

## Schriftformklauseln im deutschen und südafrikanischen Recht

Eine rechtsvergleichende Untersuchung der unterschiedlichen Entwicklung der Rechtsprechung zur Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit von Schriftformklauseln

Bearbeitet von  
Daniela Pufal

1. Auflage 2011. Taschenbuch. XVI, 184 S. Paperback  
ISBN 978 3 631 61892 9  
Gewicht: 270 g

[Recht > Zivilrecht > BGB Allgemeiner Teil > Allgemeine Geschäftsbedingungen](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

# Einleitung

Sowohl das deutsche als auch das südafrikanische Vertragsrecht sind vom Prinzip der Vertragsfreiheit geprägt. Dies führt dazu, dass es Vertragsparteien in beiden Rechtsordnungen möglich ist, in ihre Verträge eine sogenannte Schriftformklausel aufzunehmen. Eine einfache Schriftformklausel kann beispielsweise lauten: „Nachträgliche Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages gelten nur bei schriftlicher Vereinbarung“, wohingegen eine qualifizierte Schriftformklausel den Zusatz enthält, dass auch eine Änderung der Klausel selbst nur schriftlich erfolgen kann. Eine solche Vertragsklausel stellt sich als unproblematisch dar, wenn die Vertragsparteien bei nachträglichen Änderungen des Vertrages die gewillkürte Form wahren. Schwierigkeiten treten jedoch auf, wenn die Vertragsparteien bei der Änderung ihres Vertrages nicht mehr an die Schriftform gedacht haben und eine Vertragsänderung im Folgenden lediglich mündlich erfolgt. Auch dieser Fall wirft dann wenig Grund zu Auseinandersetzung auf, wenn sich beide Vertragsparteien an die mündliche Änderung des Vertrages halten. Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzung sind vielmehr die Fälle, in denen sich die eine Partei auf die mündliche Änderung und die andere auf die vereinbarte Schriftformklausel und damit auf den ursprünglich vereinbarten Vertrag beruft. Hier stellt sich die Frage, ob Gerichte die mündliche Änderung trotz der vereinbarten Schriftformklausel als wirksam ansehen oder nicht. Im deutschen Recht hat bereits das Reichsgericht – ohne dogmatische Begründung – angenommen, dass die Parteien bei einfachen Schriftformklauseln einen Vertrag wirksam mündlich ändern können. Später entschied der *BGH*, dass dies nicht gleichermaßen bei doppelten Schriftformklauseln gilt. In diesem Fall müsse die vereinbarte Schriftformklausel vorher schriftlich abgeändert werden. Im südafrikanischen Recht hingegen wird seit einer Entscheidung der *Appellate Division* im Jahre 1964 die jeweils vereinbarte Schriftformklausel durchgesetzt und eine – wie im deutschen Recht angenommene – konkludent erfolgte Änderung der Schriftformklausel durch die mündliche Änderung des Vertrages, abgelehnt. Das südafrikanische Recht nimmt folglich die Gegenposition zum deutschen Recht ein.

## A. Ziel der Arbeit

Ziel dieser Arbeit ist es nicht, aufzuzeigen, welche der beiden Rechtsordnungen die „bessere“ Rechtsordnung ist. Denn wie sich zeigen wird, sprechen sowohl für die deutsche Rechtsprechung, als auch für die südafrikanische Lösung gute

Gründe. Vielmehr ist es Ziel dieser Arbeit, aufzuzeigen, warum sich die Rechtsprechung zu Schriftformklauseln in beiden Rechtsordnungen so unterschiedlich entwickelt hat. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund interessant, dass beide Rechtsordnungen ursprünglich dieselbe Grundlage hatten.

## B. Gang der Untersuchung

Die Arbeit gliedert sich in fünf Kapitel. Der Entwicklung von Rechtsprechung und Literatur im deutschen Recht widmet sich das erste Kapitel. Das zweite Kapitel hat das südafrikanische Recht zum Gegenstand. Sodann sollen im dritten Kapitel die Gründe für die unterschiedliche Entwicklung der beiden Rechtsordnungen untersucht werden. Schlussfolgerungen werden im vierten Kapitel gezogen. Zunächst soll jedoch ein Einblick in den Hintergrund des südafrikanischen Rechts gegeben werden.

## C. Hintergrund des südafrikanischen Rechts

Das südafrikanische Recht kann neben den Rechtsordnungen Quebecs, Louisianas und Schottlands als eines der wenigen echten „*mixed legal systems*“ der Welt bezeichnet werden.<sup>1</sup> Auf der einen Seite lebt in ihm das römische Recht, genauer gesagt das römisch-holländische Recht, fort, auf der anderen Seite ist das englische Common Law in Südafrika eine sonst nicht anzutreffende Verbindung mit römisch-holländischem Recht eingegangen.<sup>2</sup> Das südafrikanische Recht stellt mithin ein Mixsystem aus kontinentaleuropäischem *Ius Commune* und englischem *Common Law* dar.<sup>3</sup>

Die Gründung der holländischen Kolonie am Kap der Guten Hoffnung wird als Beginn des heutigen südafrikanischen Rechts betrachtet. 1652 gründete der

---

1 Zimmermann, ‘Double Cross’: Comparing Scots and South African Law, in Zimmermann et al, *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective*, 3.

2 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 229, 231 und du Bois, Introduction: History, System and Sources in van der Merwe/du Plessis, Introduction to the law of South Africa, 1, bezeichnen das südafrikanische Recht daher als „hybrides“ Recht. Bei Hahlo/Kahn, *The South African Legal System*, 585 f. findet sich das folgende Zitat: „Like a jewel in a brooch, the Roman-Dutch law in South Africa today glitters in a setting that was made in England. Even if it were true (which it is not) that the whole of South African private and criminal law had remained pure Roman-Dutch law, the South African legal system as a whole would still be a hybrid one, in which civil- and common law elements jostle each other.“

3 Zimmermann, ‘Double Cross’: Comparing Scots and South African Law, in Zimmermann et al, *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective*, 4.

Holländer *Jan van Riebeeck* im Auftrag der holländischen ostindischen Kompanie eine Siedlung am Kap der Guten Hoffnung, die in erster Linie der Versorgung von Schiffen auf ihrer Fahrt nach Ostindien dienen sollte. Aus diesem Versorgungsstützpunkt entwickelte sich eine blühende Kompanie, in der das Recht des Mutterlandes galt, mithin das Recht der Provinz Holland. Dort wiederum wurde römisch-holländisches Recht in der Form angewandt, die ihm die Glossatoren und Kommentatoren und später die berühmtesten holländischen Rechtslehrer des 17. und 18. Jahrhunderts<sup>4</sup> gegeben hatten.

1806 nahmen die Engländer zur Sicherung ihrer Seeverbindungen nach Indien das Kapland in Besitz und erklärten es zur britischen Kolonie. Trotzdem blieb das römisch-holländische Recht am Kap in Kraft. Weil in Holland 1809 das römisch-holländische Recht von Napoleon durch den *Code Civil* ersetzt wurde, überlebte es in den folgenden Jahren nur in Südafrika.<sup>5</sup> Nichts desto trotz machte sich auch der Einfluss des britischen *Common Law* in Südafrika bemerkbar.<sup>6</sup> Unter britischer Herrschaft wurde zunächst die Verfassung und Verwaltung sowie das Gerichtswesen der Kolonie geordnet und modernisiert, so dass das Beweis- und Prozessrecht in Zivil- und Strafverfahren nach dem Vorbild des *Common Law* umgestaltet wurde. Im Zuge dessen wurde auch die *doctrine of stare decisis*, das englische Präzedenzienssystem, in Südafrika eingeführt.<sup>7</sup> Die bereits bestehenden holländischen Gerichte wurden 1828 durch einen

---

4 Hier sind zu nennen Hugo Grotius (1583-1645), Arnoldus Vinnius (1588-1657), Johannes Voet (1647-1713), Cornelis van Bynkershoek (1673-1743), Dionysius van der Keessel (1738-1816). Wenn heute noch Rückgriff auf römisch-holländisches Recht genommen wird, benutzen südafrikanische Gerichte hauptsächlich die folgenden Quellen: Voet, *Commentarius ad Pandectas*; Simon van Leeuwen, *Het Roomsche Hollandsche Recht*; van Keessel, *Theses Selectae Iuris Hollandici et Zeelandici* sowie *Praelectione Iuris Hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad Iurisprudentiam Hollandicam*; de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* sowie *De Iure Belli ac Pacis*; Ulrich Huber, *Heedendaegse Rechtsgeleertheit* sowie *Praelectiones Iuris Civilis*; van der Linden, *Rechtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek*.

5 Darüber hinaus blieb das römisch-holländische Recht nur noch in den ehemals holländischen, zur Zeit Napoleons aber bereits an England gefallenen Kolonien Sri Lanka (früher Ceylon) und Teilen von Guayana in Kraft.

6 Zum Zusammenspiel von römisch-holländischem und englischem Recht siehe Palmer, *Mixed Jurisdiction Worldwide: The Third Legal Family*; Fagan, *Roman-Dutch Law in its South African Historical Context*, in Zimmermann/Visser (Hsg.), *Southern Cross, Civil Law and Common Law in South Africa*, 34 ff.

7 Reid/Visser, *Cases and Statutes in Zimmermann et al, Mixed Legal Systems in Com-*

mit englischen Richtern besetzten *Supreme Court* ersetzt und in der Folge die Instanzgerichte mit *magistrates*, also mit Kolonialbeamten.<sup>8</sup> Da Englisch zur Gerichtssprache wurde und immer mehr englische Gesetze eingeführt wurden, neigten die Gerichte dazu, auch dann, wenn das römische Recht veraltet oder lückenhaft war, Rückgriff auf das englische Recht zu nehmen. Hinzu kam, dass den meisten Richtern und Anwälten, die aus England nach Südafrika kamen, das römisch-holländische Recht unbekannt war. Darüber hinaus war ein Rückgriff auf holländisches Recht durch die Einführung des *Code Civil* in Holland erschwert worden. Noch heute ist Englisch sowohl in Lehre und Wissenschaft als auch in Rechtsprechung und Gesetzgebung die Hauptsprache.<sup>9</sup>

Das holländische Recht überlebte in Südafrika hauptsächlich durch die holländischen Siedler, die die Kapkolonie nach dem Eintreffen der Engländer Richtung Norden und Osten verlassen hatten. Als im Jahr 1833 das britische Parlament die Abschaffung der Sklaverei in seinem weltweiten Einflussgebiet verfügte, entzog dies vielen Buren die Existenzgrundlage. Um sich dem Einflussbereich des britischen Rechts zu entziehen und die Ausbeutung der Nicht-Weißen fortführen zu können, wichen sie als sogenannte Voortrekker ins Hinterland aus. Im Großen Treck von 1835-1841 zogen rund 14.000 Buren in die Gebiete nördlich des Oranje-Flusses. Sie gründeten die so genannten Buren-Republiken, die Südafrikanische Republik und den Oranje-Freistaat. Diese neuen Siedlungen entwickelten sich insbesondere nach der Entdeckung von Diamanten im Jahr 1867 und Gold im Jahr 1886 in gut florierende Gebiete. Nach den Burenkriegen (Kriegen zwischen der britischen Kolonie und den Buren) wurde am 31. Mai 1910 aus den vier Kolonien Natal, Transvaal, Oranje-Freistaat und der Kapkolonie die Südafrikanische Union gegründet, in der freilich zunächst englisches Recht dominierte. Bedingt durch den zu Beginn der 30er Jahre des letzten Jahrhunderts aufkommenden Nationalismus (*white nationalism*) entstand auch

---

parative Perspective, 1xxvi. Zimmermann, Double Cross, in Zimmermann et al, Mixed legal systems in comparative perspective, 5. Zur doctrine of stare decisis siehe auch Mulligan, SALJ 1952, 25 (26 f.).

8 Du Bois, Introduction: History, System and Sources in van der Merwe/du Plessis, Introduction to the law of South Africa, 11.

9 Du Bois, Introduction: History, System and Sources in van der Merwe/du Plessis, Introduction to the law of South Africa, 2. Dies ist jedoch nicht unstrittig. An der University of Stellenbosch wird beispielsweise gerade diskutiert, ob nicht Afrikaans die Sprache der Lehre sein soll. Siehe weiterhin Hlophe, SALJ 2000, 690.

eine Kontroverse über das dominierende Recht.<sup>10</sup> Es erfolgte eine Abkehr von dem im 19. Jahrhundert angewandten englischen Recht hin zum römisch-holländischen Recht, insbesondere durch die neugegründete *Appellate Division* des *Supreme Courts*. Auch die Universitäten, die in Afrikaans unterrichteten, unterstützten einen Rückgriff auf das römisch-holländische Recht. Es gab sogar Bestrebungen, die „Verschmutzung“ des römisch-holländischen Rechts durch das englische Recht gänzlich zu entfernen (sog. *bellum juridicum*<sup>11</sup>).<sup>12</sup> Während der Apartheid wurden immer mehr Richterstellen mit Juristen besetzt, die an südafrikanischen Universitäten ausgebildet worden waren, was den Einfluss des römisch-holländischen Rechts noch verstärkte. Auch auf der Agenda der Apartheidpolitik hatte die Rückkehr zum „reinen“ römisch-holländischen Recht einen hohen Stellenwert. Zu dieser Zeit hatte sich jedoch schon das typisch römisch-holländische *Common Law* entwickelt. Heutzutage kommt die größte Bedeutung den bestehenden Gesetzen und den Präzedenzfällen zu. Wenn Sachverhalte durch den alleinigen Rückgriff auf selbige nicht zufrieden stellend gelöst werden können, wird gleichwertig auf römisch-holländisches oder englisches Recht zurückgegriffen.<sup>13</sup> Auch das für den Gegenstand dieser Arbeit relevante südafrikanische Vertragsrecht wurde von beiden Rechtssystemen geprägt.

Ergänzend sei ausgeführt, dass die Rechtsprechung in Südafrika durch den *Constitutional Court*, den *Supreme Court of Appeal*, die *High Courts* und *Magistrate Courts* sowie andere durch Parlamentsgesetz errichtete Gerichte erfolgt.<sup>14</sup> Die obersten Gerichte in Südafrika sind somit das Verfassungsgericht und der *Supreme Court of Appeal*. Dabei ist der *Supreme Court of Appeal* (früher *Appellate Division* genannt) das letztinstanzlich zuständige Gericht für all diejenigen Fälle, die keinen verfassungsrechtlichen Bezug haben.<sup>15</sup> In zweiter Instanz entscheiden die *High Courts*<sup>16</sup> und alle anderen Gerichte, die gesetzlich errichtet worden sind und denselben Status haben wie die *High Courts*.<sup>17</sup> Erstin-

---

10 Hierzu auch Dyzenhaus, SALJ 1982, 380 (386 f.).

11 Hierzu ausführlich später, Kap. 3 F.

12 Zimmermann, in Zimmermann et al, *Mixed legal systems in comparative perspective*, 6.

13 Zimmermann, in Zimmermann et al, *Mixed legal systems in comparative perspective*, 6.

14 Sec. 166 der Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996.

15 Reid/Visser, *Cases and Statutes*, in Zimmermann et al, *Mixed legal systems in comparative perspective*, Ixxvi.

16 Der High Court kann jedoch auch erstinstanzlich zuständig sein.

17 Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996, 166. Gerichte, die den selben Status haben wie High Courts sind solche Gerichte, die für bestimmte Fälle zuständig sind, wie zum Beispiel Patentrecht oder Steuerrecht.

stanzlich sind die *Magistrate's Courts zuständig*, deren Entscheidungen jedoch keine Präzedenzfälle schaffen.