romanistische Tradition und Reformperspektiven

Alejandro Valiño*

Abstract

The author analyses the legal treatment of the penalty clause into Spanish Civil Law, with special attention to the regulation offered by the Civil Code in their articles 1152 to 1155, the different functions which the penalty clause achieves and the differentiated regulation into Fuero Nuevo of Navarra in the Lex 518. All of this can be seen as a reflection of the dualism in Spanish Legal System between the Common Civil Law (represented by the Spanish Civil Code) and the Foral or Special Law (represented by different regional compilations). The regulation of the Spanish civil code sets as general rule the contractual penalty as substitute of the regime of compensation into the article 1101 of Spanish Civil Code in case of breach of contract or in case of defective or untimely performance by the debtor. This provision allows to the creditor to avoid a real damage assessment, so that the penalty clause lets a advanced estimate of damages without needing to prove them. But also admits the regulation of the penalty clause into the Spanish Civil Code other functions, for instance the cumulative penalty (with the legal and previously valued compensation of damages or with the specific performance). This regulation, unchanged since the enactment of the Spanish Civil Code, has been object of special attention by the preliminary draft to modernisation of the law of obligations drawn up by the Commission of Codification of the Ministry of Justice in 2009, picking up some of the guidelines present in other European Civil Codes as well as in the contributions of prestigious scholars, which are expression of the effort aimed at the harmonisation of European Contract Law.

Key words: penalty clause; estimate of damages; breach of contract; performance of contract; harmonisation of European Contract Law.

Mit diesem Beitrag beschäftige ich mich mit einigen Aspekten des spanischen Zivilrechts über von den Vertragsparteien vereinbarte Strafklauseln, deren Ziel ist, ein Rechtschuldverhältnis zu verstärken, welches aus diesem Grund Hauptverbindlichkeit genannt wird.

Ich werde also über die Eigentümlichkeit unseres privatrechtlichen Systems berichten, wobei die Regelungen in unserem Código Civil über Vertragsstrafen nicht in ganz Spanien gelten. Darum ist insbesondere die eigene Regelung hinsichtlich Vertragsstrafen der autonomen Region Navarra hervorzuheben. Auch ist zu beachten wie man hinter dieser Mannigfaltigkeit der gesetzlichen Regelung im spanischen Privatrecht die verschiedenen Auswirkungen der geschichtlichen Erfahrung des römischen Rechts erkennen kann.

Und zwar, insoweit dieses Fachgebiet (bezüglich der Pönaleklauseln und der von den Parteien vereinbarten Vertragsstrafen) in die Gesamtheit der Garantien einzureihen ist, die dazu dienen, die Erfüllung von Schuldverhältnisse sicherzustellen, scheint es unvermeidlich, eine vollständige Harmonisierung im europäischen Rechtsbereich zu verfolgen. Daraus ergibt sich, dass die Eigentümlichkeiten, die unsere Regelung im Vergleich zu anderen Rechtssystemen unserer Umgebung vorweist, Anlass zu Überlegungen der Lehre und der Rechtsprechung gegeben haben. Und zwar wurde dies in einem Vorentwurf zusammengefasst, welcher die Modernisierung des Vierten Buches unseres

Código Civil im Bereich der Schuldverhältnisse anstrebt. Damit möchte ich mich kurz befassen, obwohl dieser noch nicht das Licht der Welt erblickt hat.

Das spanische Código civil widmet der Strafklausel nur vier Artikel (arts. 1152 bis 1155), die keine Definition der Strafklausel enthalten, sodass diese Aufgabe von der Lehre und der Rechtsprechung des unseren Obersten Gerichtshofs übernommen wurde. Auf jeden Fall leiten sich drei Elemente von der verwendeten Terminologie ab, die es gilt, auseinander zu halten. Die Strafklausel, erstes Element, ist eine selbständige oder in einen Vertrag eingebundene Vereinbarung, bei der eine Leistung (das zweite Element) zu Lasten des Schuldners und zugunsten des Gläubigers für den Fall der Nichterfüllung, der nicht in gehörigen Erfüllung oder des blossen Verzugs mit einer Hauptverbindlichkeit (das dritte Element) versprochen wird.

Die Strafklausel erfüllt mannigfaltige Funktionen, je nach dem Zeitpunkt, in dem sich das Hauptschuldverhältnis befindet. Bevor die Erfüllung verlangt werden kann, übernimmt die Strafklausel im Wesentlichen eine Zwangs- oder Garantiefunktion, indem sie das Hauptschuldverhältnis verstärkt und den Schuldner zur richtigen Erfüllung antreibt, falls er eine eventuelle Verschärfung seiner Haftung zugunsten des Gläubigers vermeiden will. Nach der Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit wird die Strafklausel wirksam und die enthaltende zivilrechtliche Sanktion kann verlangt werden, sofern das bestimmte

* Dr. Alejandro Valiño, Lehrstuhl für römisches Recht, Juristische Fakultät, Universität Valencia, Spanien.

vorgesehene Ereignis eingetreten ist. Die Stunde der Wahrheit schlägt, der Moment in dem die Zwangs- oder Garantiefunktion sich in eine strafende Funktion wandelt.

Je nach Vereinbarung der Parteien, kann diese strafende Funktion einen unterschiedlichen Umfang erreichen. Wenn nichts anderes vereinbart ist, tritt – im Fall der Nichterfüllung – die Strafe an die Stelle des Schadenersatzes und der Verzugszinsen, sofern die Strafe nach den Bestimmungen dieses Gesetzbuches einklagbar wäre¹. Infolgedessen erfüllt die Strafklausel vordergründig eine liquidatorische Funktion bezüglich des vom Gläubiger erlittenen Schadens im Zuge der Nichterfüllung, aber es besteht auch die Möglichkeit, dass die Vertragsparteien der Vertragsstrafe eine kumulierte oder alternative Funktion zum Schadenersatz oder dem Bestehen auf Vertragserfüllung verleihen können.

Es liegt auf der Hand, dass die mit dem Bestehen auf Vertragserfüllung oder die mit dem in unserem Código civil vorgesehenen Schadenersatz kumulierte Vertragsstrafe den stärksten Zwang für den Schuldner darstellt. Der Anspruch des Gläubigers im Hinblick auf die Hauptverbindlichkeit bleibt unversehrt, sodass er entweder das Bestehen auf Erfüllung der Hauptforderung, oder, falls dies nicht mehr möglich wäre, den Schadenersatz gemäss Código Civil, verlangen kann. Aber darüber hinaus kann er die Zahlung des als Vertragsstrafe vereinbarten Geldbetrages einfordern. Auf diese Weise gelangt die strafende Funktion der Strafklausel in den Vordergrund.

Die Sonderfunktion (die strafende Funktion, die eine offenkundige Verabredung benötigt) geht also aus dem zweiten Absatz des Artikels 1153 unseres Código Civil hervor, wonach, ich übersetze wörtlich, “der Gläubiger nicht sowohl die Erfüllung der Verbindlichkeit als auch die Zahlung der Strafe verlangen kann, wenn ihm diese Befugnis nicht eindeutig eingeräumt worden ist”.

Aber auch kann man von einer strafenden Funktion sprechen, wenn die Strafklausel eine bloss liquidatorische Funktion übernimmt, nämlich wenn die Strafklausel den im Código Civil vorgesehenen Schadenersatz ersetzt. Zunächst weil die Vertragsstrafe, insofern sie eine vorweggenommene Schadensschätzung einschliesst, über den wahren Schaden hinausgehen kann, womit sie in diesen Fällen dem Gläubiger zweifellos einen Vermögensvorteil verschaffen würde.

Zweitens, weil die Vertragsstrafe nur eingefordert werden kann, wenn das Ereignis, das sie bedingt, eintritt. Falls die Vertragsstrafe für die Fälle entweder der völligen Nichterfüllung oder der mangelhaften Erfüllung oder des Verzuges mit der Erfüllung vorgesehen ist, wird die Strafe bei Eintritt dieser Umstände wirksam und sie tritt an die Stelle des Schadenersatzes, ohne dass der Gläubiger den Eintritt des Schadens, dessen Umfangs- oder Kausalitätszusammenhang zwischen dem Verhalten des Schuldners und dem Eintritt des Schadens nachweisen muss. Es reicht aus, die Nichterfüllung oder die Schlechterfüllung des Hauptschuldverhältnisses zu beweisen. Natürlich besteht die Ausnahme, dass der Schuldner befreit ist wenn die Nichterfüllung ohne sein Verschulden stattfindet, womit der akzesorische Charakter der Strafklausel ins Auge springt.

Demzufolge, wenn die Strafklausel eine liquidatorische Funktion übernimmt, betrachtet man ihren strafenden Charakter vor allem auf dem Gebiet des Verfahrensrechts, denn der Gläubiger ist von sämtlichen Beweisschwierigkeiten, die es immer im Bezug auf den tatsächlich eingetretenen Schaden gibt, befreit. Anders ausgedrückt, der Umstand, dass die Parteien eine Strafklausel der Hauptverbindlichkeit hinzugefügt haben, beinhaltet einen Verzicht darauf, im Prozess den Umfang, den Betrag und die Kausalitätszusammenhang des vom Gläubiger geltendgemachten Schadens zu erörtern. Daher muss der Schuldner, obwohl er keinen Schaden verursacht hat, die Vertragsstrafe bezahlen.

Dagegen, im Sonderrecht von Navarra, wird die Vertragsstrafe nicht wie eine vorweggenommene Liquidation des Schadens gestaltet, sondern wie eine Sanktion gegen den Schuldner, der die Hauptverbindlichkeit nicht erfüllt hat. Also bleibt dem Gläubiger auch wenn er die Bezahlung der Strafe verlangt hat zusätzlich die Möglichkeit der Klage, um entweder das Bestehen auf Vertragserfüllung der Hauptverbindlichkeit oder den Schadenersatz einzufordern. Es besteht sogar die Möglichkeit, nachdem der Gläubiger die Vertragsstrafe schon erhalten hat, Anspruch auf Schadenersatz zu erheben, aber nicht weil der Schadenersatz mit der Vertragsstrafe kumuliert werden kann, sondern weil die vereinbarte Strafe nicht genug gewesen ist, um den vom Gläubiger tatsächlich erlittenen Schaden abzudecken.

Das Problem der Regelung unseres Código Civil ist der Bedeutungsumfang des im Artikel 1152 Futurum ‘sustituirá’ (dass heisst, es wird ersetzen) zu geben ist. Stehen wir vor einer zwingenden Vorschrift, wonach, wenn die Strafklausel einmal in das Hauptschuldverhältnis hinzugefügt worden ist, der Gläubiger den im Código Civil vorgesehenen Schadenersatz nicht verlangen kann, wie dies im Gegenteil in der Sonderregelung von Navarra gestattet ist?

Es ist zwar üblich, dass die Geldsumme der Vertragsstrafe oberhalb des tatsächlich angerichteten Schadens festgesetzt wird. Jedoch besteht auch die Möglichkeit, dass die vorweggenommene Schadensschätzung, die die Strafklausel als Vertragsstrafe enthält, leichter oder gar viel geringer als der dem Gläubiger wegen der Nichterfüllung angerichtete wahre Schaden wäre.

In diesem Fall würde genau das Gegenteil der gewünschten Wirkung eintreten, nämlich dass der Schuldner die Gelegenheit hätte, ab zu schätzen, was für ihn am besten vom Standpunkt seines Vermögens aus wäre, nämlich entweder das Hauptschuldverhältnis nicht zu erfüllen und die Folgen der Strafklausel dadurch auszulösen, oder das Hauptschuldverhältnis termingerech und vollständig zu erfüllen, damit der Schuldner die Vertragsstrafe vermeiden kann.

Und die Frage des Charakter der im Artikel 1152 unseres Código Civil enthaltenen Bestimmung ist noch gewichtiger, wenn wir einen anderen wesentlichen Gesichtspunkte, sowohl im Código Civil als auch im Sonderrecht von Navarra berücksichtigen: die richterliche Mässigung der Vertragsstrafe.

Während der Artikel 1154 unseres Código Civil wie folgt lautet: “der Richter setzt die Strafe in angemessener Weise herab, wenn die Hauptverbindlichkeit durch den Schuldner zum

¹ Artikel 1152 spanisches Zivilgesetzbuch.

Teil oder mangelhaft erfüllt worden ist”, lautet die Sonderregelungen von Navarra im lex 518 so: “die vereinbarte Strafe kann nicht nach richterlichem Ermessen herabgesetzt werden”.

Der Begriff ‘Mässigung’ ist wie eine Ermässigung oder eine Minderung der Vertragsstrafe zu verstehen, sodass ihre Erhöhung oder Anhebung undenkbar ist, auch wenn die Vertragsstrafe im Verhältnis zum Schaden lächerlich klein ist.

In diesen Fällen liegt es auf der Hand, dass der Gläubiger auf der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit bestehen wird, aber, was passiert wenn dies nicht mehr möglich ist? Muss der Gläubiger gezwungenermassen die vereinbarte Strafe verlangen oder kann er den im Código Civil vorgesehenen Schadenersatz verlangen? Im Código Civil hätte der Gläubiger sich mit der Vertragsstrafe zu begnügen, wenn nichts anderes vereinbart ist, während im Foralrecht von Navarra der Gläubiger schlechthin den Schadenersatz verlangen kann, indem er auf die Vertragsstrafe verzichtet.

Ausserdem lässt der Código Civil die Mässigung nicht in allen Fällen zu, sondern nur wenn die Hauptverbindlichkeit durch den Schuldner zum Teil oder mangelhaft erfüllt worden ist und die Vertragsstrafe für eine vollständige Nichterfüllung vorgesehen war. Im Unterschied zu den anderen europäischen Rechtssystemen sieht der Código Civil die Mässigung der Vertragsstrafe nicht vor, wenn sie ganz offensichtlich überhöht ist. Hingegen geht aus dem Sonderrecht von Navarra deutlich ein Herabsetzungsverbot für jeden Fall hervor.

Die Regelung des Código Civil ist entspricht vollkommen der Ersatzfunktion der Vertragsstrafe im Bezug auf das Schadenersatzrecht des Código civil. Falls die Parteien den Schadensbetrag vorweg festgelegt haben, müssen sie diese Vereinbarung einhalten, sowohl wenn sie sie benachteiligt als auch wenn sie sie begünstigt. Man kann nicht von übermässigen oder niedrigen Vertragsstrafe sprechen, denn die Vertragsstrafe ist diejenige, die von der Parteien frei vereinbart worden ist, mit der Folge, dass der Gläubiger auf den im Código Civil vorgesehenen Schadenersatz verzichtet.

Wie wir oben geäussert haben, gibt es aber auch einen Fluchtweg. Der Artikel 1152 des Código Civil bestimmt nicht zwingend, dass die Vertragsstrafe anstelle des Schadenersatzes tritt. Es ist möglich, dass anderes vereinbart wird. Infolgedessen können die Parteien vereinbaren, dass die Strafklausel keinen Verzicht auf den in Artikel 1101 Código Civil vorgesehenen Schadenersatz beinhaltet. Dazu nennt der Código Civil beispielhaft einige Vereinbarungen, welche die Parteien treffen können: sie können der Vertragsstrafe einen befreienden² oder kumulativen³ Charakter verleihen, aber es sind andere möglich, wie zu gestatten, dass der Gläubiger entweder den im Código Civil vorgesehenen Schadenersatz, oder einfach den nach der Zahlung der Vertragsstrafe verbleibenden Fehlbetrag des Schadens verlangen kann.

Trotzdem ist die Regelung der Mässigung der Vertragsstrafe in unseren Código civil, da sie nur auf die Fälle der Teilleistungen oder Schlechterfüllung seitens des Schuldners beschränkt ist, eine “rare species”. Die anderen europäischen Rechtssysteme haben die Herabsetzung der übermässigen Vertragsstrafe vorgesehen. Man kann die bestimmten Regelungen in Deutschland⁴, der Schweiz⁵, Österreich⁶ und Italien⁷ berücksichtigen. Alle lassen die Herabsetzung der übermässigen Vertragsstrafe zu. Ausserdem geht das *Code civile* in Frankreich, irgendwann einmal die Quelle der Eingebung unseres Código Civil, nach der Reform vom 11. Oktober 1985 noch weiter, indem er in Artikel 1152 sogar erlaubt, die geringen Strafen anzuheben⁸.

Diese generalisierten Gesichtspunkte spiegeln sich auch in den verschiedenen Bemühungen der Lehre wider, welche die Harmonisierung des europäischen Vertragsrechts verfolgen. Das kann man bei den Grundregeln des europäischen Vertragsrechts der Kommission für europäisches Vertragsrecht beachten⁹. Auch im europäischen Vertragsgesetzbuch¹⁰. Versäumen wir auch nicht die Gelegenheit, die Regelung der UNIDROIT Grundregeln für die internationalen handelsrechtlichen Verträge zu erwähnen¹¹. Und schliesslich sollen wir die Model Rules des Draft Common Frame of Reference nicht vergessen¹².

² Artikel 1153.1: “el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho”.

³ Artikel 1153.2: “tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada”.

⁴ So lautet § 343. Absatz 1 BGB: “ist eine verwirkte Strafe unverhältnismässig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden”.

⁵ Das Bundesgesetz betreffend der Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, welches das Obligationenrecht behandelt, bestimmt in § 163.3: “übermässig hohe Konventionalstrafen hat der Richter nach seinem Ermessen herabzusetzen”.

⁶ § 1336 Absatz 2 ABGB lautet: “in allen Fällen ist der Vergütungsbetrag, wenn er vom Schuldner als übermässig erwiesen wird, von dem Richter, allenfalls nach Einvernehmung von Sachverständigen, zu mässigen”.

⁷ Das Codice civile bestimmt in Artikel 1384: “la penale puñ essere diminuita equamente dal giudice, se l’obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l’ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all’interesse che il creditore aveva all’adempimento”.

⁸ Artikel 1152 lautet: “... néanmoins, le juge peut, même d’office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite”.

⁹ Artikel 9.509(2), deutsche Fassung, lautet so: “ungeachtet einer abweichenden Vereinbarung kann jedoch der bestimmte Betrag auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden, wenn er im Verhältnis zu dem aus der Nichterfüllung entstehenden Schaden und den übrigen Umständen gröblich überhöht ist”.

¹⁰ Der Artikel 170.4, deutsche Fassung, bestimmt: “die Strafe kann gerichtlich nach Billigkeit gemindert werden, wenn der Schuldner eine teilweise Erfüllung bewirkt hat, ohne dass der Gläubiger diese zurückgewiesen hat, oder wenn die Höhe der Strafe in Hinblick auf das Erfüllungsinteresse des Gläubigers offensichtlich unverhältnismässig ist”.

¹¹ Artikel 7.4.13(2), englische Fassung, lautet so: “however, notwithstanding any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances”.

¹² Artikel III.-3:712(2): “however, despite any provision to the contrary, the sum so specified in a contract or other juridical act may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances”.

Diese so generalisierte Übereinstimmung kann nicht an der neuen Regelung der Strafklausel im Modernisierungsvorentwurf des spanischen Zivilgesetzbuches auf dem Gebiet des Obligationen- und Vertragsrechts vorbeigehen, die in Jahr 2009 von der Abteilung 'Zivilrecht' der Allgemeinen Kommission für die Gesetzgebung des spanischen Justizministeriums abhängig ist, ausgearbeitet worden ist. Artikel 1150 des Vorentwurfs lautet: "der Richter setzt offensichtlich übermässige vereinbarte Strafe und die unverhältnismässigen Schadenersätze (im Vergleich zum tatsächlichen Schaden) nach Billigkeit (das heisst, in angemessener Weise) herab".

Um den Unterschied zwischen der geltenden Regelung der Strafklausel im spanischen Código Civil und jener des Foralrechts von Navarra zu erklären, ist es unentbehrlich, die Auffassung der römischen *stipulatio poenae* in Betracht zu ziehen. Wie ich schon gerade angedeutet habe, berufen die Unterschiede sich zwischen beiden Regelungen darauf, dass es im Sonderrecht von Navarra keine gerichtliche Mässigung der vereinbarten Strafe gibt, sowohl wenn sie offensichtlich überhöht ist, als auch wenn nur eine Teil- oder Schlechterfüllung stattgefunden hat. Aber auch unterscheiden beide Regelungen sich zur Geltendmachung der Vertragsstrafe, weil sie im Foralrecht von Navarra zur Gänze verlangt werden kann, obwohl die Nicht- oder Schlechterfüllung nicht auf Verschulden des Schuldners beruht.

Das römische Recht kennt nicht die richterliche Herabsetzung der Vertragsstrafe. Die Vertragsstrafe entsteht aus einer *stipulatio*, die auch ein *iudicium strictum* auslöst. Der Richter hat dafür keine Anpassungsbefugnis, obwohl seit dem zweiten Jahrhundert die Quellen das Verbot anführen, wonach die Vertragsstrafe nicht der *usuræ centesimæ* übersteigen kann¹³.

Was die Unteilbarkeit der Vertragsstrafe in den Fällen der Teil- oder Mangelhafterfüllung betrifft, wie das *Fuero Nuevo de Navarra* widerspiegelt, finden wir den Textanhalt in manchen Digestenstellen vor¹⁴.

Was die Beziehung zwischen dem Verhalten des Schuldners hinsichtlich der Hauptverbindlichkeit und der Einforderbarkeit der Vertragsstrafe anbelangt, sind die Quellen etwas widersprüchlich. Aus den einigen Digestenstellen¹⁵ ergibt sich, dass derjenige von der Vertragsstrafe nicht befreit wird, wem seine Pflicht nicht erfüllt, den Sklaven zu übertragen, weil er gestorben ist oder gestohlen wurde. Dagegen ist die stehende in anderem Text¹⁶ Verpflichtung, die Vertragsstrafe zu zahlen, nicht erforderlich, wenn der Vermieter, den Mieter vor dem vereinbarten Termin aus der Mietwohnung gewiesen hat, selbst im Falle der Nichtzahlung des Mietzinses durch den Mieter. Wie Knütel schon geäussert hat¹⁷, würden solche verschiedenen Textstellen Einzelfälle bezeugen, die der privatautonomen

Vereinbarung der Parteien entspringen, welche die Einforderbarkeit der Vertragsstrafe an das Verschulden mit schuldhaften Verhalten verknüpfen.

Was die Funktion der Strafklausel betrifft, ist ebenfalls die Willensautonomie der Parteien massgeblich. In Einzelfälle begegnen wir eine kumulierte Klagenkonkurrenz¹⁸, während in anderen eine alternative Klagenkonkurrenz auftaucht¹⁹. Auch in anderen Fällen²⁰, bewirkt die Vertragsstrafe die Novation der Hauptverbindlichkeit.

Die Auffassung der Strafklausel im spanischen Código Civil zeigt im Vordergrund eine von den Parteien getroffene freie Vereinbarung, in der die Vertragsstrafe, wenn nichts anderes vereinbart ist, den im spanischen Zivilgesetzbuch vorgesehenen Schadenersatz für die Fälle der Nichterfüllung oder Mangelhafterfüllung ersetzt. Da die Strafklausel eine *lex privata* darstellt, muss sie zwingend beachtet werden, ohne dass eine Mässigung möglich ist, die über die Fälle der Teil- oder Schlechterfüllung hinausgeht, sofern die Vertragsstrafe nicht genau für diese Fälle vorgesehen worden ist.

Im *Fuero Nuevo de Navarra*, mit grösserer Nähe zu den römischen Quellen, wird hingegen die Funktion der Strafklausel intensiver hervorgehoben: den Schuldner mit der Strafandrohung zur gehörigen Erfüllung seiner Verpflichtung anzuhalten. Wenn die Strafklausel einmal vereinbart worden ist und die Nichterfüllung eingetreten ist, wird die Vertragsstrafe geschuldet, obwohl sie unverhältnismässig hoch wäre oder den Schuldner kein Verschulden trifft.

Der Umstand, dass die Vertragsstrafe immer das Interesse des Gläubigers bevorzugt, spiegelt dies sich ganz besonders im Sonderrecht von Navarra wieder, wo die Vertragsstrafe keine vorweggenommene Liquidation des Schadens darstellt. Daher verpasst der Gläubiger niemals die Gelegenheit, den gesetzlich vorgesehenen Schadenersatz einzufordern, im Unterschied zum Código Civil, wo er dies nur kann, wenn nichts anderes vereinbart ist.

Einige der Probleme, welche die Regelung der Strafklausel im spanischen Código civil verursacht, versucht der Modernisierungsvorentwurf unseres Código Civil zu beheben. Wir haben uns schon mit der gerichtlichen Mässigung der überhöhten Vertragsstrafe befasst, was einen der neuesten Aspekte des Vorentwurfes darstellt.

Nach der neuen Fassung des Artikel 1150, kann die Herabsetzung nach Billigkeit gegen die übermässigen Strafen und die im Vergleich zum tatsächlich erlittenen Schaden unverhältnismässigen Schadenersatz vorgehen, wobei diese Bestimmung die im neuen Vorentwurf stehende Unterscheidung zwischen "Vertragsstrafe" und "vorher festgesetztem Schadenersatz" wiederholt²¹.

¹³ Zum Beispiel Pap. 11 *resp.* D. 22.1.9 pr.; Ulp. 32 *ad edict.* D. 19.1.13.26; und Mod. 10 *pandect.* D. 22.1.44.

¹⁴ Ulp. 77 *ad edict.* D. 2.11.9.1; Pap. 6 *resp.* D. 19.1.47; und Paul. 75 *ad edict.* D. 45.1.85.6.

¹⁵ Paul. 22 *ad edict.* D. 9.2.22 pr. und Cels. 12 *dig.* D. 47.2.68.1.

¹⁶ Paul. 5 *resp.* D. 19.2.54.1.

¹⁷ R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, Köln-Wien 1976, 251 ss.

¹⁸ Zum Beispiel in Pap. 2 *quaest.* D. 45.1.115.2.

¹⁹ Zum Beispiel in Ulp. 20 *ad edict.* D. 17.2.41 und Iul. 3 *ad Urs. Fero.* D. 19.1.28.

²⁰ Paul. 74 *ad edict.* D. 44.7.44.6.

²¹ Artikel 1150 Vorentwurf lautet so: "el Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido".

Soweit die Strafklausel eine liquidatorische Funktion erfüllt, ist sie im Verhältnis zum dem Gläubiger tatsächlich zugefügten Schaden zu halten. Infolgedessen tritt die Regelung des Código civil für eine Vertragsstrafe ein, die dem Gläubiger vor allem verfahrenrechtlichen Vorteile bietet, um den erlittenen Schaden zu entschädigen.

Es wäre sogar möglich eine Vertragsstrafe zu verlangen, welchen den vom Gläubiger tatsächlich erlittenen Schaden übersteigt, soweit der vereinbarte Betrag nicht masslos ist, weil es auf der Hand liegt, dass man nicht eine völlige Übereinstimmung mit dem wahren Schaden erreichen kann, denn das Ziel der Strafklausel ist, die Beweisschwierigkeiten im Prozess zu vermeiden.

Hingegen, wenn die Vertragsstrafe eine Sanktionsfunktion erfüllt, hängt die Herabsetzung davon ab, dass die Strafe offensichtlich übermässig ist. Soweit erkennt man im Vorentwurf den Einfluss der angeführten Beiträge der Lehre im Rahmen der Harmonisierung des europäischen Vertragsrechts.

Auf jeden Fall, muss die Mässigung den Hauptcharakter (pönale oder liquidatorische Funktion) beachten, den die Parteien der Strafklausel geben wollten, sodass in denjenigen Fällen, in welchen die Vertragsstrafe mit dem im Código Civil vorgesehenen Schadenersatz kumuliert wird, ist der pönale Charakter überwiegt, denn der Parteiwille war eine echte und wirksame Sanktion bei Nichterfüllung des Schuldners festzusetzen. Demzufolge kann die Mässigung der Vertragsstrafe nicht so weit gehen, dass der Vertragsstrafe ihr von den Parteien ursprünglich verliehene Charakter und Funktion entzogen wird.

Hingegen könnte diese Mässigung stärker ausfallen, wenn die Parteien eigentlich wollten, dass die Vertragsstrafe den im Gesetzbuch vorgesehenen Schadenersatz ersetzt, sodass ihr strafender Charakter sich nur auf die verfahrensrechtlichen Vorteile beschränken sollen, die sich durch die Hinzufügung einer Strafklausel im Hauptschuldverhältnis ergeben. Insofern die Parteien der Strafklausel eine liquidatorische Funktion verliehen haben, setzt dies den Verzicht auf den Umfang-, Betrag- und Kausalitätsbeziehungsbeweis des dem Gläubiger

angerichteten Schadens voraus, soweit dieser Umstand allein eine ausreichende Drohung darstellt, damit der Schuldner ordentlich erfüllt. In diesem Fall hat der Richter vielmehr mengenmässigen Spielraum zur Mässigung der Vertragsstrafe, wobei er verstärkt den vom Gläubiger tatsächlich erlittenen Schaden zu berücksichtigen hat.

Andere Neuerungen des Modernisierungsvorentwurfs findet sich im Artikel 1147 hinsichtlich der Möglichkeit, dass die nach der Zahlung der Strafe nicht gedeckten Schäden, zusätzlich bei Unzulänglichkeit der Vertragsstrafe verlangt werden können²². In der Regel ist das nicht möglich, aber man lässt eine gegenteilige Vereinbarung ebenso wie im europäischen Vertragsgesetzbuch zu²³.

Der Artikel 1148 sieht eine zweifache Voraussetzung vor, um die Vertragsstrafe einzufordern. Wenn die Vertragsstrafe eine pönale Funktion hat, ist das Verschulden des Schuldners erforderlich, damit die Strafe verlangt werden kann. Wenn dagegen die Strafe eine liquidatorische Funktion übernimmt, ist es ausreichend, dass die Nichterfüllung, der Verzug mit der Erfüllung oder die mangelhafte Erfüllung dem Schuldner zurechenbar ist²⁴. Das Verschulden ist dadurch eine *species* des *genus* Zurechenbarkeit. Daher findet die Haftungsbefreiung des Schuldners nur statt, wenn die Unmöglichkeit der Erfüllung zur Gänze ausserhalb des Kontrollsphäre des Schuldners liegt, sodass er vernünftigerweise weder den Schaden noch seine Folgen vorhersehbar und vermeidbar waren.

Zum Schluss legt die neue Fassung des Artikels 1149 ausdrücklich die Inkompatibilität des Bestehens auf Erfüllung und der Einforderung der Vertragsstrafe fest, ausgenommen dass die Erfüllung nicht mehr möglich geworden ist oder die Vertragsstrafe nur den Verzug der Erfüllung bestraft²⁵.

Dies im Unterschied zu unserem geltenden Código Civil im Artikel 1153, der die Vereinbarung gestattet, die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit samt der vereinbarten Strafe zu verlangen, wenn die Vertragsstrafe pönalen Charakter hat. Der Vorentwurf sieht dadurch vor, dass die Vertragsstrafe nur zum im Código Civil vorgesehenen Schadenersatzes kumuliert werden kann, nicht jedoch zur Zwangserfüllung.

²² Artikel 1147 des Vorentwurfes bestimmt so: "la fijación convencional de la indemnización impide al acreedor exigir una cantidad mayor por el daño excedente, salvo que otro hubiera sido el pacto de las partes".

²³ Artikel 170.1 des europäischen Vertragsgesetzbuches, deutsche Fassung, lautet so: "wenn die Parteien beim Abschluss des Vertrages in einer Strafklausel vereinbart haben, dass im Fall der Nichterfüllung, der nicht ordnungsgemässen Erfüllung oder des Verzugs eine bestimmte Leistung von dem Schuldner geschuldet wird, bildet diese den Schadenersatz, den der Schuldner bei Eintritt der angeführten Sachverhalte schuldet, es sei denn, die Ersatzfähigkeit des weiteren Schadens ist nicht von der Vereinbarung umfasst; Abs. 5 bleibt davon unberührt".

²⁴ Artikel 1148 des Vorentwurfes berichtet so: "el acreedor solo podrá exigir la indemnización previamente convenida cuando el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o retardado sea imputable al deudor. La aplicación de las penas convencionales requerirá la culpa del deudor".

²⁵ Artikel 1149 lautet so: "el ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica impide al acreedor reclamar la indemnización convenida de los daños y la pena convencional, salvo que éstas hubiesen sido estipuladas para el caso de retraso o que el cumplimiento en forma específica resulte imposible. Si el acreedor obtiene la resolución por incumplimiento, tendrá derecho a las indemnizaciones para el supuesto de aquella pactadas y a las penas convencionales pactadas para el cumplimiento retrasado".

Literaturverzeichnis

- M. ALBALADEJO, *Artículos 1152 y 1153*, en M. ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, 15.2, Madrid 1986.
- M. T. ALONSO PÉREZ, *Remedios*, en G. GARCÍA CANTERO (Coord.), *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavia*, Zaragoza 2005, 797–862.
- I. ARANA DE LA FUENTE, *Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, en *InDret* 4 (2010), 3–19.
- P. BENJAMIN, *Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: a Comparative Study of English and Continental Law*, en *The International and Comparative Law Quarterly* 9.4 (1960) 600–627.
- J. BIANCALANA, *The Development of the Penal Bond with Conditional Defeasance*, en *Journal of Legal History* 26.2 (2005) 103–117.
- J. J. BLANCO GÓMEZ, *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Madrid 1996.
- X. O'CALLAGHAN, *Compendio de derecho civil*, 2, *Obligaciones y contratos*, 1, Madrid 2002.
- J. DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, Madrid 1992.
- G. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, Madrid 2009.
- I. ESPÍN ALBA, *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, Madrid 1997.
- D. ESPÍN CÁNOVAS, *La cláusula penal en las obligaciones contractuales*, en *Revista de Derecho Privado* 30.348 (1946) 145–169.
- C. FUENTESECA DEGENEFTE, *Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán*, en *Foro* 13 (2011), 61–110.
- C. J. GOETZ – R. E. SCOTT, *Liquidated Damages, Penalties and the just Compensation Principle: some Notes on an Enforcement Model and a Theory of efficient Breach*, en *Columbia Law Review* 77.4 (1977) 554–594.
- R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragstrafe*, Köln-Wien 1976.
- J. M. LOBATO DE BLAS, *La cláusula penal en el derecho español*, Pamplona 1974.
- J. M. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*², 8, Madrid 1907.
- I. MARÍN GARCÍA, *La cláusula penal en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, en *InDret* 2 (2009) 2–17.
- F. MARTÍNEZ MAS, *La cláusula penal en el contrato de obra*, Las Palmas de Gran Canaria 2005.
- U. MATTEI, *The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts*, en *The American Journal of Comparative Law* 43.3 (1995) 427–444.
- V. MONTÉS PENADÉS, *Las garantías del crédito*, en M^a. R. VALPUESTA (Coord.), *Derecho de obligaciones y contratos*², Valencia 1995.
- S. NAVAS NAVARRO, *El incumplimiento no esencial de la obligación. Análisis del incumplimiento no esencial de las obligaciones contractuales de dar*, Madrid 2004.
- R. M. ROCA SASTRE – J. PUIG BRUTAU, *La cláusula penal en las obligaciones contractuales*, en *Estudios de Derecho Privado*, Tomo I, Volumen VIII, *Obligaciones y Contratos*, Madrid 1948, 269–285.
- J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *Sobre la cláusula penal en el Código civil*, en *Anuario de Derecho Civil* 46.2 (1993), 511–587.
- E. RUIZ VADILLO, *Algunas consideraciones sobre la cláusula penal*, en *Revista de Derecho Privado* 59 (1975), 374–412.
- W. SACHER, *Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung im spanischen Recht. Die cláusula penal und ihre Berücksichtigung im rahmen des deutschen AGB-Gesetzes*, München 1981.
- A. M. SANZ VIOLA, *La cláusula penal en el Código civil*, Barcelona 1994.
- T. SEGRÉ, *Clause pénale et dommages ultérieurs en droit comparé*, en *Revue Internationale de droit comparé* 22.2 (1979), 299–311.
- A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari 2001.
- G. SMORTO, *I criteri di determinazione del danno nelle model rules e nel diritto commune europeo*, en *Europa e Diritto privato* 1 (2011).
- L. A. SOLER PASCUAL, *Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche* 1.3 (2008), 93–106.
- M. TALAMANCA, *s.v. pena privata (diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto* 32 (1982).
- M. UREÑA MARTÍNEZ, *La cláusula penal en el contrato de leasing*, Madrid 2003.
- R. ZIMMERMANN, *Ius commune and the Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea*, en H. L. MCQUEEN y R. ZIMMERMANN (Eds.), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh 2006, 1–42.